

HÉCTOR OLASOLO
ESPERANZA BUITRAGO DÍAZ
CARMEN SULEIKA MANÉ GRANADOS
ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO **12**
Coordinadores

RESPUESTAS NACIONALES E INTERNACIONALES AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

Particular atención al ámbito
iberoamericano



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**RESPUESTAS NACIONALES
E INTERNACIONALES AL FENÓMENO
DE LA CORRUPCIÓN**
Particular atención al ámbito iberoamericano

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*
- ANA CAÑIZARES LASO**
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*
- OWEN FISS**
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*
- JAVIER DE LUCAS MARTÍNDD**
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*
- VÍCTOR MORENO CATENA**
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*
- ANGELIKA NUSSBERGER**
*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional
en la Universidad de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*
- TOMÁS SALA FRANCO**
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*
- RUTH ZIMMERLING**
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

RESPUESTAS NACIONALES E INTERNACIONALES AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

Particular atención al ámbito
iberoamericano

Coordinadores

HÉCTOR OLASOLO
ESPERANZA BUITRAGO DÍAZ
CARMEN SULEIKA MANÉ GRANADOS
ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO



Universidad del
Rosario

Facultad de
Jurisprudencia



tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© VV. AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1378-799-2
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”; Senior Lecturer en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos).

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil)

Autores

Paulo Adib Casseb	María Paula López Velásquez
Sergio Iván Anzola Rodríguez	Carmen Suleika Mané Granados
Libardo José Ariza	José Humberto Morales
Julio Ballesteros Sánchez	Héctor Olasolo
José R. Béguelin	Enrique Prieto Ríos
Demelsa Benito Sánchez	Juan Sebastián Peñafort
Esperanza Buitrago Díaz	Fábio Ramazzini Bechara
Leandro A. Dias	Sandra Ramírez-Montes
Thamara Duarte Cunha Medeiros	Léa Reus
Emanuela Fronza	Manuel Alberto Restrepo Medina
Pablo Galain Palermo	Andrés Sánchez Sarmiento
Héctor Hernández Basualto	Vanessa Suel Cock
Clara Esperanza Hernández Cortés	Octavio Sillitti
Norberto Hernández Jiménez	Rafael Tamayo Álvarez
Diego Alejandro Hernández Rivera	Fernando León Tamayo Arboleda
Pietro Insolera	Antonio Varón
Silvia Patricia López González	Miguel Zamora

Nota

El presente libro hace parte de los trabajos del grupo de justicia nacional de la 'Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia', coordinada desde el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Así mismo, se inscribe dentro del proyecto de investigación 'La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado' (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación 'Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos', del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia) por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A Tirant lo Blanch, el Instituto Joaquín Herrera Flores y el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), por haber hecho posible la creación de la Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, en la que se publican los trabajos de la Red de Investigación del mismo nombre coordinada desde el IIH.

ÍNDICE

Coordinadores	17
Autores	19
Abreviaturas.....	29
Prólogo	35
CARLOS CASTRESANA FERNÁNDEZ	

Primera Parte

PRIMERA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN IBEROAMÉRICA

Capítulo I

EL CASO ODEBRECHT	43
EMANUELA FRONZA	
PIETRO INSOLERA	

Capítulo II

EL CASO DEL CARTEL DE LA TOGA	77
SANDRA RAMÍREZ-MONTES	
JUAN SEBASTIÁN PEÑAFORT	

Capítulo III

EL CASO DUARTE	107
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ	
SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ	

Segunda Parte

LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA CORRUPCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS IBEROAMERICANOS

Capítulo IV

ARGENTINA	133
LEANDRO A. DIAS	
JOSÉ R. BÉGUELIN	

Capítulo V

BRASIL	175
FÁBIO RAMAZZINI BECHARA	
THAMARA DUARTE CUNHA MEDEIROS	

Capítulo VI

CHILE	195
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO	

Capítulo VII

COLOMBIA	237
FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA	
LIBARDO JOSÉ ARIZA	

Capítulo VIII

EL SALVADOR	263
JOSÉ HUMBERTO MORALES	

Capítulo IX

ESPAÑA	299
JULIO BALLESTEROS SÁNCHEZ	

Capítulo X

MÉXICO	341
SILVIA PATRICIA LÓPEZ GONZÁLEZ	

Capítulo XI

URUGUAY	383
PABLO GALAIN PALERMO	

Tercera Parte

LA RESPUESTA AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN
DESDE OTRAS RAMAS DEL DERECHO INTERNO:
EXPERIENCIAS IBEROAMERICANAS

Capítulo XII

- LA REGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LAS CAMPAÑAS
POLÍTICAS EN COLOMBIA: ESPECIAL ATENCIÓN A LA FINAN-
CIACIÓN ILÍCITA DE LAS CAMPAÑAS COMO FORMA DE CO-
RRUPCIÓN POLÍTICA QUE AFECTA A LA DEMOCRACIA Y LOS
DESAFÍOS DEL ESTADO A LA LUZ DEL ACUERDO DE PAZ 445
VANESSA SUELT COCK

Capítulo XIII

- LA RESPONSABILIDAD FISCAL COMO INSTRUMENTO EN LA LU-
CHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: PERSPECTIVA
CRÍTICA 479
MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Capítulo XIV

- A JUSTIÇA MILITAR NO COMBATE À CORRUPÇÃO POLICIAL NO
BRASIL 509
PAULO ADIB CASSEB

Cuarta Parte

LA RESPUESTA AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN
DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo XV

- CORRUPCIÓN Y DERECHO TRIBUTARIO: ¿UNA SOLUCIÓN BA-
JO ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y REGIONALES? 545
ESPERANZA BUITRAGO DÍAZ
DIEGO ALEJANDRO HERNÁNDEZ RIVERA

Capítulo XVI

- LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO PENAL TRANSNACIONAL:
ESPECIAL ATENCIÓN AL ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL 595
DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

Capítulo XVII

LA RESPUESTA DESDE LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: ESPECIAL ATENCIÓN A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL	641
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

HÉCTOR OLASOLO

CARMEN SULEIKA MANÉ GRANADOS

Quinta Parte

NUEVAS EXPERIENCIAS EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL. PARTICULAR ATENCIÓN A SU EFICACIA EN LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Capítulo XVIII

EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL: ¿PUEDE SER UN MECANISMO ADECUADO PARA INCREMENTAR LA EFICACIA EN LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL?	695
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ANTONIO VARÓN MEJÍA

ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO

CLARA ESPERANZA HERNÁNDEZ CORTÉS

Capítulo XIX

LA SECCIÓN ESPECIALIZADA EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL DE LA CORTE AFRICANA DE JUSTICIA Y DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS EN RELACIÓN CON LA CORRUPCIÓN	731
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

RAFAEL TAMAYO ÁLVAREZ

ENRIQUE PRIETO-RÍOS

Capítulo XX

EL PROYECTO COPLA PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE PENAL LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL	759
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

OCTAVIO SILLITTI

MARÍA PAULA LÓPEZ VELÁSQUEZ

Capítulo XXI

LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN
GUATEMALA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN ASO-
CIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL.....

773

LÉA REUS

MIGUEL ZAMORA

Sexta Parte

CONCLUSIONES

Capítulo XXII

CONCLUSIONES

827

HÉCTOR OLASOLO

Coordinadores

HÉCTOR OLASOLO

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la *Clínica Jurídica Internacional* (CIJ), el *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANIDIP) y la *Colección International Law Clinic Reports* (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “*Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia*” y “*Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional*”; *Senior Lecturer* en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos); Investigador Senior Minciencias (Colombia). El Prof. Olasolo se ha desempeñado también como catedrático de Derecho internacional penal en la Universidad de Utrecht (Países Bajos, 2010-2012), letrado de la Corte Penal Internacional (2004-2010), miembro de la Fiscalía del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2002-2004) y asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002). Ha sido también miembro del Roster de Juristas de Reconocido Prestigio de la Organización de las Naciones Unidas para el Nombramiento de Magistrados Internacionales en las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya y perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ORCID: 0000-0001-9724-0163.

ESPERANZA BUITRAGO DÍAZ

Académica por vocación, Esperanza es abogada y doctora en Derecho Tributario por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente trabaja para el Centro de Tributación de la Universidad de Maastricht (Países Bajos), en la que además de dirigir y ser docente del curso de tributación internacional en el Campus de la Universidad en Bruselas, es investigadora de carrera. Es profesora de Derecho tributario internacional de la Universidad Externado de Colombia y profesor hono-

rario de la Universidad del Rosario (Colombia). Profesor visitante de la Faculdade de Brasileira de Tributação y de varias universidades, entre ellas la Universidad de Pekín, Sun Yat Sen (Cantón) y Cantabria (España). Es autora de varias publicaciones nacionales e internacionales. Alumni del Instituto Max Planck (Alemania).

CARMEN SULEIKA MANÉ GRANADOS

Abogada con profundización en Derechos Humanos y en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), fue miembro de la Clínica Jurídica Internacional de la Oficina de Víctimas de la Corte Penal Internacional y la Universidad del Rosario (Cohorte 2015). Fue practicante de Señal Colombia RTVC (2014) y pasante de la Embajada de Colombia en Estados Unidos (Washington D.C., EE.UU.) (2016-2017). Trabajó como abogada en la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) (2017-2018). Trabajó como asesora legal, en el área de ética y cumplimiento, de Orica (2019-2020). Actualmente trabaja como investigadora especialista en una de las multinacionales australianas de mayor importancia en el mundo, BHP (2020-2021).

ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO

Abogado de la Universidad del Rosario (Colombia); fue integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, en apoyo de la Oficina de Defensoría Pública para las Víctimas de la Corte Penal Internacional (cohorte 2018). Actualmente trabaja como joven investigador en el área de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Autores

LIBARDO JOSÉ ARIZA

Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto, España. Actualmente se desempeña como profesor asociado en la Universidad de los Andes. Sus líneas de investigación se centran en el derecho constitucional, la sociología jurídica y los estudios sobre la prisión. Dentro de sus publicaciones recientes destacan: “el cuerpo de los condenados: cárcel y violencia en América Latina” *Revista de Estudios Sociales* vol. 73, 1 (2020). (Coautor, Fernando León Tamayo Arboleda) “The Bullet in the Glass: War, Death, and the Meaning of Penitentiary Experience in Colombia”. *International Criminal Justice Review*, 30, 1, (2019). (Coautor, Manuel Iturralde).

SERGIO IVÁN ANZOLA RODRÍGUEZ

Coordinador de Investigación del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho (CEEAD) en México (Monterrey) y responsable del área de Ética y Responsabilidad Profesional en el mismo centro. Investigador Nivel I del SNI (CONACYT). Abogado por la Universidad de los Andes (Bogotá), LLM (Magna Cum Laude) por la Universidad de Helsinki y Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá).

JULIO BALLESTEROS SÁNCHEZ

Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Investigador del Proyecto DER2016-79705-R, del GIR Programas de Cumplimiento y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas de la Universidad de Salamanca. Investigador Visitante de FLACSO Sede Ecuador.

JOSÉ R. BÉGUELIN

Doctorando y Profesor adjunto interino de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Especialista en Derecho Penal (UTDT). Abogado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

DEMELSA BENITO SÁNCHEZ

Profesora contratada. Doctora de Derecho penal en la Universidad de Deusto (España). Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).

ESPERANZA BUITRAGO DÍAZ

Ver sección de coordinadores.

PAULO ADIB CASSEB

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo-USP (Brasil). Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas-FMU, em São Paulo (Brasil). Titular da Cadeira n.º 40 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no qual exerceu os cargos de Corregedor Geral da Justiça Militar (2012-2013) e Presidente do Tribunal (2014-2015). Presidente da Associação Internacional das Justiças Militares (2018-2022).

LEANDRO A. DIAS

Doctorando y asistente científico (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Magíster en Derecho Penal (Universidad Torcuato di Tella). Abogado (Universidad de Buenos Aires).

THAMARA DUARTE CUNHA MEDEIROS

Profesora de los Programas de Grado y Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Doctora en Política Criminal y Derecho Penal por la Universidad de Granada (España). Coordinadora del Programa de Posgrado “*Lato Sensu*” y Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal Económico y Justicia Internacional.

EMANUELA FRONZA

Doctora en Derecho de la Università degli Studi di Teramo (Italia), actual profesora asociada de la Università degli Studi di Bologna (Italia).

PABLO GALAIN PALERMO

Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Andrés Bello (Santiago de Chile-Chile), Investigador de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII, Uruguay), Director del Observatorio Latinoamericano para la Política Criminal y las Reformas Penales (OLAP).

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO

Doctor en Derecho por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemania), Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

CLARA ESPERANZA HERNÁNDEZ CORTÉS

Abogada e internacionalista de la Universidad del Rosario (Colombia); fue integrante de la Clínica Jurídica Internacional de la Universidad del Rosario, en apoyo de la Oficina de Defensoría Pública para las Víctimas de la Corte Penal Internacional (cohorte 2018). Actualmente trabaja como joven investigadora en el área de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y miembro del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política. Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Master en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Actualmente funge como conjuez de la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.

DIEGO ALEJANDRO HERNÁNDEZ RIVERA

Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Tributario de la misma Universidad. LLM en Derecho Tributario Internacional y Europeo de la Universidad de Maastricht (Países Bajos).

Diego es profesor de la Universidad del Rosario y del curso de postgrado en Tributación Internacional y Europea en la Universidad de Maastricht (Países Bajos).

PIETRO INSOLARA

Doctor en Derecho Comparado y Europeo de la Universidad de Trento (Italia), Magister en Derecho Penal de la Università degli Studi di Bologna (Italia).

SILVIA PATRICIA LÓPEZ GONZÁLEZ

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesora Investigadora Titular de Derecho penal de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara, México. Directora-Editora de la *Revista Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*.

MARÍA PAULA LÓPEZ VELÁSQUEZ

Abogada de la Universidad Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario, estudiante de Doctorado (PhD) en Derecho de la misma universidad; Magister Avanzado en Derecho Internacional Público con énfasis en Derecho Internacional Penal de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Coentrenadora del equipo de Derecho Internacional Penal de la Universidad del Rosario. Tiene experiencia en el desarrollo de proyectos investigativos en Derecho Internacional Penal y Humanitario, como con el apoyo a organizaciones tales como el Instituto Iberoamericano para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional que tiene su sede en La Haya, Países Bajos. A su vez, tiene experiencia en colaboración a instituciones tales como la Misión de Colombia ante Naciones Unidas en la segunda y sexta comisión, relativas a asuntos de Derecho Internacional y asuntos económicos de relevancia para Colombia.

CARMEN SULEIKA MANÉ GRANADOS

Ver sección de coordinadores.

JOSÉ HUMBERTO MORALES

Máster y Doctor en Derecho Pluralista por la Universidad Autónoma de Barcelona, Diplomado en Derecho de los derechos humanos por la De Paul University (Chicago) y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Es profesor de programas de grado y posgrado en ciencias jurídicas, ciencias políticas y derechos humanos de la Universidad de El Salvador. En la actualidad es miembro del Consejo de Investigaciones Científicas de la Universidad de El Salvador y del Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública.

HÉCTOR OLASOLO

Ver sección de coordinadores

JUAN SEBASTIÁN PEÑAFORT

Estudiante de las carreras de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de los Andes (Colombia). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal Internacional y Justicia transicional.

ENRIQUE PRIETO-RÍOS

Doctor en Derecho de Birkbeck-University of London, MA en Derecho Internacional de London College UCK y Abogado de la Universidad del Rosario, con amplia experiencia en las áreas de derecho internacional público y derecho económico internacional. Profesor de planta de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, integrante del grupo de investigación en Derecho Internacional y Director de Investigación de la misma Facultad.

FÁBIO RAMAZZINI BECHARA

Profesor de los Programas de Grado y Posgrado —Máster y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Pos-doctor en Woodrow Wilson International Center for Scholars (Washington). Líder del Grupo de Investigación en Derecho Penal Económico y Justicia Internacional. Promotor de Justicia en el Ministerio Público de São Paulo (Brasil).

SANDRA RAMÍREZ-MONTES

Profesora de los Programas de Grado y Posgrado —Máster de la Facultad de Derecho— de la Universidad Santo Tomás (Bogotá, D.C., Colombia). Líder del Grupo de Investigación en Derecho Penal Internacional y Justicia Internacional. Miembro Adscrito al Grupo de Investigación, Francisco de Vitoria, de la Universidad Santo Tomás, CIFRAVI. Fiscal delegada ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Administrativo. Magister en Estudios Políticos. Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho Procesal. Especialista en Legislación Financiera. Abogado. Profesor de carrera académica y director de la Escuela Doctoral y de la Especialización en Gerencia Pública y Control Fiscal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia). Investigador Senior Minciencias. Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

LÉA REUS

Jurista francesa con títulos de licenciatura y maestría por las universidades de Aix-Marseille Paul Cézanne y Paris Panthéon-Sorbonne en derecho francés, europeo, e internacional. Consultante jurídico por varias instituciones del Estado y ONG nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, Reus radicó y trabajó en Guatemala y otros países de América Latina por casi una década.

ANDRÉS SÁNCHEZ SARMIENTO

Ver sección de coordinadores.

OCTAVIO SILLITTI

Abogado de la Universidad Católica Argentina, LLM Avd. en Derecho Internacional Público de la Universidad de Leiden, asesor jurídico de la Subsecretaría de Política Criminal desde el año 2015 hasta el 2018, realizando informes y análisis de la política criminal a nivel federal. Asesor jurídico en la secretaría de derechos humanos desde el año

2018 hasta el 2020, integrando el equipo jurídico de la defensa del Estado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tiene experiencia en apoyo a organizaciones internacionales tales como la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en consultorías a gobiernos y ONGs. Se desempeñó como abogado de la Procuración contra el lavado de activos y la financiación de terrorismo en Argentina. Actualmente se desempeña como assistant legal officer en la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

VANESSA SUELT COCK

Abogada, especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Doctora en Derecho Público por la Universidad de Salamanca (España). Ha sido visitante posdoctoral del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Freiburg y de la Facultad de Derecho y relaciones internacionales de la Universidad de Graz. Actualmente es Profesora Asociada de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, donde también integra el Grupo de Derecho Público. Su experiencia investigativa gira alrededor de la comprensión de lo estatal, organización territorial del Estado, justicia transicional, corrupción y el derecho al territorio.

RAFAEL TAMAYO ÁLVAREZ

Profesor principal de carrera de derecho internacional público en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, donde también integra el grupo de Investigación en Derecho Internacional y codirige la Especialización en Derecho Internacional. Es doctor en derecho de la Universidad de los Andes, LL.M. en derecho internacional de las Universidades de Heidelberg y Chile, especialista en derecho de los negocios de la Universidad Externado de Colombia y abogado de la Universidad de Medellín.

FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA

Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Colombia. Actualmente se desempeña como profesor en la Universidad Autónoma Latinoamericana. Sus líneas de investigación se centran en la dogmática penal, la sociología jurídica y los estudios sobre la prisión.

Dentro de sus publicaciones recientes destacan: “Retórica garantista y arbitrariedad penal: Análisis de la Sentencia 38.999 del 8 de junio de 2016 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia” en Posada Maya, R.; Velásquez Velásquez, F. y Correa Flórez, M. C., Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 7. Bogotá: Universidad de los Andes-Ibáñez-Universidad Sergio Arboleda, 2019; “Enemigos urbanos: control del crimen y gobierno de los habitantes de la calle en Bogotá” *Revista de Derecho*, 53. (2020).

ANTONIO VARÓN MEJÍA

Abogado, candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en Derecho Comunitario de la Universidad de Paris II Panteón Assas. Ex Director Nacional de Protección del Instituto Colombiano de Bien-estar Familiar (ICBF). Profesor de Derecho Internacional Público y Teoría del Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Investigador de la línea de Derecho Internacional de los DDHH y DIH del Grupo de Derecho internacional de la Universidad del Rosario. Consultor de la Vicepresidencia de la República y Organismos Especializados de Naciones Unidas sobre temas de DIH, Responsabilidad Internacional del Estado, Trata de personas y explotación sexual comercial entre otros. Docente de la especialización de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y DIH de la Universidad del Rosario. Amplia experiencia en temas vinculados con metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa, evaluación de proyectos y programas de investigación.

MIGUEL ZAMORA

Licenciado en economía y relaciones internacionales por Tufts University (EE.UU.), recibió un Juris Doctor de Columbia Law School (EE.UU.). Por varios años si trabajo se ha concentrado en los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y el estado de derecho en Centroamérica. Es abogado litigante en Nueva York, EE.UU.

VANESSA SUELT COCK

Abogada, especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Doctora en Derecho Público por la Universidad de Salamanca (España). Ha sido visitante posdoctoral del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Freiburg y de la Facultad de De-

recho y relaciones internacionales de la Universidad de Graz. Actualmente es Profesora Asociada de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, donde también integra el Grupo de Derecho Público. Su experiencia investigativa gira alrededor de la comprensión de lo estatal, organización territorial del Estado, justicia transicional, corrupción y el derecho al territorio.

RAFAEL TAMAYO ÁLVAREZ

Profesor principal de carrera de derecho internacional público en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, donde también integra el grupo de Investigación en Derecho Internacional y codirige la Especialización en Derecho Internacional. Es doctor en derecho de la Universidad de los Andes, LL.M. en derecho internacional de las Universidades de Heidelberg y Chile, especialista en derecho de los negocios de la Universidad Externado de Colombia y abogado de la Universidad de Medellín.

FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA

Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Colombia. Actualmente se desempeña como profesor en la Universidad Autónoma Latinoamericana. Sus líneas de investigación se centran en la dogmática penal, la sociología jurídica y los estudios sobre la prisión. Dentro de sus publicaciones recientes destacan: “Retórica garantista y arbitrariedad penal: Análisis de la Sentencia 38.999 del 8 de junio de 2016 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia” en Posada Maya, R.; Velásquez Velásquez, F. y Correa Flórez, M. C., *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* 7. Bogotá: Universidad de los Andes-Ibáñez-Universidad Sergio Arboleda, 2019; “Enemigos urbanos: control del crimen y gobierno de los habitantes de la calle en Bogotá” *Revista de Derecho*, 53. (2020).

ANTONIO VARÓN MEJÍA

Abogado, candidato a doctor de la Universidad Externado de Colombia, con posgrado en Derecho Comunitario de la Universidad de Paris II Panteón Assas. Ex Director Nacional de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Profesor de Derecho Internacional Público y Teoría del Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Investigador de la línea de Derecho Internacional de los

DDHH y DIH del Grupo de Derecho internacional de la Universidad del Rosario. Consultor de la Vicepresidencia de la República y Organismos Especializados de Naciones Unidas sobre temas de DIH, Responsabilidad Internacional del Estado, Trata de personas y explotación sexual comercial entre otros. Docente de la especialización de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y DIH de la Universidad del Rosario. Amplia experiencia en temas vinculados con metodología de la investigación cualitativa y cuantitativa, evaluación de proyectos y programas de investigación.

MIGUEL ZAMORA

Licenciado en economía y relaciones internacionales por Tufts University (EE.UU.), recibió un Juris Doctor de Columbia Law School (EE. UU.). Por varios años su trabajo se ha concentrado en los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y el estado de derecho en Centroamérica. Es abogado litigante en Nueva York, EE.UU.

Abreviaturas

ADAJ	Aut dedere aut iudicare
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADN	Asociación de Dignatarios de la Nación de Guatemala
ADR	American Depository Receipt
ANCAP	Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland
APIE	Asociación de Periodistas de Información Económica
Art.	Artículo
ASF	Auditoría Superior de la Federación
ATAD	Directiva Europea Antiabuso (<i>Anti-Tax Avoidance Directive</i>)
BACEN	Banco Central do Brasil
Bacrim	Bandas Criminales
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BHU	Banco Hipotecario del Uruguay
BMI	Banco Multisectorial de Inversiones
CAfJDHP	Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos
CAfJ	Corte Africana de Justicia
CAS	Sistemas Complejos Adaptativos
CCS	Clientes do Sistema Financeiro
CCR	Corte de Cuentas de la República
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Consejo de Europa
CEICCE	Comisión de Expertos Internacionales Contra la Corrupción en Ecuador
CEIS	Cadastro de Entidades Inidôneas e Suspeitas
CELAC	Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños
CENITEC	Centro de Investigaciones Tecnológicas y Científicas
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CF	Constituição Federal

CFC	Entidades extranjeras controladas (<i>Controlled Foreign Corporations</i>)
CFP	Cámara Federal de Casación Penal
CGR	Contraloría General de la República
CGU	Contraloría General de la Unión
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CICIES	Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador
CICIG	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIESC	Comunidad internacional en su conjunto
CISEN	Centro de Investigación y Seguridad Nacional
Cn	Constitución de la República
CNEs	Catastro Nacional de Entidades
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores de España
CNUCC	Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción
COAF	Consejo de Control de Actividades Financieras
CON	Constructora Norberto Odebrecht S.A.
CONEVAL	Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia
CONPES	El Consejo Nacional de Política Económica y Social
ConvDI	Convenios para evitar la Doble Imposición
Convenio PIF	Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas
Convenio UE	Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea
COPLA	Corte Latinoamericana y del Caribe contra el crimen organizado transnacional
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
CPM	Código Penal Militar
CR	Constituição da República

CRS	Estándar Común de Reporte de la OCDE (<i>Common Reporting Standard</i>)
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DANE	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
DAS	Departamento Administrativo de Seguridad
DEA	<i>Drug Enforcement Administration</i>
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DGAC	Dirección General de Aeronáutica Civil de Guatemala
DIAN	Dirección Nacional de Aduanas e Impuestos Nacionales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIP	Derecho Internacional Penal
DNP	Departamento Nacional de Planeación
DNU	Decreto de Necesidad y Urgencia
DOJ	Department of Justice
DOS	División de Operaciones Estructuradas/Division of Structured Operations
DPA	Deferred Prosecution Agreement
DPT	Derecho Penal Transnacional
DRCI	Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional
ECCC	Salas Especiales de los Tribunales de Camboya
ECOFIN	Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ELN	Ejército de Liberación Nacional
ENCCLA	Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y el Lavado de Dinero
ER	Estatuto de Roma
EU	Unión Europea
EUROLAT	Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FATCA <i>Foreign Account Tax Compliance</i>
FCC	Fomento de Construcciones y Contratas
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practice Act</i>
FECI	Fiscalía Especial contra la Impunidad

FGN	Fiscalía General de la Nación
FGR	Fiscalía General de la República
FIA	Fiscalía de Investigaciones Administrativas
FOI	<i>Freedom of Information Laws</i>
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAORs	Grupos Armados Organizados Residuales
GAOs	Grupos Armados Organizados
GDOs	Grupos Delincuenciales Organizados
Gestha	Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda
GRECO	Grupo de Estados contra la corrupción
ICM	<i>Independent Corporate Monitor</i>
IGSS	Instituto Guatemalteco de Seguridad Social
IMCO	Instituto Mexicano para la Competitividad
IMPO	Centro de Información Oficial
INTERPOL	Organización Internacional de Policía Criminal
IPC	Índice de Percepción de la Corrupción
IPM	Investigación policial militar
JU	Jurisdicción universal
JUTEP	Junta de Transparencia y ética pública
LAIP	Ley de acceso a la información pública
LAPOP	Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica
LEG	Ley de ética gubernamental
LEIFEP	Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos
LGPPC	Ley de garantías y promoción de la participación ciudadana
LGRA	Ley General de Responsabilidades Administrativas
LGSNA	Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción
LO	Ley Orgánica
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOTJA	Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa
MACCIH	Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras
MEE	Misión Electoral Especial

MEI	Monitor Empresarial Independiente
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MESICIC	Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción
MLI	Instrumento Multilateral de la OCDE
MNEs	<i>Multi-National Enterprises</i>
MOE	Misión de Observación Electoral
MOP	Ministro de Obras Públicas
MPP	Movimiento de Participación Popular
NPA	<i>Non-Prosecution Agreement</i>
OA	Oficina Anticorrupción
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OCDE	Organización para la Cooperación y el desarrollo Económico
OCT	Países y territorios de ultramar (<i>Overseas Countries and Territories</i>)
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSS	Organizaciones como Sistemas Sociales
p.	Página
pp.	Páginas
Parr.	Párrafo
PDH	Oficina del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala
PEMEX	Petróleos Mexicanos
PF	Paraísos Fiscales
PGN	Procuraduría General de la Nación
PGR	Procuraduría General de la República
PIA	Procuraduría de Investigaciones Administrativas
PIB	Producto Interno Bruto
PLUNA	Aerolínea de bandera uruguaya
PM	Policía militar
PNLD	Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

PRI	Partido Revolucionario Institucional
PROCELAC	Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos
RE	Relator Especial
RIF	Informe de inteligencia Financiera
RPEI	Redes político-económicas ilícitas
S.A.	Sem Ano
SDNY	Distrito del Sur de Nueva York
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i>
SECOP	Sistema Electrónico de Contratación Pública
SEIDO	Subprocuraduría Especializada en Investigación sobre Delincuencia Organizada
SG-OEA	Secretaría General de la Organización de Estados Americanos
SIMBA	Sistema de Investigação de Movimentaço Bancária
SNA	Sistema Nacional Anticorrupción
SP-CSJ	Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Cuentas de la Unión
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFM	Trabajo Fin de Máster
TFUE	Tratado de Lisboa
TJMSP	Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo
TNCs	Transnational Corporations
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
UA	Unión Africana
UAF	Unidad de Análisis Financiero
UDI	Unión Demócrata Independiente
UE	Unión Europea
UIF	Unidades de investigación financiera
UNCAC	Unidad contra la Corrupción
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
USD	Dólares estadounidenses

Prólogo

El trabajo que con el título de “*Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*” nos presentan los profesores Olasolo, Buitrago Díaz, Mané y Sánchez Sarmiento, y que constituye el duodécimo volumen de la “*Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*”, representa una aportación muy valiosa y actual al estudio de la corrupción, sus formas, su evolución, las características específicas que presenta en la región iberoamericana, y la respuesta institucional y legal desde la perspectiva jurídico-penal a ese fenómeno criminal que, cuando es organizado, como viene ocurriendo en los últimos años, desborda crecientemente la capacidad de los Estados.

Los coordinadores de la publicación han sabido reunir a un grupo de especialistas de la región de un nivel excepcional, que partiendo de algunos casos paradigmáticos, repasan, país a país, las singularidades locales del fenómeno, al tiempo que subrayan las características comunes a los diferentes ámbitos territoriales, que nos permiten constatar enseguida que se trata de una actividad criminal crecientemente organizada, transnacional y supraestatal.

El estudio se completa con el análisis de algunas de las manifestaciones más graves de la corrupción, tales como la financiación ilegal de los partidos políticos, que cuestiona la legitimidad democrática y la representatividad de las instituciones públicas; cuestiona las directrices de la política criminal enderezada a combatir la corrupción; y anticipa el camino que en mayor o menor medida deberemos sin duda recorrer en los próximos años, abriendo el debate sobre el ámbito en el que posiblemente tendrá que articularse la respuesta a un fenómeno que, en sus manifestaciones más graves, ha desbordado notoriamente desde hace algunos años el añejo marco de la soberanía de los Estados: el derecho internacional penal.

Las conclusiones del trabajo, a cargo del profesor Héctor Olasolo, son un compendio muy completo y actualizado del estado de la cuestión: la corrupción moderna y clásica, pública y privada, doméstica y transnacional, singular y compleja, vinculada o no al crimen organizado, todo ello en el contexto de la llamada globalización liberal; y

las respuestas actuales y de futuro para conseguir que la protección de los estados de derecho, del interés y del patrimonio público y privado, y en última instancia, de los derechos de los ciudadanos, sea más efectiva.

Cuando en 2007 me hice cargo de dirigir la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, a la cual se dedica con acierto uno de los capítulos del presente volumen, nos encontramos con un país cuyas instituciones, especialmente las del sector de seguridad y justicia, estaban virtualmente colapsadas. Las estructuras criminales heredadas después de treinta y seis años de conflicto armado interno habían infiltrado y cooptado, al tiempo de la firma de los Acuerdos de Paz, a la policía, la fiscalía, el organismo judicial y el sistema penitenciario para neutralizar cualquier esfuerzo de exigencia de responsabilidades por los crímenes atroces de la guerra. Logrado ese propósito, esas estructuras criminales creadas por motivos políticos no fueron desmanteladas: se transformaron en delincuencia ordinaria, luego en delincuencia organizada, y una década más tarde se pusieron al servicio de la delincuencia organizada transnacional, principalmente mexicana y colombiana. La corrupción de la justicia había facilitado que la corrupción de los poderes legislativo y ejecutivo se convirtiera en sistémica: todos, partidos políticos, instituciones civiles y estamento militar, sector privado y grupos criminales locales y extrajeros, tenían un interés común consistente en mantener el *status quo* de reparto del poder y preservación de sus respectivos intereses mediante la inoperancia de los mecanismos de rendición de cuentas. La desprotección de los ciudadanos comunes era completa, y ese Estado ausente había propiciado un fenómeno que está presente en todas las situaciones de impunidad grave y generalizada: la privatización de los derechos. En Guatemala, solo disfrutaban de sus derechos fundamentales —la seguridad, la protección judicial, la educación, la sanidad, y en última instancia la integridad física y la vida— los ciudadanos que podían pagar por ellos. Este es un buen ejemplo del impacto de la corrupción sobre el disfrute real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, problema que resaltan varios de los textos del presente volumen.

Esa definición del Estado como *ausente* describe gráficamente, a mi entender, la esencia y los efectos de la corrupción cuando está arraigada como un elemento estructurador de los sistemas políticos e institucionales capturados por las redes criminales: no se trata de que

no haya instituciones, que éstas sean fallidas o estén colapsadas. Instituciones existen, y funcionan eficientemente. El problema es que no sirven los intereses generales, sino los de los grupos que las controlan.

En otras latitudes, donde la corrupción no alcanza ese carácter sistémico de preservación del *status quo* de quienes detentan ilícitamente el poder político y controlan las instituciones públicas, las consecuencias de una rendición de cuentas insuficiente son similares, aunque no sean tan graves. En las democracias más avanzadas se viene produciendo un deterioro notable de la representatividad democrática de las instituciones. Grandes corporaciones económicas y financieras, muchas veces multinacionales, así como grupos criminales organizados, financian sistemáticamente de manera encubierta e ilegal a los partidos políticos, sobornan a los altos funcionarios, manipulan la información a través de los medios de comunicación y las redes sociales que controlan, y con ello consiguen no solamente adjudicaciones y contratos destruyendo la libre competencia que constituye supuestamente un pilar fundamental del sistema económico de libre mercado, sino que corrompen, además, los mecanismos de adopción de decisiones de las instituciones democráticas. En primer lugar, porque este dopaje político propicia que sean elegidos quienes juegan con ventaja desleal en la competición electoral. Y en segundo lugar, porque, una vez en el poder, esos partidos ilícitamente financiados y artificialmente promovidos en medios y redes, no obedecen a los intereses de quienes les han votado sino a los de quienes les han sobornado. La articulación de la sociedad civil frente a esta grave afectación al derecho de participación política es muy insuficiente, y el reproche social a los corruptos, casi inexistente.

En esta situación, la lucha contra la corrupción es naturalmente desigual. Los recursos de que disponen los corruptos para defenderse de la persecución penal de las instituciones —legales y extrajurídicos— son prácticamente ilimitados. La respuesta jurisdiccional es muchas veces formal, burocrática, y adolece de una insuficiencia endémica de recursos. En Guatemala, bastó con introducir algunos equipos y procedimientos que estaban inexplicablemente ausentes en el desempeño de su procuración y administración de justicia (protección de testigos, escuchas telefónicas, videoconferencias, cooperación internacional, colaboración eficaz de arrepentidos, control de armas de fuego, etc..) para que la situación de impunidad generalizada se

revirtiera. Pero la desigualdad de armas favorable a los imputados poderosos en los procesos contra la corrupción no es prerrogativa de Guatemala. Los procedimientos son innecesariamente complejos, la cooperación internacional sigue estando muy limitada y siendo lenta y burocrática, y los recursos son muy insuficientes. Baste un ejemplo: en España, donde los procesos de corrupción se han multiplicado en los últimos años, no se ha aumentado el número de Juzgados Centrales de Instrucción en la Audiencia Nacional en los últimos veinticinco años.

Los textos que componen el libro se extienden sobre la necesidad de articular nuevos mecanismos de control y rendición de cuentas: de los paraísos fiscales, de las transacciones financieras desreguladas; de la explotación ilícita de los recursos naturales; de algunas manifestaciones criminales insuficientemente perseguidas, tales como el tráfico de armas y municiones, y el tráfico de personas, especialmente migrantes; de los espacios de tributación “más favorable” (varios de ellos, miembros de la Unión Europea). El catálogo es muy extenso.

Quisiera concluir esta presentación de un libro imprescindible con dos reflexiones personales fruto de la experiencia de muchos años en el combate a la corrupción.

La primera se refiere a la necesidad de combatir esa desigualdad de armas en favor de los corruptos que son llamados a proceso. Su derecho de defensa tiene que estar garantizado como el de cualquier otro investigado, pero el apoyo extrajurídico de que disfrutaban esos imputados poderosos tiene que encontrar un contrapeso en la sociedad civil. Mientras no se articulen respuestas ciudadanas, y no se manifieste un reproche social y electoral contundente frente a la corrupción, es muy difícil que las causas prosperen, y sus resultados serán en todo caso efímeros. Antes que represión, necesitamos educación y transparencia. La resignación y la indiferencia de los ciudadanos, que son a la postre las víctimas de la corrupción, es el mejor caldo de cultivo para la corrupción. El célebre Magistrado italiano Giovanni Falcone, que tanto combatió la corrupción y el crimen organizado en Sicilia, solía decir: “*Soy un servidor del Estado en tierra de infieles*”. Eso tiene que cambiar.

La segunda reflexión, de política criminal, tiene que ver con el enfoque de la represión de la corrupción. En el modelo de regulación

actual, los tipos penales están contruidos para la punición de las conductas de los individuos mediante su privación de libertad. Esta constatación me lleva nuevamente a dos conclusiones.

Primero, el principio según el cual *societas delinquere non potest* pertenece al pasado. Las personas jurídicas existen, no son una ficción legal; y delinquen. Para que una empresa, por ejemplo, deslocalice fraudulentamente sus rendimientos y los ubique en un paraíso fiscal para no tributar por ellos, es necesario un proceso de adopción de decisiones en el que participa, si se trata de una gran corporación financiera, industrial o comercial, una pluralidad de individuos, ninguno de los cuales es individualmente responsable, porque ninguno tiene el dominio del acto, y porque la empresa se rige por la lógica del máximo beneficio y desconoce los valores: la persona jurídica no es honesta ni deshonesto. Su responsabilidad penal debe ser cuasi objetiva, basada en el incumplimiento corporativo de su deber de vigilancia respecto de la conducta de sus administradores y empleados, que la sitúa en posición de garante respecto del cumplimiento por aquellos de las normas vigentes.

Y segundo: el objetivo primordial de la lucha contra la corrupción no debe ser tampoco el encarcelamiento de los corruptos, sino la incautación de su dinero. Mientras los Estados no sean capaces de articular mecanismos eficaces de imposición y exacción de sanciones pecuniarias disuasorias, y de confiscación inmediata de los activos de procedencia ilícita, la corrupción seguirá mereciendo la pena a los desaprensivos, y seguirá resultando rentable a las empresas. Nuevamente viene a colación una expresión de Giovanni Falcone. “*El dinero es como los conejos: aunque esté asustado, sigue corriendo*”. El juez italiano recomendaba seguir siempre en las investigaciones el rastro del dinero, y esa recomendación sigue siendo atinada, a mi parecer.

Disfruten, pues, del trabajo que se les presenta. Es fruto de la vasta experiencia de sus autores, y viene acompañada de un riguroso análisis académico. Contiene numerosas propuestas que ojalá nuestros gobernantes y legisladores sepan, en interés de casi todos, tomar en consideración.

En Huércal-Overa (España), a 15 de septiembre de 2020.

Carlos Castresana Fernández

Primera Parte

**PRIMERA APROXIMACIÓN AL
FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN
EN IBEROAMÉRICA**

Capítulo I

EL CASO ODEBRECHT

Emanuela Fronza

Pietro Insolera*

INTRODUCCIÓN

Existen varias posturas que se pueden utilizar para intentar definir el fenómeno de la corrupción en el ámbito transnacional. Por ejemplo, se podría partir de la exégesis de lo enunciado en las numerosas convenciones internacionales, o bien en los instrumentos de ratificación, que receptan y aplican esos vínculos en los ordenamientos nacionales. Sin embargo, a la luz de la naturaleza de este trabajo y del tema específico que se aborda en este capítulo, colocado en una sección cuya función pretende ser la de aclarar los contornos del fenómeno y sus *manifestaciones concretas*, para luego focalizarse en algunas experiencias nacionales, resulta más oportuno adoptar una postura metodológica que privilegie la dimensión *empírico-casuística del fenómeno* —sus *manifestaciones concretas*— en el marco de la *globalización del mercado económico y financiero*, que sin duda ha facilitado en las últimas décadas su crecimiento exponencial. Para ello centraremos nuestro trabajo en el análisis del conocido caso *Odebrecht* (Tiegel, 2017; Osava, 2017; Gallas, 2017).

Joseph Nye (Nye, 1967) nos ofrece una primera definición de un concepto tan amplio y fluido como el de la corrupción, al afirmar que se trata de aquella conducta que se desvía de las obligaciones formales de la función pública, debido a una ganancia monetaria o de estatus social de naturaleza privada (personal, familiar o grupal), o a la violación de las normas que prohíben el ejercicio de cierto tipo de influencia privada sobre quien ha de cumplir con dichas obligacio-

* Esta contribución es el resultado de una investigación y reflexión conjunta. Sin embargo, los párrafos Introducción, par. 1, 2 han sido redactados por Emanuela Fronza; los párrafos 3, 4, 5 por Pietro Insolera.

nes. Esta definición se fundamenta en la distinción entre lo público y lo privado, de manera que sólo el abuso de un rol o una función pública de gobierno integraría la conducta de corrupción, lo que parece concordar con la opinión predominante que la corrupción ha de involucrar una transacción en la que un funcionario público abusa de la posición de confianza para obtener un lucro personal.

Pero ¿qué características particulares ofrece el fenómeno de la corrupción en el ámbito transnacional, del que quedan excluidas las transacciones puramente nacionales que son reguladas por las legislaciones internas?

En una primera aproximación, podemos señalar que los auténticos protagonistas de la corrupción transnacional son las organizaciones económico-empresariales que desarrollan sus actividades comerciales en diversos países y, en consecuencia, están sujetas a varias jurisdicciones estatales: las llamadas Transnational Corporations (TNCs) y Multi National Enterprises (MNEs), en particular en sus relaciones con los funcionarios públicos estatales. Además, la forma de corrupción más relevante en el ámbito transnacional es el soborno o *bribery*, que es definido como “la oferta, la promesa, la entrega, la aceptación o la solicitud de una ventaja como un incentivo para realizar una conducta ilegal o contraria a la ética o la verdad. Los incentivos pueden ser dádivas, comisiones, retribuciones u otras ventajas (impositivas, servicios, donaciones, favores, etc.)” (Transparencia International, 2018). Piénsese, por ejemplo, en la permeabilidad a este tipo de prácticas en relación con los numerosos proyectos, obras o programas gubernamentales emprendidos en países en vía de desarrollo, a menudo ricos en recursos naturales.

El caso *Odebrecht* resulta de particular interés porque permite demostrar las enormes dimensiones (en tres continentes) de las ramificaciones de las prácticas corruptivas, el involucramiento de numerosas pantallas societarias, la comisión de varios delitos instrumentales (en particular el lavado de dinero), la existencia de determinados departamentos internos de la sociedad *Odebrecht* (*Department of Structured Operations*) dedicados al pago de sobornos para acelerar y facilitar el funcionamiento del esquema corruptivo, y los pagos a una gran cantidad de *intermediarios* en los varios países para conseguir la mayor cantidad posible de proyectos y negocios mediante prácticas corruptivas.

Además de estas características —relevantes en el plano de la manifestación del fenómeno— que contribuyen a que el caso *Odebrecht* sea un ejemplo paradigmático de la llamada *Grand Corruption* transnacional¹ (U.N. Office on Drugs & Crime, 2004, pp. 10 y ss; Mongillo, 2012, pp. 14-15; Moody-Stuart, 1993), este caso resulta útil para reflexionar sobre dos aspectos vinculados. Por un lado, el de las consecuencias de la conducta delictiva, que en tales circunstancias resultan dañinas y son difundidas en varios niveles de lesividad: económico, institucional, de los derechos humanos, etc.

Por otro lado, el de la reacción, en particular del ordenamiento jurídico norteamericano a través de la *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) (Mongillo, 2012, pp. 355-406; Perini, 2016, pp. 12, 93; Centonze & Dell’Osso, 2013, pp. 194, 197-206), en relación con la *comprobación procesal* y las *sanciones* impuestas a sociedades vinculadas a prácticas de corrupción transnacional. Como se verá en el caso de las sociedades brasileñas *Odebrecht* y *Braskem*, el *Department of Justice (DOJ)*, a raíz de los amplios criterios previstos en la FCPA, ha activado la competencia estadounidense para perseguir el macroesquema corruptivo y ha sujetado a las sociedades involucradas a la jurisdicción estadounidense, en la cual se han realizado dos *plea agreements* con términos muy complejos (Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A., 2016; Plea Agreement, United States v. Braskem S.A., 2016; Consent, Security and Exchange Commission v. Braskem S.A., 2016), que examinaremos.

En este sentido, conviene señalar que la FCPA es un *modelo de efectividad* inigualado en la lucha contra la corrupción transnacional, que, como bien ha sido señalado, constituye un fenómeno relativamente reciente, que se remonta al período posterior al final de la guerra fría (Focarelli, 2011, pp. 249-270; Di Martino, 2013, pp. 355,

¹ La *Grand Corruption* se distingue de la *Petty Corruption*: The most critical difference between grand corruption and petty corruption is that the former involves the distortion or corruption of the central functions of Government, while the latter develops and exists within the context of established governance and social frameworks (U.N. Office on Drugs & Crime, 2004, pp. 10 y ss). La “*Grand Corruption*” se caracteriza por la entidad del enriquecimiento y por el alto nivel de los funcionarios públicos involucrados; por el contrario, la “*little corruption*” se caracteriza por el nivel bajo de los funcionarios y por la suma exigua de los sobornos pagados (Mongillo, 2012, pp. 14-15; Moody-Stuart, 1993).

355-360; Mongillo, 2012, pp. 463-567; Perini, 2016, pp. 17). En este sentido, conviene tener en cuenta desde ahora, que el primer instrumento en esta materia es la Resolución 3514 del 14 de diciembre de 1975, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que condena las prácticas de corrupción de las empresas multinacionales en un momento en el que se estaban produciendo escándalos como el de Lockheed en Estados Unidos. Poco después, las líneas guía redactadas por la Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE) de 1976 recomendarían también a las empresas multinacionales no corromper a los funcionarios públicos.

Habría, sin embargo, que esperar hasta 1996 para que la Organización de Estados Americanos (OEA), adoptara el primer tratado multilateral contra la corrupción: la Convención interamericana del 29 de marzo de 1996. Poco después la OCDE aprobaría la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones económicas internacionales de 1997. Ese mismo año se adoptó la Convención para combatir la corrupción de funcionarios de las comunidades europeas y funcionarios públicos de Estados miembros. Así mismo, en el ámbito del sistema de protección del Consejo de Europa, en 1999 se elaboraría la Convención Penal contra la Corrupción, seguida poco después por la Convención Civil contra la Corrupción. Por su parte, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), si bien la Convención de Palermo (2000) sobre criminalidad organizada transnacional prevé ciertas disposiciones expresamente dedicadas a contrarrestar la corrupción transnacional, sería solo el 31 de octubre de 2003 que la ONU adoptaría su Convención contra la corrupción. Ese mismo año, la Unión Africana (UA) aprobaría la Convención sobre la prevención y lucha contra la corrupción.

Con base en lo anterior, definiremos sintéticamente en la sección 2 las generalidades del fenómeno criminal de la corrupción transnacional, para describir, a continuación, en la sección 3, el impacto de las prácticas corruptas y analizar brevemente en la sección 4 los aspectos procesales y sancionatorios de las resoluciones adoptadas en el caso Odebrecht conforme a la FCPA. El capítulo finalizará con una breve sección de conclusiones, donde ofreceremos unos primeros apuntes sobre lo que podría ser una estrategia integrada para la lucha contra la corrupción transnacional.

1. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL, CON PARTICULAR ATENCIÓN A AMÉRICA LATINA: EL EJEMPLO DEL CASO ODEBRECHT

1.1. *Primera aproximación al fenómeno de la corrupción transnacional en América Latina*

Para comprender mejor cuáles son las manifestaciones principales del fenómeno de la corrupción transnacional, es oportuno concentrarse, mediante un análisis detallado, en uno de los casos más escandalosos que recientemente se han ganado la atención de la crónica —se podría decir— a nivel global. Se trata de la reconocida experiencia de la sociedad multinacional brasileña *Odebrecht*, que ha tenido implicaciones amplias y delicadas en el nivel de la política de Brasil². (Fishman, Moro Martins, Demori, De Santi, & Greenwald, 2019; Nocioni, 2019, p. 7)

Como se verá, el “caso *Odebrecht*” presenta muchas —si no todas— las características paradigmáticas de la fenomenología corruptiva transnacional contemporánea (Birkett & Fontecilla, 2018; Scollo & Winkler, 2017, pp. 521; Arruda de Almeida & Zagaris, 2015, pp. 87).

Antes de concentrarnos en el “caso *Odebrecht*” conviene examinar, aunque sea en extrema síntesis, algunas de las características principales del fenómeno de la corrupción transnacional, tal como se ha manifestado recientemente, en particular, en la macrorregión geopolítica de América Latina. Nos puede ser de ayuda en cuanto muchos de tales rasgos resultan confirmados en ese caso.

² En estos días ha aparecido la noticia sobre un presunto intercambio continuo de información entre el juez Sergio Moro (actual ministro de justicia del gobierno de Bolsonaro) y el procurador Deltan Dallagnol, quien ha coordinado las investigaciones en el caso *Odebrecht* (llamado Operación *Car Wash*). Esta ha llevado al encarcelamiento, entre otros, de Lula, ex presidente del Partido de los Trabajadores. De la investigación periodística de la revista estadounidense *The Intercept*, surgen numerosas conversaciones que revelarían sistemáticas sugerencias “estratégicas” de parte del juez al procurador, que comprometen irreparablemente la independencia, imparcialidad y neutralidad del juzgador, arrojando una sombra inquietante sobre el proceso que, en los hechos, ha desmantelado a toda una clase política y ha influenciado mucho los resultados electorales de 2018 (Fishman, Moro Martins, Demori, De Santi, & Greenwald, 2019; Nocioni, 2019, p. 7).

Como varios lo han puesto de manifiesto (Warf, 2019, pp. 21-56; Engel et al., 2018; Llorente & Cuenca, 2016; Castañeda, 2018; Lynch, 2018; Gibson, 2018), en el último período —salvo algunas excepciones “virtuosas” (Costa Rica, Chile y Uruguay), y aún en la amplia diversidad de las experiencias nacionales particulares (Warf, 2019, p. 48; Llorente & Cuenca, 2016, pp. 6-15)³— se ha observado una intensificación de la fenomenología corruptiva en el área de América Latina. Numerosos casos de gran relevancia han involucrado a fuerzas de gobierno o figuras de alto perfil institucional, contribuyendo significativamente a erosionar la confianza de la población en la clase política, e influenciando, en consecuencia, los resultados de las elecciones que se desarrollaron en varios países en 2018 (Llorente & Cuenca, 2016, p. 15).

No es fácil identificar las “*constantes*” que caracterizan tales hechos; sin embargo, basta con observar, en lo que aquí interesa, que un buen porcentaje de esos casos han tenido una *dimensión transnacional* (Warf, 2019, p. 47)⁴ y han involucrado a funcionarios de gobierno, partidos políticos y sociedades multinacionales, mediante transferencias de dinero a través de intermediarios y esquemas complejos de lavado de dinero, realizados con apoyo en instrumentos refinados de tecnología financiera y la colaboración de bancos e instituciones de crédito, a menudo con sedes en paraísos fiscales.

No es posible aquí describir y analizar profundamente la casuística reciente (Warf, 2019, pp. 30-48; Llorente & Cuenca, 2016, pp. 5)⁵, pero es útil recordar que, desde 2014, gran parte de los países

³ Warf, B. (2019) afirma: “A variety of national models of corruption are found throughout the region. Countries with long histories of repressive states (Haiti, Paraguay, Honduras, and Nicaragua) tend to fare the worst, whereas emerging democracies with higher standards of living, even those with (relatively briefer) histories of authoritarian rule, tend to do much better (Costa Rica, Chile, and Uruguay)”, de manera similar, Llorente & Cuenca (2016).

⁴ Lo destaca, entre otros, Warf, B. (2019), que menciona en particular los casos de Perú y Brasil.

⁵ Para una exhaustiva reseña razonada de las experiencias nacionales más recientes, se remite a Warf, B. (2019), quien se detiene sobre el *case study* inherente a México, Cuba, Caribe, Colombia, Venezuela, Brasil, Perú y Argentina; Llorente & Cuenca (2016), donde se analizan detalladamente los hechos ocurridos en Guatemala, Chile, Brasil, Argentina, Perú, Colombia, Panamá, República Dominicana y México.

de la región fueron tocados por “escándalos políticos” referidos a la corrupción.

Tan solo por citar algunos ejemplos conocidos, se puede hacer referencia a los hechos ocurridos en Guatemala, Argentina y Perú, donde las dinámicas corruptivas adquirieron dimensión transnacional.

En Guatemala se desató un escándalo de fraude aduanero en 2015 (llamado caso *La Línea*), que provocó la renuncia y el arresto de la vicepresidenta Roxana Baldetti en mayo de ese año, y la renuncia del presidente Otto Pérez Molina en septiembre, pocos días antes de las elecciones presidenciales. Funcionarios judiciales y un organismo creado por la ONU (la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala) han desmantelado una organización criminal que recibía sobornos de los importadores para evitar pagar las cargas aduaneras. La red criminal estaba dirigida por el secretario privado de la vicepresidenta Baldetti, Juan Carlos Monzón, y por funcionarios públicos de la autoridad tributaria nacional. A raíz del escándalo, de la publicación, el 22 de mayo de 2015, del contrato fraudulento entre el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y la Casa Farmacéutica *Droguería Pisa* de México, y del arresto del ex secretario del presidente, Gustavo Martínez, hubo una imponente reacción pública de protesta, con una manifestación de 100.000 personas en la capital guatemalteca, que fue el preludio de la caída del jefe de Estado. En conclusión, un funcionario público, dos ministros y alguien que había ocupado una banca en el Congreso estuvieron entre los 24 arrestados en el curso de las investigaciones por delitos de corrupción y lavado, que involucraron al ex presidente de Guatemala, Otto Pérez Molina (Llorente & Cuenca, 2016, pp. 10-11).

En Argentina (Warf, 2019, pp. 46-48), se iniciaron procesos por delitos de corrupción respecto de la expresidenta Cristina Fernández (y de su marido, Néstor Kirchner, presidente antes que ella y fallecido con posterioridad), por un presunto enriquecimiento ilícito que habrían obtenido durante los 12 años en el poder. Un fiscal argentino ha impulsado un proceso contra Cristina Fernández por el delito de corrupción, en relación con presuntas irregularidades cometidas por una inmobiliaria ligada a su familia. La expresidenta había sido acusada en el mismo caso, junto a su hijo, Máximo Kirchner, por los delitos de enriquecimiento ilícito y falsificación de documentos públi-

cos. En las actuaciones se da cuenta de los escándalos de corrupción del gobierno anterior, y se menciona al empresario Lázaro Báez como el principal adjudicatario de obra pública en el sur del país durante la era Kirchner (2003-2015). Báez, detenido por la presunta comisión de los delitos de lavado y evasión fiscal, es sometido a una investigación, dado que se sospecha que ha sido el testaferro de Néstor Kirchner y Cristina Fernández, y que ha transferido aproximadamente 55 millones de euros a cuentas corrientes en el extranjero, principalmente en Suiza. Este caso ha sido revelado en 2013 por una investigación periodística y se ubica en el contexto más amplio de la corrupción sistemática denominado “*K Money Trail*”, en el que resultaron involucrados muchos funcionarios de gobierno. Uno de los más conocidos es el ex secretario de obras públicas durante el gobierno Kirchner, José López, que, tras ser investigado por enriquecimiento ilícito, fue arrestado en un monasterio mientras llevaba consigo algunos bolsos con un importe de 8 millones de dólares no declarados.

En Perú, Estado que desde siempre ha sido muy vulnerable al fenómeno (Warf, 2019, pp. 43-45), el último período guiado por Ollanta Humala ha sido salpicado por las consecuencias del “*Caso Belaunde*”. La esposa del presidente, Nadine Hereida, ha sido investigada por los fiscales estatales por la presunta comisión de varios delitos de lavado. En particular, una comisión parlamentaria de investigación ha señalado a Hereida como involucrada en actividades delictivas del empresario Martín Belaunde Lossio. Él está imputado en el caso “*La Centralita*”, como se llamaba una oficina desde la cual se cree que condujo operaciones de espionaje sobre adversarios políticos del gobernador de la región de Anchas, César Álvarez, quien también está acusado del crimen de lavado de dinero, en cuanto habría favorecido los intereses de sociedades privadas al hacerles realizar contratos con el Estado en las regiones y obtener beneficios económicos personales.

Casos análogos han aparecido en las primeras planas de la crónica en numerosos países: Colombia, Panamá, República Dominicana y México.

Aún cuando sea posible identificar tasas diversificadas de corrupción percibida (Llorente & Cuenca, 2016, pp. 5-10) y tipologías de corrupción (las llamadas *ocasional*, *endémica* o *sistemático-institucional*) —que cambian en las distintas realidades nacionales— se pue-

den señalar algunas características relativamente constantes y homogéneas.

Nos referimos esencialmente a tres factores: 1). Una legislación anticorrupción a menudo caracterizada por su ineficiencia, y difícil aplicación (Gibson Dunn, 2018; González Calvet, Reinikainen, & Ford, 2019)⁶; 2). Debilidades estructurales graves en la supervisión y el control del poder judicial, con sistemas ineficientes y muy *dependientes del poder político*; 3). Una legislación vigente obsoleta e inadecuada, junto a una estructura institucional débil e inestable, que asegura un acceso escaso a la información y poca participación pública, por lo que prevalecen los conflictos de intereses y la impunidad.

En este escenario, como se ha precisado, no sin un dejo de desilusión (Warf, 2019, p. 48), desde la perspectiva del esfuerzo represivo:

América Latina ha asistido a una gran gama de campañas anticorrupción. A menudo financiados por donantes externos, incluyendo al Banco Mundial y ONGs, esos intentos raramente produjeron algo más que impactos momentáneos, y pueden ser utilizados como venganzas contra adversarios políticos internos. Normalmente son poco más que una retórica vacía y la punición de pocos corderos de sacrificio, y producen un escaso cambio sustancial. Reducir o eliminar la corrupción requiere un desarrollo económico y una reforma política de largo plazo; una prensa activa que controle el ejercicio del poder; penas severas para las violaciones; y una cultura que no acepte los sobornos como un hecho inevitable de la vida cotidiana.

Las opiniones más autorizadas y recientes (Engel et al., 2018, pp. 11-27), en relación con estrategias de lucha en el área de América Latina, sugieren un plan de reforma sistemática fundado en cuatro pilares: 1). Iniciativas en el plano global (mediante un refuerzo significativo de la cooperación policial y judicial) y regional; 2). Iniciativas en el plano nacional (potenciamiento de los instrumentos legislativos y creación de Fiscalías con competencia específica en anticorrupción); 3). Incentivar un compromiso del sector privado y la sociedad civil en una campaña ambiciosa de cambio cultural, político y económico; 4).

⁶ Véase, empero, el surgimiento de varias normativas sobre la materia en los últimos años, que en la mayor parte de los casos han potenciado la eficacia represiva (Gibson Dunn, 2018; González Calvet, Reinikainen, & Ford, 2019).

Leadership de organizaciones internacionales (por ej., la International Development Bank).

Muchas de las líneas de reforma mencionadas serán retomadas y profundizadas en la conclusión.

Tras estas breves referencias a la actualidad y las características de la fenomenología de la corrupción en América Latina, es oportuno concentrarse ahora en el examen del caso *Odebrecht*.

2. LAS PRÁCTICAS DE CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL PUESTAS DE MANIFIESTO EN EL CASO ODEBRECHT

2.1. *La estructura societaria y su dimensión transnacional*

Ante todo, es necesario trazar algunas coordenadas mínimas y esenciales para comprender la enorme magnitud de la conducta delictiva de corrupción bajo examen, referidas a la estructura societaria de las multinacionales involucradas (Scollo & Winkler, 2017, pp. 523-525).

Odebrecht S.A., una sociedad radicada en la provincia de Bahía, en Brasil, es el vértice de un grupo societario que opera en el sector de la ingeniería y la edificación civil, activo en otros veinticuatro países, con una facturación de 33 billones de dólares y una utilidad neta de 152 millones de euros.

Para dar una idea de las dimensiones, las diversas sociedades vinculadas al grupo, hasta junio de 2016, habían construido 43 aeropuertos, 54 puertos, 35 líneas ferroviarias y más de 13.000 kilómetros de autopistas en varias áreas del mundo. Esa extensión transnacional de la actividad empresarial ha implicado, evidentemente, la multiplicación de las relaciones con empresas y gobiernos extranjeros.

En 2002, *Odebrecht* fundó *Braskem S.A.*, una de las empresas petroquímicas más grandes de las Américas⁷. En 2003, *Braskem S.A.*

⁷ La sede legal está en Sao Paulo (Brasil). *Odebrecht* tiene el 38.1 % de las acciones de *Braskem* y el 50.11% de las acciones con derecho a voto, mientras que el 36.1 % restante pertenece a la empresa estatal brasileña *Petroleo Brasileiro S.A. (Petrobras)*, que cotiza en la bolsa de Brasil y Estados Unidos. En 2006 *Braskem* se unió a la empresa química *Ultrapar* para obtener el *Grupo Iparanga* al precio de 4 billones de dólares, en la operación de fusión más grande de la historia brasileña.

ingresó en el mercado de la bolsa de Nueva York mediante el llamado *American Depository Receipt (ADR)*, y, en consecuencia, se le exigió que exhibiera su documentación societaria y contable a la *Securities and Exchange Commission*, por lo que resultó calificada como “*issuer*” con base a las disposiciones de la *FCPA*.

En cuanto concierne a *Petrobras*, segunda accionista de *Braskem*, se debe señalar que durante la presidencia de Lula (2002-2010) se le sustrajo de una operación de privatización y se la comprometió en enormes inversiones en el sector petrolífero, en particular en los llamados “*pre-salt oil fields*”, es decir, nuevos yacimientos para la extracción de petróleo, ubicados bajo un estrato de dos kilómetros de sal en el océano frente a Río de Janeiro. Las operaciones de extracción, en calidad de “*new oil exploration areas*”, estaban regidas por una normativa jurídica que le reservaba a *Petrobras* una exclusividad de hecho.

No sorprende entonces que el *Financial Times* haya definido a *Petrobras* como “la corporación con el programa de gasto de capital más grande en el mundo” (Leahy, 2016). Es necesario destacar la creciente posición de poder de la sociedad y las conexiones con la política, con el resultado que grandes sumas de dinero se pusieron a disposición de políticos “*amigos*”. Por el ejemplo, la presidenta Dilma Roussef, antes de ser elegida en 2010, había sido presidenta de *Petrobras* por mucho tiempo, durante el ejercicio de su cargo anterior de Ministra de Energía.

Otra empresa controlada por *Odebrecht* es la sociedad *Construtora Norberto Odebrecht S.A. (CNO)*. Con 81.000 empleados, opera como líder en diversos ámbitos: le fueron asignadas muchas obras en el sector del transporte, la logística, la energía, la recolección de residuos urbanos, el desarrollo urbano y la edificación comercial.

La sociedad *CNO* tiene una importancia particular en el esquema de las actividades corruptivas atribuidas al grupo *Odebrecht*, en cuanto una parte integrante de su estructura era una unidad operativa, denominada *Division of Structured Operation (DSO)*, creada específicamente en 2006 para permitirle al grupo *Odebrecht* efectuar pagos no registrados, muchos de los cuales, como se comprobaría con posterioridad, eran sobornos entregados a funcionarios públicos brasileños y de muchos otros países.

La red de sociedades formal y sustancialmente ligada a *Odebrecht* fuera de los límites brasileños es muy vasta y ramificada, lo que le permitía participar de numerosas licitaciones para la realización de obras importantes en diversos estados de América del Sur y África.

En particular, en Angola se construyó la segunda represa más grande del país, en colaboración con inversores de la entonces Unión Soviética, y el grupo *Odebrecht* sigue siendo aún hoy “el más grande empleador privado en el país, con inversiones que alcanzan la producción alimenticia y de etanol, la construcción de oficinas, industrias y supermercados”.

Además de la realización de obras, *Odebrecht* mantuvo relaciones comerciales estrechas, frecuentes y duraderas con bancos y operadores financieros, radicados en países como las Islas Vírgenes Británicas, Belice y Antigua, que, como se verá, tuvieron un rol de primer plano para permitir que se efectuaran los pagos no rastreables, necesarios para el funcionamiento del esquema corruptivo. Además, varios dirigentes de la *Division of Structured Operation* viajaban periódicamente a Estados Unidos para participar de reuniones en la ciudad de Miami, dirigidas a organizar su actividad, principalmente ilícita.

Como se anticipaba, la *Division of Structured Operation* fue utilizada como canal primario para el pago de sobornos a muchos funcionarios públicos extranjeros, en el marco del sistema que fue descubierto en 2014, como resultado de la megaoperación de investigaciones conocida como *Operation Car Wash (Operação Lava Jato)*, que se describirá sintéticamente a continuación.

2.2. Las prácticas de corrupción transnacional que surgieron en la Operación Lava Jato

Después de un año de investigaciones —iniciadas en 2014—, fue arrestado el dirigente de *Petrobras* Nestor Certero, gracias a la colaboración del director de la empresa, Paulo Roberto Costa, el primero en confesar a los investigadores que, junto a los otros directores, destinó un importe variable de entre el 1 y el 5% del valor de los contratos estipulados con varios socios comerciales a la creación de fondos ilícitos.

Desde el comienzo de la investigación, con la aparición progresiva de las fuentes de prueba, muchos de los delatados, dirigentes de las sociedades, decidieron colaborar con la justicia y ofrecieron declaraciones que revelaron un sistema corruptivo muy articulado, que incluía a numerosos políticos, empresarios y funcionarios públicos del gobierno brasileño y de países extranjeros (*The Guardian*, 2017)⁸.

Algunos factores específicos incentivaron la amplia colaboración de los dirigentes que echó luz sobre el enorme sistema de corrupción.

Ante todo, dos resoluciones legislativas (Ley n° 12.846 del 1 de agosto de 2013; Decreto n° 8.420 del 18 de marzo de 2015), insertadas en el ámbito de una amplia reforma del sistema de anticorrupción brasileño, introdujeron la posibilidad para los investigados de definir su posición mediante un acuerdo con los fiscales y gozar de importantes beneficios. De ese modo, muchos de los investigados señalaron las identidades de los copartícipes para obtener una rebaja significativa de la pena.

En segundo lugar, las investigaciones se asignaron a un fiscal independiente, nombrado en 2013, el *Procurador Geral da Republica*, que desde el principio coordinó y apoyó las actividades de investigación, sobre todo cuando comenzó a emerger la responsabilidad de políticos importantes y senadores, incluso del expresidente Lula.

En ese clima, el Supremo Tribunal Federal de Brasil anunció, en marzo de 2015, la remisión formal a juicio de 15 senadores, 21 miembros del Congreso, 13 ex miembros del Congreso y 2 exgobernadores estatales. La presidenta Rousseff, a raíz de sus estrechas relaciones con *Petrobras*, fue acusada por el Congreso de haber transgredido las leyes fiscales, y el 31 de agosto de 2016 el Senado votó su destitución.

En lo que concierne a *Odebrecht*, los investigadores comprobaron que sus dirigentes, junto con los de otras sociedades, habían constituido una suerte de “cartel oculto” para repartirse los contratos de obra pública en relación con los cuales *Petrobras* era una de las competidoras. Además, Paulo Roberto Costa relataba detalladamente cómo había transferido importantes sumas de dinero a cuentas corrientes

⁸ Como se ha destacado en *The Guardian*: “At first, the press described it as the biggest corruption scandal in the history of Brazil; then, as other countries and foreign firms were dragged in, the world” (2017).

de Suiza, Mónaco y Hong Kong, actuando formalmente por cuenta de sociedades *off-shore* radicadas en Panamá y Uruguay, abiertas a nombre de terceros.

Precisamente con respecto a estas últimas transacciones globales, las autoridades estadounidenses, en colaboración con las brasileñas, descubrieron un esquema corruptivo mediante el cual *Odebrecht*:

[...] entregó cientos de millones de dólares en efectivo y otros bienes de valor para corromper a funcionarios públicos extranjeros, exponentes de partidos políticos extranjeros, candidatos a elecciones políticas extranjeras, con el fin de asegurarse una ventaja indebida e influenciar a esos funcionarios, partidos y candidatos para obtener y mantener trabajos en varios países del mundo (Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A., 2016; Plea Agreement, United States v. Braskem S.A., 2016; Consent, Security and Exchange Commission v. Braskem S.A., 2016; Leahy, 2016; The Guardian, 2017).

De acuerdo con la reconstrucción del *Department of Justice* estadounidense, *Odebrecht* pagó alrededor de 788 millones de dólares en sobornos, en relación con más de cien proyectos en doce países distintos, con una ganancia neta de aproximadamente 3,4 billones de dólares, una suma realmente considerable (Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A., 2016; Ley n° 12.846 del 1 de agosto de 2013; Decreto n° 8.420 del 18 de marzo de 2015).

Es necesario detenerse más detalladamente en la estructura del esquema corruptivo (Arruda de Almeida & Zagaris, 2015, p. 93; Scollo & Winkler, 2017, pp. 527-530), en el cual la *Division of Structured Operation* de la CNO tenía efectivamente el rol de “*departamento de los sobornos*”, y en las otras entidades implicadas (Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A., 2016; Ley n° 12.846 del 1 de agosto de 2013; Decreto n° 8.420 del 18 de marzo de 2015). La DSO, en particular, transfería los fondos no registrados que generaba la sociedad a los destinatarios, funcionarios de gobiernos, exponentes de partidos y candidatos políticos extranjeros. Las fuentes de esas sumas de dinero eran varias: gastos generales de las distintas sociedades del grupo; comisiones excesivas no declaradas en los balances, que derivaban de prestadores de servicios formalmente legítimos; anticipos no declarados; compensaciones vinculadas a los resultados.

Para efectuar las transferencias de fondos y los pagos sin posibilidad de rastreo, la *Division of Structured Operation* mantenía un “*shadow budget*”, que funcionaba mediante dos sistemas electrónicos diferentes creados a ese fin.

En primer lugar, el llamado *MyWebDay*, que se utilizaba para procesar los pagos y registrarlos.

En segundo lugar, el llamado *Drousys*, un sistema elaborado para las comunicaciones, distinto del ordinario, que no tenía registros y permitía a los dirigentes de las sociedades y a sus cómplices comunicarse libremente, hablando de los sobornos y otras transacciones ilícitas sin ser interceptados. Todo ello se garantizaba mediante protecciones sofisticadas del correo electrónico y la mensajería instantánea, a través de nombres en clave y *password*, suficientes para asegurar la reserva plena y la confianza entre los sujetos implicados, así como una gran velocidad y eficiencia en los pagos.

Un factor esencial para el funcionamiento eficaz de la cadena corruptiva se identifica en la presencia de numerosas entidades, bancos y operadores financieros, ubicados principalmente en el exterior, mantenidos fuera de los balances de *Odebrecht*, que eran administrados por varios agentes retribuidos por la *Division of Structured Operation*.

El dinero transitaba mediante al menos cuatro niveles diferentes para ocultar sus rastros y la fuente de origen, manteniéndola a gran distancia de los beneficiarios finales. Los pagos se efectuaban, a veces, de modo tradicional, en efectivo dentro de sobres o valijas en lugares predeterminados por los beneficiarios de los fondos.

Los institutos de crédito que se ofrecieron como vehículo de las sumas de dinero fueron retribuidos de modo abundante.

En el plan criminal corruptivo de *Odebrecht*, realizado mediante las operaciones de la *Division of Structured Operations*, los bancos desempeñaron un rol precipuo. Más específicamente, se utilizaron pequeños bancos radicados en países extranjeros, cuyos ordenamientos se caracterizan por normativas sobre el secreto bancario particularmente rigurosas, que prevén fuertes limitaciones en la cooperación internacional con las investigaciones y en la revelación de información sensible.

Un caso emblemático es el de la isla caribeña de Antigua, a la que *Odebrecht* transfirió fondos a 33 institutos en 77 cuentas corrientes

distintas, e intentó también comprar un banco que se encontraba en crisis financiera, para permitir que algunos cómplices abrieran otras cuentas corrientes para recibir su parte de fondos negros.

Las prácticas corruptivas de *Odebrecht* implicaban como *modus operandi* regular, la entrega de sumas de dinero a funcionarios públicos extranjeros. Por ejemplo, cuando los fiscales brasileños requirieron a las autoridades de Antigua el acceso a las cuentas corrientes de *Odebrecht*, la sociedad le encargó a un abogado, al que le pagó 4 millones de dólares, que contactara al primer ministro del país para persuadirlo de que rechazara el requerimiento.

Otra práctica difundida consistía en la destrucción de toda fuente de prueba posible a pedido de los dirigentes de *Odebrecht*. En el acuerdo con el *DOJ* se admitió que, en 2014, cuando recién habían comenzado las investigaciones, varios dirigentes y empleados, luego devenidos informantes, habían ocultado y destruido fuentes de prueba u ordenado a sus dependientes que lo hicieran, en particular las claves encriptadas necesarias para acceder al sistema de comunicación *MyWebDay* (Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A., 2016).

Es necesario señalar que muchas de las transferencias bancarias funcionales para alimentar el vasto esquema corruptivo transitaron mediante el sistema bancario y financiero estadounidense, ya que las sociedades y entidades *off-shore* (radicadas en Antigua, Belice y las Islas Vírgenes) tenían cuentas corrientes también en Nueva York, que se utilizaban para transferir importantes sumas a funcionarios públicos extranjeros.

En la gran mayoría de los casos, el dinero servía para asegurarse la asignación de obras públicas y obtener condiciones más favorables en el ámbito de proyectos empresariales promovidos por los gobiernos de varios países. En todas las ocasiones, la relación entre la cifra invertida en sobornos y el beneficio neto revela un margen de ganancia muy elevado para *Odebrecht*⁹.

⁹ Al sintetizar los negocios obtenidos por la llamada *Odebrecht foreign bribery machine* en países extranjeros, cabe destacar lo siguiente: en Angola, durante el período 2006-2013, a fin de asegurarse la asignación de contratos para la realización de obras públicas, Odebrecht pagó la suma de 50 millones de dólares en

Como ocurre a menudo en los casos de *Grand Corruption* transnacional, los intermediarios jugaron un rol extremadamente relevante (Mongillo, 2012, pp. 384-88; Centonze & Dell’Osso, 2013, pp. 236-241); *Odebrecht* se valió de varios agentes para negociar con los gobiernos extranjeros, garantizarse la asignación de recursos económicos a sus proyectos, obtener información reservada sobre los precios y las condiciones de las licitaciones referidas a esos proyectos, asegurando a esos agentes porcentajes significativos del valor de los contratos como compensación por su intermediación.

Nótese entonces que, en definitiva, mientras que las dimensiones y las ramificaciones intercontinentales confieren, indudablemente, al caso bajo examen características excepcionales, a la vez el esquema corruptivo resulta conforme a los estándares comunes de la corrupción transnacional, caracterizados por el aporte relevante de intermediarios, la existencia de contratos simulados, bancos “cómplices”, entidades *off-shore* y fondos no registrados que se crean con el fin

sobornos, y consiguió una ganancia neta de 261,7 millones; en Argentina, durante el período 2007-2014, Odebrecht pagó, con la misma finalidad, la suma de 35 millones de dólares en sobornos, y consiguió una ganancia neta de 278 millones; en Colombia, durante el período 2009-2014, con la misma finalidad, Odebrecht pagó la suma de 11 millones de dólares en sobornos, y consiguió una ganancia neta de 50 millones de dólares; en la República Dominicana, durante el período 2001-2014, pagó 92 millones de dólares en sobornos, y consiguió una ganancia neta de 163 millones; en Ecuador, entre 2007 y 2016, a fin de resolver algunos problemas surgidos en el ámbito de un contrato de construcción, pagó sobornos por 33.5 millones de dólares, y consiguió una ganancia neta de 166 millones; en Guatemala, durante el período 2013-2015, a fin de asegurarse la asignación de contratos para la realización de obras públicas, Odebrecht pagó sobornos por 18 millones de dólares, y consiguió una ganancia neta de 34 millones; en México, entre 2010 y 2014, a fin de obtener condiciones favorables en un contrato de construcción estipulado con el gobierno, pagó sobornos por 900.000 dólares (no se conoce la ganancia); en Panamá, entre 2010 y 2014, a fin de conseguir la asignación de contratos para la realización de obras públicas, pagó 59 millones de dólares, y obtuvo una ganancia de 175 millones; en Perú, entre 2005 y 2014, con la misma finalidad, pagó sobornos por 29 millones de dólares, y consiguió una ganancia neta de 143 millones; en Venezuela, entre 2006 y 2015, con la misma finalidad, pagó 98 millones de dólares en sobornos (no se conoce la ganancia) (Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A., 2016; Scollo & Winkler, 2017, p. 538).

de corromper funcionarios públicos extranjeros (Scollo & Winkler, 2017, p. 530; Centonze & Dell’Osso, 2013, pp. 197-206)¹⁰.

Después de haber delineado brevemente la estructura societaria de *Odebrecht* y las modalidades de desarrollo del esquema corruptivo, es oportuno concentrarse *in primis* en algunos de los efectos dañinos para la sociedad civil, y luego en el aspecto de la comprobación procesal y las penas, observando cómo se aplicaron las disposiciones de la FCPA en el ámbito de los dos acuerdos que, como se verá, presentan caracteres muy peculiares e innovadores, que los vuelven una forma inédita de “protocolo internacional híbrido” (Scollo & Winkler, 2017, pp. 538).

3. NOTAS SOBRE EL IMPACTO DE LAS PRÁCTICAS DE CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

Aún sin poder afrontar analíticamente los numerosos efectos negativos producidos por las prácticas corruptivas puestas en práctica por *Odebrecht* en varios países, vale la pena mencionar algunos ejemplos entre los más significativos (Fedirka, 2016, pp. 3-4; Birkett & Fontecilla, 2018, pp. 4-5). Es necesario adelantar que se los puede apreciar, al menos, desde dos planos: el de las repercusiones sobre las realidades económicas locales y las violaciones de los derechos humanos, por un lado, y el de las consecuencias macroeconómicas, por el otro.

En cuanto al primer plano, cabe observar que numerosos proyectos realizados por *Odebrecht* produjeron daños importantes al ambiente, así como la migración forzada de comunidades. Las prácticas corruptivas y otras formas de influencia política ilícita hicieron muy difícil, cuando no imposible, que las personas que se opusieron a esos proyectos lograran ser escuchadas.

Un caso emblemático es el de Perú, donde Hitler Ananias Rojas Gonzales, un activista por los derechos de los agricultores e intendente de la ciudad de Yagen, ubicada en el norte del país, fue asesinado

¹⁰ Scollo, L.& Winkler, M. M. (2017), hablan a ese respecto de “*a very ordinary corruption scheme*”. El caso *Odebrecht* presenta todas las que se pueden definir como las “características criminológicas constantes” del fenómeno de la *Grand Corruption* transnacional, examinadas también por Centonze & Dell’Osso (2013).

en diciembre de 2015, tras haber recibido varias amenazas de muerte. Su actividad se dirigía a obstruir el proyecto de construcción de una represa en el río Marañón, asignado a *Odebrecht*, conocido también como “*Chadin ii project*”. Gonzales sostenía que la realización de la represa habría impedido a muchos ciudadanos de la zona mantener sus propios medios de sustento, y los habría obligado a emigrar, a raíz de la inundación que se produciría de más de 32 kilómetros cuadrados de selva amazónica. Con base en varios testimonios de la población local, *Odebrecht* se había logrado infiltrar en la clase política local y, con su ayuda, había intentado imponer a la población indígena la suscripción de un acuerdo para permitir que el proyecto se realizara. Los funcionarios públicos del gobierno utilizaron la fuerza para sedar las protestas y amenazaron con recortar los subsidios, para responder a las exigencias empresariales de *Odebrecht*.

También se verificaron abusos y violaciones de los derechos fundamentales en Brasil, en el ámbito del proyecto de construcción de la represa de Belo Monte, en el estado de Pará. Esta obra, financiada por algunos inversores privados junto a *Odebrecht*, dirigida a la construcción de la cuarta represa más grande del mundo —según la prensa— implicaría la remoción de 20.000 personas. Los trabajos se aprobaron sin el consenso de las comunidades indígenas de la región, en violación a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La cuenca hídrica que habría resultado cubriría más de 200.000 kilómetros cuadrados de selva amazónica, con un impacto devastador sobre la biodiversidad de la zona y la pérdida de cientos de especies en el río Xingu.

Todavía más graves, si es posible, son las consecuencias en el plano macroeconómico. El declive económico que afronta Brasil está directamente relacionado con la difusión pública de la *Operation Car Wash*. Con base en datos de la OCDE, el crecimiento del PIB disminuyó drásticamente del 3.01% en 2013, al 0.5% en 2014. En 2015 comenzó una recesión que provocó un crecimiento porcentual negativo del 3.85% hasta el comienzo de 2017. A fines de este año, las proyecciones indicaban que el crecimiento brasileño habría alcanzado el 0.68%, con las primeras señales tímidas de recuperación. El ministro de economía sostuvo que la caída de las inversiones de *Petrobras*, a causa del escándalo, sustrajo cerca de dos puntos porcentuales al crecimiento del PIB en 2015. A pesar de que la corrupción no sea el úni-

co factor de la crisis, contribuyó de modo significativo a la recesión, junto al derrumbe de los precios de los bienes en el mercado global en los últimos años. También otros países del área sudamericana podrían sufrir contragolpes y un derrumbe de las inversiones extranjeras, a causa de la disminución de la confianza en la clase política latinoamericana.

Se deben destacar, luego, las consecuencias en el nivel geopolítico de la región sudamericana, en la cual el rol de líder económico y político de Brasil ha determinado un “*spill over effect*” de los efectos negativos causados por las prácticas corruptivas objeto de la operación *Car Wash*. En particular, muchos sujetos (políticos, dirigentes de empresas, lobistas) brasileños han apoyado a partidos políticos y candidatos en las elecciones de otros países. Las sociedades brasileñas implicadas en el escándalo, sobre todo en el sector de la edificación civil (*Odebrecht*, *Oas*, *Camargo Correa*, *Queiroz Galvao*), han invertido sumas abultadas en importantes proyectos de infraestructura en toda Sudamérica.

En consecuencia, conocidos hombres de la política y empresarios de varios países sudamericanos se encuentran ahora sometidos a investigaciones anticorrupción por su vinculación con *Odebrecht*, las sociedades controladas y los políticos brasileños implicados. Las imputaciones que se les dirigen reproducen las del caso brasileño: licitaciones trucadas, precios inflados en contratos públicos y utilización de fondos públicos para financiar campañas electorales. Por ejemplo, han terminado bajo la atención de los investigadores el expresidente colombiano Juan Manuel Santos, el líder de la oposición venezolana Henrique Capriles, la expresidenta chilena Michelle Bachelet y los expresidentes peruanos Toledo, Humala y Kuczynski, así como el presidente argentino Macri.

Entre los otros países implicados y muy desestabilizados, se puede mencionar a México, Mozambique, República Dominicana, Ecuador, Guatemala y Panamá. También Cuba podría resultar implicada, ya que *Odebrecht* ha invertido más de un billón de dólares en la construcción del puerto de Mariel y en otras obras de infraestructura. Numerosos gobiernos han suspendido la realización de los proyectos ligados al escándalo, cancelado los contratos y bloqueado temporalmente las sociedades, al temer un perjuicio a raíz de las acusaciones.

Una diferencia fundamental entre Brasil y muchos de los países mencionados es que este tiene una estructura institucional, económica y productiva capaz de superar el golpe y crecer, aunque sea lentamente.

El amplio impacto al que se ha hecho referencia brevemente da cuenta de la gravedad de las conductas corruptivas, las que son idóneas para lesionar una multiplicidad de bienes y valores fundamentales para la existencia de la sociedad civil y las instituciones democráticas.

4. ASPECTOS PROCESALES Y SANCIONATORIOS: LAS *RESOLUTIONS* CON BASE EN LA FCPA

Las sociedades *Odebrecht* y *Braskem* estipularon, el 21 de diciembre de 2016, dos acuerdos de aceptación de responsabilidad (*plea agreements*) con el DOJ estadounidense (Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A., 2016; Plea Agreement, United States v. Braskem S.A., 2016); si no fuera por lo extraordinario de las dimensiones y las cifras involucradas, los acuerdos bajo análisis estarían en línea de absoluta continuidad con la praxis de los fiscales del DOJ en la aplicación de la FCPA, que gozan de un poder discrecional muy amplio, al tener la facultad para decidir si ejercitan o no la acción penal, y si estipulan un acuerdo con las sociedades investigadas para evitar la dispendiosa realización de un proceso. De hecho, los datos estadísticos relativos a los años 2008 a 2016 indican que, entre la pluralidad de casos de corrupción transnacional generados por las MNEs y perseguidos en Estados Unidos con base en la FCPA (Scollo & Winkler, 2017, p. 531), en el analizado aquí se ha impuesto la sanción pecuniaria más severa, cerca de 3,5 billones de dólares.

Mediante la definición del procedimiento con un acuerdo de aceptación de responsabilidad, el imputado admite su responsabilidad por la conducta delictiva atribuida, y es condenado sin el desarrollo de un proceso en sentido estricto. Si el imputado, como en el caso bajo examen, es una persona jurídica, la comprobación de la responsabilidad implica automáticamente la prohibición de que la sociedad participe en proyectos públicos y firme contratos con el gobierno (Scollo & Winkler, 2017, p. 532; Fedirka, 2017, pp. 3-4; Birkett & Fontecilla,

2018, pp. 4-5)¹¹. En sus respectivos acuerdos de aceptación de responsabilidad, *Odebrecht* y *Braskem* asumieron toda una serie de obligaciones por un plazo de tres años a partir de la suscripción (Mongillo, 2012, pp. 400-404), con la posibilidad de prolongarlo por otro año si así lo decidiera discrecionalmente la acusación, en caso de advertir una violación de las condiciones del acuerdo.

Entre las varias obligaciones, se señalan las de no cometer ningún otro delito, ser siempre sincero con la Corte, colaborar plenamente con el gobierno de Estados Unidos, implementar un programa de *compliance & ethics* en el ámbito de las propias operaciones, incluyendo las de los afiliados, agentes, socios comerciales, contratistas o subcontratistas, así como un control de los mecanismos de control contable que se utilizan corrientemente, de las propias políticas y pro-

¹¹ Además del plea agreement, la legislación norteamericana prevé otras dos hipótesis de acuerdo negociado, con ascendencia en el sistema de justicia penal de menores y la praxis sobre los delitos menos graves. Son las formas del Deferred Prosecution Agreement (DPA) y del Non-Prosecution Agreement (NPA). En el ámbito del primero, el ejercicio de la acción penal se suspende, y se le brinda a la entidad la oportunidad de aceptar determinados términos y condiciones, que a menudo son: el pago de una suma abultada (sanción pecuniaria); la adopción y aplicación eficaz de modelos de organización y gestión (compliance program); la creación de un organismo de vigilancia que monitoree la política y las conductas empresariales. Si la sociedad acepta las condiciones y luego las transgrede, los prosecutors anulan el acuerdo, se ejerce la acción penal y el procedimiento continúa de forma ordinaria. El NPA prevé, por el contrario, que la acción penal no se ejerza, siempre que el imputado acepte tales condiciones. Otra diferencia es que en el ámbito del NPA los documentos, las afirmaciones de las partes y el texto del acuerdo no se revelan a terceros y no se someten a ninguna autoridad judicial. No es fácil establecer cuáles son los factores que determinan que una controversia termine mediante una de las formas ilustradas. Pueden entrar en juego varias circunstancias: la gravedad de las imputaciones; la discrecionalidad de la acusación; las capacidades y el “peso” para negociar del imputado. También son significativas las analogías entre las tres formas de resolución: la admisión de responsabilidad con referencia a las conductas delictivas imputadas; un acuerdo para cooperar de duración determinada; el acuerdo para la imposición de sanciones pecuniarias y no pecuniarias. Con respecto a todas estas formas de justicia penal negociada, el control judicial es bastante blando. El DPA y el plea agreement deben ser ratificados por un juez, mientras que el NPA no. En este caso, el juez se limita a una mera confirmación automática, sin ejercer ningún control, con todas las consecuencias criticables respecto a la exigencia, significativamente debilitada, de verificación del equilibrio en el acuerdo y del ejercicio del derecho de defensa.

cedimientos referidos al respeto de las disposiciones de la FCPA y de las otras normativas anticorrupción aplicables.

De manera coherente con el doble objetivo de la FCPA, en la dirección de asegurar un registro contable efectivo y transparente, y de las políticas eficaces de lucha contra la corrupción, los *compliance programs* acordados imponen la adopción de un sistema de control interno eficaz y un riguroso programa anticorrupción (*Corporate Compliance Program*), que debe incluir necesariamente: 1). La previsión de políticas anticorrupción globales y omnicomprendivas, que deben ser conocidas por todos los empleados; 2). Un compromiso manifiesto y explícito de parte de los directores y dirigentes de máximo nivel de respetar las políticas anticorrupción y el correspondiente código de conducta; 3). Garantizar un control periódico de estas políticas; 4). El nombramiento y designación de uno o más dirigentes de nivel elevado para que asuman la responsabilidad de la aplicación y el control de esos planes anticorrupción, con el derecho de dirigirse a órganos independientes de control y al consejo de administración, e incluyendo la atribución de recursos suficientes para asegurarles la autonomía; 5). Un plan de formación interno; 6). Un procedimiento para las denuncias y las investigaciones internas, incluyendo un mecanismo disciplinario; 7). Establecer un *due diligence*, basado en la valoración del riesgo y un programa dirigido a agentes y socios comerciales, incluyendo posibles objetivos de operaciones de adquisición y fusión; y 8). Controles periódicos y procedimientos de verificación sobre las políticas anticorrupción.

En ambos acuerdos de aceptación de responsabilidad se introdujo una nueva figura en el organigrama societario, el *Independent Corporate Monitor (ICM)*, nombrado por la sociedad en acuerdo con el DOJ, con el mandato específico de evaluar y monitorear el respeto por la sociedad en los términos del acuerdo, incluyendo el *Corporate Compliance Program*. Para asegurar la máxima transparencia, la sociedad debe garantizar al ICM un acceso pleno a sus documentos, recursos, información y sedes, con el fin de que pueda así realizar un informe escrito con las recomendaciones debidas a la sociedad, indicando las modalidades para mejorar el programa anticorrupción. Por esta razón, en la doctrina se ha llegado a subrayar que esta figura puede ser considerada “*the new corporate czar*”, a raíz de sus poderes amplios y penetrantes, superiores a los de un administrador delegado,

que pueden llegar a incluir una evaluación del compromiso del consejo de administración y de los dirigentes, y el derecho de comunicar su opinión a ese respecto directamente al DOJ (Scollo & Winkler, 2017, p. 535).

Por último, los acuerdos de aceptación de responsabilidad de *Odebrecht* y *Braskem* prevén una serie de renunciaciones (*waivers*) a ejercer determinados derechos, incluso algunos protegidos constitucionalmente, como los derivados del transcurso de los plazos de prescripción, el derecho a un *speedy trial* y a conocer la acusación. Así mismo, contienen la denominada *muzzle clause* que impide a la sociedad contradecir la reconstrucción fáctica (*Statement of facts*) que se adjunta al acuerdo.

En lo que se refiere a la competencia extra-territorial de la jurisdicción norteamericana con base en la FCPA (Mongillo, 2012, pp. 383-384; Scollo & Winkler, 2017, pp. 535-538; Perini, 2016, pp. 93-96)¹², cuestión particularmente relevante en el caso *Odebrecht*, es necesario considerar que desde su adopción en 1977 por el Congreso estadounidense, una de las *rationes* fundamentales fue precisamente la necesidad de actuar “en respuesta a la desconfianza extranjera en las sociedades norteamericanas”; en otras palabras, una de las preocupaciones centrales del legislador era la de reprimir las conductas de corrupción activa realizadas por las sociedades norteamericanas respecto de funcionarios públicos extranjeros, que afectaban la estabilidad de las relaciones comerciales en el exterior y el clima interno cuando las empresas nacionales realizaban esas prácticas en lugar de competir sanamente para obtener la asignación de obras en el exterior, vulnerando además la imagen de la democracia norteamericana en el mundo (Mongillo, 2012, pp. 355; Centonze & Dell’Osso, 2013, pp. 198).

La deriva *expansionista* en la aplicación extraterritorial de la FCPA se remonta por tanto a una época mucho más reciente, en los primeros años de 2000, cuando numerosos escándalos de corrupción transnacional, con protagonistas multinacionales estadounidenses, provocaron una firme reacción del gobierno de Estados Unidos (Mongillo, 2012, pp. 357-58; Warf, 2019, pp. 46-48; Llorente & Cuenca, 2016,

¹² Este aspecto ha sido extensamente discutido y analizado por la doctrina.

pp. 5-10)¹³. Esa nueva voluntad de perseguir con mayor severidad las conductas de corrupción transnacional ha sido reforzada en tiempos todavía más actuales (Scollo & Winkler, 2017, p. 536), a través de la aplicación por el DOJ de las disposiciones en materia penal, y por la *Securities and Exchange Commission* (SEC) de la regulación en materia civil (pudiendo también actuar ambos conjuntamente)¹⁴.

En particular, en lo que se refiere al alcance aplicativo de la normativa en relación con los *sujetos sometidos a sus prescripciones* (Mongillo, 2012, pp. 372-375), hay una multiplicidad de previsiones que operan en distintos planos. La primera, que presupone la posibilidad de acceder al sistema financiero estadounidense, dispone que la *FCPA* es aplicable a “*any issuer which has a class of securities registered*”, de acuerdo con el *Securities and Exchange Act* de 1934 (*SEA*) [15 U.S.C. § 78dd-1(a)]. La segunda se refiere a los “*domestic concerns*”, que se definen como toda persona física o jurídica estadounidense, o entidad cuyo centro de negocios principal esté radicado en Estados Unidos o esté organizado con base en las normativas estadounidenses [15 U.S.C. § 78dd-2(b) and § 78dd-2(h)(1)]. Finalmente, la operatividad de la tercera norma alcanza a toda persona física o jurídica que “mientras se encuentre en territorio de Estados Unidos utilice los servicios postales o cualquier otro medio instrumental del comercio interestatal, o cometa una acción dirigida a favorecer el esquema co-

¹³ Mongillo, V. (2012) evidencia que: “En los últimos años, el número de procedimientos y las sanciones impuestas han aumentado exponencialmente, y el alcance subjetivo de la aplicación de la ley también se ha ampliado considerablemente. En última instancia, la tendencia de aplicación más reciente ha llevado a una reescritura sustancial, en clave expansiva, de la *FCPA*, lo que también ha generado fuertes disputas sobre su alcance operativo real”, (Warf, 2019, pp. 46-48; Llorente & Cuenca, 2016, pp. 5-10).

¹⁴ Respecto de las disposiciones penales, la *anticorruption provision* prohíbe a toda persona física o jurídica estadounidense ofrecer o pagar, directamente o a través de intermediarios, cualquier bien de valor económico a un funcionario de gobierno extranjero con el fin de obtener una ventaja comercial impropia en la consecución o mantenimiento de un negocio. Por otro lado, la *accounting provision* implica el respeto de determinados requisitos, como, por ejemplo: 1) la prohibición de efectuar pagos que no se registren; 2) la obligación de elaborar y conservar los libros de la sociedad y los registros contables que reflejen precisa y correctamente las transacciones y los bienes empresariales disponibles, así como la de establecer y mantener un sistema de controles de la contabilidad interna [15 U.S.C. § 78m(a) and (b)].

rruptor” [15 U.S.C. § 78dd-3(a)]. En consecuencia, no debe sorprender que ese amplio arsenal haya sido empleado, con el DOJ y la SEC en primera línea, para librar una ofensiva global contra las MNEs, sin que importaran sus vínculos efectivos con el territorio estadounidense (Scollo & Winkler, 2017, p. 538)¹⁵.

En el caso de *Odebrecht* y *Braskem* existían varios vínculos estrechos con los Estados Unidos, que permitieron a las autoridades afirmar su competencia con base en los tres criterios fundamentales ya mencionados, sin demasiada dificultad, y someter a los imputados a la jurisdicción estadounidense. En concreto, las entidades *off-shore* que actuaban para el grupo, particularmente por cuenta de la DSO, poseían y administraban cuentas corrientes bancarias estadounidenses, y transferían las sumas de dinero destinadas al pago de los sobornos. Además, *Braskem* era clasificable como “*issuer*” en base a la FCPA, ya que sus *American Depositary Receipts* cotizaban en la bolsa de Nueva York.

Como se ha dicho, el caso *Odebrecht* presenta todas las características típicas de la corrupción transnacional contemporánea. Sin embargo, en el plano de las resoluciones negociadas vale la pena concluir subrayando —sin poderlos analizar *funditus*— dos aspectos que lo tornan peculiar. En primer lugar, la circunstancia de que hayan participado dos gobiernos extranjeros, en particular Brasil y Suiza. En segundo lugar, que, en la fase de *sentencing*, se concedió una rebaja de pena debida a la incapacidad de pagar todo el importe de la sanción, a raíz de la situación de desequilibrio financiero de la sociedad.

El análisis del caso *Odebrecht* confirma, como dato de continuidad, la fuerza del sistema estadounidense para perseguir con eficacia a sociedades extranjeras que realizan prácticas corruptivas, gracias a las disposiciones flexibles de la FCPA, que permiten a las autoridades norteamericanas imponer sus valores e instituciones en las dinámicas del mercado global, por lo que se la adopta cada vez más

¹⁵ Véase los casos *Statoil* y *Total S.A.*, mencionados en Scollo, L.& Winkler, M. M. (2017), en los cuales ha sido decisivo para determinar la competencia y la jurisdicción estadounidense sobre las empresas suizas y francesas, el tránsito por una cuenta corriente norteamericana de una suma muy exigua respecto del valor total del soborno.

como modelo en otros ordenamientos nacionales (Scollo & Winkler, 2017, p. 542)¹⁶. Además, tampoco se deben subestimar los elementos novedosos de los acuerdos de aceptación de responsabilidad, en particular la participación de los gobiernos extranjeros. Un cambio positivo, que podría disminuir las críticas dirigidas al fenómeno de la llamada *carbon copy prosecution* y a la violación del *ne bis in idem* en la práctica aplicativa de la FCPA (Mongillo, 2012, pp. 571)¹⁷.

A los fines de nuestro análisis, el caso *Odebrecht* manifiesta claramente la tendencia, actualmente consolidada, a la ineffectividad de los dispositivos normativos internos (en este caso la legislación anticorrupción brasileña) (Centonze & Dell’Osso, 2013, pp. 206)¹⁸, a menudo adoptados en cumplimiento de las obligaciones impuestas por las convenciones internacionales antes reseñadas, con toda ventaja para el rol hegemónico de Estados Unidos en la actividad de combate global contra la corrupción transnacional, con vocación universalista (Breyer, 2015)¹⁹, mediante el uso de varias formas de justicia penal negociada.

¹⁶ A este respecto, cabe mencionar el sistema francés, en el que la Asamblea Nacional ha aprobado en 2016 la llamada “*loi Sapin II*” (Ley n° 2016-1691 del 9 de diciembre de 2016), que permite a las sociedades acusadas de corrupción evitar la realización del proceso mediante un acuerdo con la agencia anticorrupción y la adopción e implementación de un modelo idóneo. La decisión del legislador francés, que sigue el modelo estadounidense, en el que se privilegia la negociación, ha *de facto* “contractualizado” la actividad de lucha contra la corrupción, al ampliar significativamente la discrecionalidad de los fiscales (Scollo & Winkler, 2017, p. 542).

¹⁷ Denuncia y analiza en profundidad los riesgos de la violación de la doble persecución en los juicios de corrupción transnacional, en una perspectiva general, (Mongillo, 2012, pp. 571).

¹⁸ El discurso podría extenderse a otros sistemas nacionales: emblemáticamente la experiencia italiana, donde el delito de corrupción internacional (artículo 322 bis, segundo párrafo, n° 2), se caracteriza por su escasa eficacia (los casos en los cuales se aplica el tipo son muy pocos) (Centonze & Dell’Osso, 2013, pp. 206).

¹⁹ Una reflexión prestigiosa sobre la vocación universalista del ordenamiento estadounidense, especialmente en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional de la Corte suprema de los Estados Unidos (Breyer, 2015).

5. PERSPECTIVAS: UNA ESTRATEGIA INTEGRADA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

El involucramiento del grupo *Odebrecht* en la corrupción sistemática de funcionarios de gobiernos extranjeros para obtener un trato preferencial en la asignación de contratos públicos de trabajo, perseguido mediante una red articulada de lavado de dinero a nivel internacional, ha sido penetrante y ha tenido efectos nocivos en toda Sudamérica. Por lo tanto, para asegurar una acción eficaz de lucha es necesario que los gobiernos nacionales adopten una estrategia de prevención adecuada para combatir la llamada *Grand Corruption*, que se desarrolle al menos mediante cinco líneas fundamentales (Engel & E., 2018, pp. 11).

Ante todo, la adopción y aplicación de *Freedom of Information Laws (FOI)*, instrumento esencial para aumentar la transparencia del ejercicio de los poderes de gobierno, es una medida preventiva capaz de reducir las prácticas corruptivas. Esas normativas garantizan a los ciudadanos el derecho de acceder a la información utilizada por el gobierno a nivel nacional, lo que incentiva la participación democrática, protege los derechos de los ciudadanos, mejora la funcionalidad de los órganos de gobierno y aumenta la posibilidad de acceder a la tutela jurisdiccional. De ese modo, al aumentar el riesgo de exposición de los políticos, se reduce la utilidad potencial estimada de la corrupción.

En segundo lugar, es necesario desarrollar instituciones democráticas estables, capaces de prevenir la *Grand Corruption*. Un estudio empírico, titulado *Natural Resource, Democracy and Corruption* (Bhattacharyya & Hodler, 2010, pp. 608), ha examinado 124 países entre 1980 y 2004, y ha revelado que “los réditos derivados de la explotación de los recursos naturales aumentan la corrupción si, y sólo si, la calidad de las instituciones democráticas está por debajo de un cierto nivel mínimo”. Los resultados de la investigación demuestran que las instituciones democráticas son fundamentales en la lucha contra la corrupción, independientemente de la reglamentación de las actividades de inversión.

Si bien se ha visto que la lógica negocial que subyace a la aplicación de la FCPA es aquella que ha contribuido a obtener, hasta ahora, los mejores resultados en el plano de la efectividad, existen

varios aspectos críticos. En efecto, a pesar de que los acuerdos eviten actividades de investigación dispendiosas y prolongadas, y el costo de la realización de los procesos, esas soluciones, acompañadas de los amplios beneficios de los que se ha hablado, provocan la disminución sensible de los riesgos ligados a la elección consciente (típica de la llamada criminalidad del beneficio) de los sujetos que deciden tomar parte activa en las prácticas corruptivas. En otros términos, los beneficios generados por la corrupción prevalecen netamente sobre los eventuales costos de los acuerdos (lo que no ocurriría con las penas privativas de libertad); así, no se brindan incentivos reales para desistir *ab initio* de las conductas criminales. Para obviar tales dificultades, sería necesario sancionar a los dirigentes de grado más elevado —que dictan las *policies* empresariales— de manera más severa, mostrando la efectividad de las normas anticorrupción a la comunidad y aumentando las probabilidades de prevenir futuras conductas empresariales dirigidas a generar prácticas corruptivas. Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la pena, se ha propuesto graduar las sanciones con base en el importe de los sobornos recibidos por los funcionarios públicos, o bien en la ganancia obtenida por el corrupto a raíz de las retribuciones ilícitas (Rose-Ackerman, 1978).

Pero el verdadero *punctum dolens* que surge nítidamente como resultado del análisis de la experiencia de *Odebrecht*, es la ineficacia sustancial de los acuerdos internacionales para garantizar la lucha y la represión de la corrupción transnacional. Como se ha anticipado, la OEA —junto a otras instituciones internacionales— desde hace tiempo ha adoptado la Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada por 33 países, con dos objetivos principales: promover mecanismos de lucha contra la corrupción en los Estados miembros y potenciar la cooperación para descubrir, prevenir y sancionar casos de corrupción. Sin embargo, los instrumentos de intercambio de información y valoración establecidos por esas instituciones se muestran insuficientes respecto de fenómenos tan complejos como la *Grand Corruption*. Por ello, sería necesario adoptar una posición “*carrot and stick*”, mediante la cual los gobiernos nacionales que permitan a las instituciones internacionales operar e indagar dentro de sus jurisdicciones, y estén dispuestos a aplicar reformas anticorrupción, sean recompensados con tarifas mejoradas, ayudas financieras y otros be-

neficios; por el contrario, los que no colaboran deberían ser excluidos de esos beneficios.

La última línea de acción que es fundamental perseguir concierne al aspecto más estrictamente financiero de la fenomenología criminal bajo examen. La propagación transnacional de los flujos de capital ha incentivado la proliferación de regímenes fiscales laxos, conocidos como paraísos fiscales. Estos estimulan las inversiones en los países más pobres, pero también aumentan sensiblemente el riesgo de conductas de lavado, como demuestra el caso *Odebrecht*. En tal sentido, la prevención antilavado debería ser perseguida mediante una reglamentación más estricta de los ordenamientos de los paraísos fiscales, en los que a menudo la tendencia se dirige a la desregulación y controles menos estrictos, para mantener alta la competitividad con otros países en la atracción de inversiones. Por esa razón, es importante intentar alcanzar una mayor armonización *desde el exterior* a nivel internacional; como se ha afirmado en un conocido informe de la OCDE: “Los Estados miembros deben actuar colectiva e individualmente para limitar la competencia dañina en materia fiscal y para combatir la difusión de regímenes fiscales preferenciales” (Anónimo, 1998, p. 56). Acuerdos colectivos de reglamentación, similares al proyecto de la OCDE, pueden ser de ayuda para neutralizar regímenes fiscales preferenciales que faciliten el lavado y otras actividades financieras ilícitas, vitales para el funcionamiento de los esquemas transnacionales de *Grand Corruption* (Centonze & Dell’Osso, 2013, p. 205)²⁰.

REFERENCIAS

Doctrina

- Arruda de Almeida, M. & Zagaris, B. (2015) Political Capture in the Petrobras Corruption Scandal: The Sad Tale of an Oil Giant. *The Fletcher Forum of World Affairs*.
- Bhattacharyya, S. & Hodler, R. (2010). ‘Natural Resource, Democracy and Corruption’ *European Economic Review*.

²⁰ Enfatizan la importancia de potenciar ulteriormente las disposiciones contra el lavado de dinero para contrarrestar de manera más eficaz las prácticas de corrupción transnacionales, Centonze, F. & Dell’Osso, V. (2013).

- Birkett, S. & Fontecilla, T. (2018) Odebrecht Pandora's Box Opened: An Analysis of the Structure and Impact of Transnational Corruption in Latin America. [Disponible en: <http://www.coha.org/odebrecht-pandoras-box-opened-an-analysis-of-the-structure-and-impact-of-transnational-corruption-in-latin-america/>] (5 de octubre de 2018).
- Breyer, S. (2015). 'The Court and the World. American Law and the New Global Realities', (New York: Alfred A. Knopf).
- Castañeda, J.G. (2018). Has Latin America's Crusade Against Corruption Gone Too Far? [disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/04/12/opinion/latin-america-corruption.html>] (12 de abril de 2018).
- Centonze, F. & Dell'Osso, V. (2013). La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.
- Di Martino, A. (2013). Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione', en Mattarella, B.G. & Pellissero, M. (eds.), *La legge anti-corruzione. Prevenzione e repressione della Corruzione*, Torino: Giappichelli.
- Engel, E. et. al. (2018). Report of the Expert Advisory Group on Anti-Corruption, Transparency, and Integrity in Latin America and the Caribbean, Report encargado por Inter-American Development Bank. [Disponible en: <https://publications.iadb.org/sites/default/files/publications/english/document/Report-of-the-Expert-Advisory-Group-on-Anti-Corruption-Transparency-and-Integrity-in-Latin-America-and-the-Caribbean.pdf>] (10 de junio de 2019).
- Fedirka, A. (2017). The Collateral Damages of Corruption in Brazil, [disponible en: <https://geopoliticalfutures.com/collateral-damage-corruption-brazil/>] (14 de julio 2017).
- Fishman, A., Moro Martins, R., Demori, L., de Santi, A. & Greenwald, G., (2019). Secret Brazil Archive, [disponible en: <https://theintercept.com/2019/06/09/brazil-lula-operation-car-wash-sergio-moro/>] (9 de junio de 2019).
- Focarelli, C. (2011). 'Criminalità transnazionale (repressione della)'. *Enciclopedia del diritto*, Annali IV (Milano: Giuffrè).
- Gallas, D. (2017). Brazil's Odebrecht corruption scandal, [disponible en: <https://www.bbc.com/news/business-39194395>] (7 de marzo de 2017).
- Gibson Dunn (2018). Key 2017 Developments in Latin American Anti-Corruption Enforcement, [disponible en: <https://www.gibsondunn.com/key-2017-developments-in-latin-american-anti-corruption-enforcement/>] (15 de marzo de 2018).
- González Calvet, M., Reinikainen, P. J. y Ford, K. (2019). Recent Developments in Latin American Anti-Corruption Enforcement, [disponible en: <file:///C:/Users/MT/Downloads/TACR%20%20Recent%20Develop>]

- ments%20in%20Latin%20American%20AntiCorruption%20Enforcement.pdf] (9 de enero de 2019).
- Leahy, J. (2016). What is the Petrobras Scandal that is Engulfing Brazil, en *Financial Times*.
- Llorente & Cuenca (2016). 'Corruption: the Achilles Heel of Latin American Democracies'. Report Developing Ideas, Madrid, [Disponible en: https://ideasbr.llorenteycuenca.com/wp-content/uploads/sites/8/2016/09/160913_DI_rep_corruption_LatAm_ENG.pdf] (10 de junio de 2019).
- Lynch, E. (2018). Latin American Democracy is crumbling under corruption, [disponible en: <https://thehill.com/opinion/international/380482-latin-american-democracy-is-crumbling-under-corruption>] (28 de marzo de 2018).
- Mongillo, V. (2012). 'La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale', (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane).
- Moody-Stuart, G. (1993). 'Grand Corruption in Third World Development', (libro publicado en privado).
- Nocioni, A. (2019). Come si fa un golpe giudiziario, en *Il Foglio*, 12 de junio de 2019.
- Nye, J.S. (1967). 'Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis'. *American Political Science Review*.
- Osava, M. (2017), How Corruption is Bringing Down the Odebrecht Empire in Brazil, [disponible en: <https://thewire.in/world/how-corruption-is-bringing-down-the-odebrecht-empire-in-brazil>] (16 de febrero de 2017).
- Perini, J.P. (2016). 'La corruzione passiva del pubblico ufficiale straniero', (Torino: Giappichelli).
- Rose-Ackerman, S. (1978). 'Corruption: A study in Political Economy', (New York: Academic Press).
- Scollo, L.& Winkler, M. M. (2017). 'Questionable Transactions, Unquestionable Rules: the Odebrecht/BraskemCase and the Foreign Corrupt Practices Act'. *Diritto del commercio internazionale*.
- The Guardian (2017), Operation Car Wash: is This the Biggest Corruption Scandal in History?
- Tiegel, S. (2017). 'Il caso sulla corruzione in Brasile è trascinato', [disponible en: <https://www.ilpost.it/2017/02/24/corruzione-brasile-america-latina/>] (24 de febrero de 2017).
- Warf, B. (2019). 'Global Corruption from a Geographic Perspective', (Springer: Cham, Switzerland).

Jurisprudencia

- (1) Plea Agreement, United States v. Odebrecht S.A., Cr. No. 16-643 (E.D.N.Y., filed Dec. 21, 2016).

- (2) Plea Agreement, United States v. Braskem S.A., Cr. No. 16-644 (E.D.N.Y., filed Dec. 21, 2016).
- (3) Consent, Security and Exchange Commission v. Braskem S.A., Case 1:16-cv-02488-JDB (D.C. Cir., Dec. 21, 2016).

Otras referencias

- Anónimo, (1998). Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, Organization for Economic Cooperation and Development (9 de abril 1998). [disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en].
- Anónimo, (2018). (5 de octubre de 2018). [disponible en: <https://www.transparency.org/glossary/term/bribery>]
- Inter-American Development Bank (2018), Transparency, and Integrity in Latin America and the Caribbean, [disponible en: <https://publications.iadb.org/sites/default/files/publications/english/document/Report-of-the-Expert-Advisory-Group-on-Anti-Corruption-Transparency-and-Integrity-in-Latin-America-and-the-Caribbean.pdf>]
- U.N. Office on Drugs & Crime, (2004). The Global Programme against Corruption, U.N. Anti-Corruption Toolkit. [Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Toolkit_ed2.pdf] (5 de octubre de 2018).

Capítulo II

EL CASO DEL CARTEL DE LA TOGA

Sandra Ramírez-Montes
Juan Sebastián Peñafort

INTRODUCCIÓN

Durante los años 2013 a 2017, las condiciones en relación con el control de la violencia generada por el conflicto armado irregular habían variado en Colombia sustancialmente, al haberse avanzado en los diálogos de un proceso de paz que terminó con la dejación de las armas y las firmas de un acuerdo de paz (2016), entre el Gobierno Nacional y el Grupo armado ilegal, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), dejando atrás un conflicto de más de cincuenta años. De la misma forma, se evidenció un control de grupos de delincuencia organizada dedicados al narcotráfico y la necesidad de implementar acciones de desestímulo a la producción de estupefacientes en los territorios, basada preponderantemente en una estrategia de sustitución de cultivos ilícitos (Ministerio de Justicia, Observatorio de Drogas de Colombia)¹ (Reporte de Drogas Colombia, 2015). Por ello, puede resultar, en principio, extraño que, ante estas circunstancias,

¹ Ministerio de Justicia, Observatorio de Drogas de Colombia: “Así mismo, el acuerdo del proceso de Conversaciones entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP en La Habana, Cuba, relacionado con el punto 4: “Solución al problema de las drogas ilícitas” plantea: n. Programas de sustitución de cultivos de uso ilícito. Planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos. n. Programas de prevención del consumo y salud pública. Las acciones en este campo deben ser una prioridad y política de Estado que requiere fortalecer capacidades nacionales y territoriales, en el marco del Sistema de Protección Social y la disposición de recursos. n. Solución del fenómeno de producción y comercialización de narcóticos. Desarticulación de las organizaciones criminales comprometidas con este flagelo, incluyendo las redes dedicadas al lavado de activos. El Gobierno Nacional se ha propuesto dar un giro en las estrategias de intervención, enfocadas principalmente en modificar las condiciones de vulnerabilidad de los territorios afectados por la presencia de

algunos miembros de las Altas Cortes y de los niveles de dirección de la Fiscalía General de la Nación hayan sido parte de una concertación criminal, conocida como “cartel de la toga”, en la que presuntamente se articularon con abogados litigantes para la generación de escenarios de impunidad a favor de reconocidos congresistas y gobernadores de departamento (Gómez, 2017).

En este contexto, el objetivo principal de este capítulo es detectar oportunidades de prevención de posibles prácticas de corrupción en Colombia, con particular atención a su sistema judicial. Para ello, en la sección 1 se analiza el fenómeno de la corrupción en general en Colombia, poniendo a continuación, en la sección 2, particular atención a la corrupción judicial a través del conocido caso del “cartel de la toga”. En estas dos secciones, se analizan también las ecuaciones, que, de manera general, son utilizadas para determinar los factores que influyen en el fenómeno de la corrupción, aplicándolas específicamente al sistema judicial colombiano. Posteriormente, en la sección 3 se exponen las estrategias de carácter institucional creadas para la prevención y sanción de las prácticas de corrupción en Colombia, haciendo especial énfasis en las que tienen relación directa con los procesos de rendición de cuentas y veeduría ciudadana. Así mismo, en las secciones 4 y 5 se analiza el sistema normativo que sostiene la estrategia de la lucha contra la corrupción en Colombia y se exponen los desafíos que enfrenta el mismo. El capítulo finaliza con una sección de conclusiones, vertidas en lo que hemos denominado “programa de acción”.

Para desarrollar este capítulo, se ha tenido en cuenta el diagnóstico del problema de la corrupción en Colombia, así como los instrumentos de política pública diseñados para luchar contra este fenómeno delictivo. En particular, se destaca el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES 167, de 2013, en el que se abordó la cuestión relativa a “[l]a ineficacia de las herramientas y mecanismos para la prevención, investigación y sanción de la corrupción” (p. 21). Conforme a este documento, los principales efectos generados por esta situación son los siguientes:

los cultivos ilícitos, mediante intervenciones realizadas desde una perspectiva regional e integral. (P. 60).

- A nivel económico hay un impacto directo sobre las finanzas públicas, conduciendo a un menor crecimiento económico y a desequilibrios en la distribución de la riqueza, en el sentido que “la corrupción traslada fondos del sector público y los pone en manos de particulares, lo que a menudo resulta en un gasto ineficiente de recursos y en una calidad inferior de los servicios públicos” (Pharr, citado en Barómetro de las Américas, 2012).
- A nivel social se produce una pérdida de confianza en las instituciones, en la medida en que las políticas y estrategias no logran arrojar resultados positivos en términos de reducción del fenómeno, conduciendo a una debilidad de valores fundamentales en la sociedad y a menores resultados de las políticas sociales, aumentando la inequidad.
- En el ámbito político, la ineficacia de las herramientas y mecanismos para la prevención, investigación y sanción de la lucha contra la corrupción tiene efectos en el sistema democrático, pues “genera un riesgo de alineación política, es decir una actitud de indiferencia e incredulidad frente a las instituciones políticas y sus dirigentes” (Usaid, 2012). Además, los ciudadanos se sienten poco atraídos a ejercer el derecho y cumplir el deber de participar en la vida política, social y económica del país, rompiéndose la relación de confianza entre el gobernante y el ciudadano, afectando el principio democrático del Estado. La consecuencia más inmediata, por tanto, es la sustitución de los intereses de los ciudadanos por los intereses particulares de quien los representa y los de otros sujetos ajenos a la relación de confianza y de mandato existente entre elector y elegido. Esto se traduce en un escenario de politización de las instituciones y la captura del Estado por intereses privados.
- El sistema jurídico también se ve afectado por el fenómeno de la corrupción, a través de los actos u omisiones que llevan al uso de la función pública para el beneficio propio o de terceros (Transparencia por Colombia, 2012). La corrupción en la justicia distorsiona su papel de proteger las libertades y derechos civiles de los ciudadanos y garantizar un juicio imparcial, gestionado por un juez competente y justo. Por tanto, se favorece la presencia de impunidad.

- A nivel ético, la ineficacia de las herramientas y mecanismos para prevenir, investigar y sancionar la corrupción conduce a que los ciudadanos no identifiquen claramente el hecho incorrecto ni tampoco el riesgo que implica cometer el acto corrupto, pues en la mayoría de las ocasiones no se reconoce la corrupción como un delito, ni se reconocen sus consecuencias negativas, creencia que termina afectando el bienestar general. Adicionalmente, el hecho de que el mal uso de los recursos públicos que hace una persona, no se vea reflejado en un daño a un individuo específico, sino a toda la sociedad, hace que sean pocas las probabilidades de generar sentimientos de arrepentimiento o aversión (Salcedo, Zuleta, Beltrán, & Rubio, 2007).

En conclusión, todos estos efectos del problema en diversas dimensiones obstaculizan la prestación de servicios sociales y la administración de bienes públicos orientados al bien común, vulnerando la garantía de los derechos humanos, impidiendo que se presten las condiciones necesarias para fomentar el desarrollo humano, y provocando la disminución de la calidad de vida de los ciudadanos y la reproducción de inequidades sociales (pp. 26-27).

1. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

1.1. *Definición y medición*

Una de las mayores dificultades para estudiar la corrupción es la ambigüedad y la multiplicidad de aproximaciones que se han hecho sobre esta. Encontrar una definición que englobe el problema de forma apropiada representa un reto complejo. Las propuestas de política criminal en contra de la corrupción en Colombia tienden a definirla como “el abuso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado” (CONPES 167, 2013). Además de esta, Transparencia Internacional (2007) define el fenómeno de la corrupción como “[t]oda aquella conducta que usa el poder encomendado para obtener un beneficio propio”.

Aunque esta segunda definición, que ha sido adoptada también por el Banco Mundial, es la predominante en la doctrina y la mayoría de los proyectos de política criminal internacional, la definición encontra-

da en el CONPES 167 (2013) es más amplia y flexible, al no incluir el requisito del “poder encomendado” admite la interferencia de poderes extraestatales y de carácter no administrativo como posibles agentes de corrupción con capacidad de desviar la gestión pública. Con ello se amplía el espectro del acto de corrupción más allá del funcionario público, admitiendo su comisión por cualquier agente con la posibilidad de interferir en la gestión estatal en favor de un beneficio privado, sin que se le haya encomendado dicho poder dentro del sistema. Por lo cual, la definición del CONPES 167 (2013), permite abarcar todos los aspectos multidimensionales del fenómeno de la corrupción, algo esencial para garantizar una política criminal efectiva frente al mismo.

Además de esto, para entender el fenómeno de la corrupción, diferentes académicos han ayudado a la creación de una ecuación para facilitar su estudio. Según esta, dicha práctica surge cuando se dan las siguientes condiciones: El monopolio de un decisor sobre un conjunto de decisiones (M), más la discrecionalidad del decisor (D), menos la rendición de cuentas a la que el decisor está sujeto (A) (Klitgaard, 1998), menos la probabilidad de que el acto corrupto sea sancionado (S) (Jain, 2001). Esta fórmula general $C = M + D - A - S$ (Villadiego et al, 2018, p. 2) resulta útil para medir el fenómeno en cualquier contexto, incluido el sector judicial.

Ahora bien, un gran problema que enfrenta el estudio de la corrupción es la falta de herramientas para encontrar con precisión la tasa de corrupción de un determinado país o sector. Todos los indicadores internacionales se basan mayoritariamente en la percepción y existe una brecha entre lo que se percibe y la realidad (Rohwer, 2009), lo que no garantiza que aquellos indicadores puedan ser usados con completa confianza. Además de esto, no hay un buen ejercicio de catálogo y revisión de los datos que podrían servir para medir una posible corrupción, en consecuencia, el sistema administrativo colombiano no realiza una revisión detallada de las acciones de su personal administrativo que de otra forma podrían ser relevantes para estudiar el fenómeno (Corporación Excelencia en la Justicia & Transparencia por Colombia, 2008).

Por último, que la corrupción sea un fenómeno “multidimensional” significa que sus consecuencias, sus causas y la forma en que se manifiesta pueden abarcar diferentes áreas. Sus consecuencias se pueden ver en todos los aspectos sobre los cuales la administración es-

tatal ejerce sus funciones; sus causas pueden variar entre motivación personal, actores externos y diseño institucional; y su manifestación se puede encontrar en todos los niveles de la administración pública y en todas las ramas del Estado. Ahora bien, cuando la corrupción permea las instituciones que se encargan de vigilarla y se normaliza, se vuelve sistemática. Si bien la corrupción se manifiesta en Colombia en todos los niveles de la administración, tanto de forma ocasional, como sistemática, entendemos que, dados los acontecimientos más recientes relativos al cartel de la toga, es necesario prestar una atención especial a la corrupción sistemática del sistema judicial, en especial la que afecta a las Altas Cortes, como la Corte Suprema de Justicia, y a los Tribunales de distrito en los departamentos.

1.2. Causas y consecuencias

La corrupción en Colombia atribuye su existencia a la fuerza de los grupos del crimen organizado, un pobre diseño institucional con una deficiente separación de poderes, la poca rigurosidad en la recolección de la información, la falta de acceso a la misma y la implantación de sistemas clientelares. Así, Colombia es un Estado con las disfunciones sociales, económicas y políticas que permiten una alta organización de grupos criminales con redes que se pueden infiltrar a nivel local, regional y nacional de la administración pública (Buscaglia, E. 2013). Asimismo, el diseño institucional de las diferentes ramas presenta debilidades en la transparencia de sus mecanismos, en particular aquellos relativos a la rendición de cuentas; la especialización en la investigación; juzgamiento y sanción de la corrupción; y las herramientas de decomiso y extinción del dominio (Newman Pont et al, 2017). A esto, hay que unir la relación de interdependencia entre las diferentes ramas del Estado, como la legislativa con la ejecutiva, o la ejecutiva con la judicial. Finalmente, los sistemas clientelares son predominantes en Colombia, en parte por la condición de anomia social que desemboca en la aceptación de la corrupción y la existencia marcada de normas socioculturales como el personalismo, la lealtad y la familiaridad (Castro C.C. et al, 2018).

La impunidad es otra de las causas que permite la reproducción de la corrupción en todos los niveles. Que los hechos constitutivos de actos de corrupción se castiguen depende de que: (i) se conozcan; (ii)

se prueben; (iii) se juzguen; y (iv) se castiguen. El trabajo corresponde, por tanto, de forma casi exclusiva, a la rama judicial en toda su composición. Por ello, la contaminación de esta rama debe ser considerada como un problema de corrupción sistemática de la mayor gravedad. En últimas, la aparición del fenómeno en esta institución permite que la corrupción se constituya como un evento cíclico, en donde sus consecuencias empiezan a alimentar sus causas.

En conclusión, como consecuencias más graves, la corrupción evita la realización efectiva del trabajo del Estado, lo que simultáneamente hace que la gente pierda la confianza. Así mismo, permite el desarrollo del crimen organizado y todos los resultados negativos que se derivan del mismo. Además, en relación con el sector judicial, evita la realización de los derechos fundamentales, genera una ruptura en el tejido social, dificulta la resolución cívica de los conflictos, hace que las industrias pierdan fe en el sistema de arbitraje estancando con ello el desarrollo económico (Pepys, M, N. 2007), y, como fenómeno cíclico, perpetúa la misma corrupción.

1.3. La corrupción judicial

La corrupción judicial se refiere a la corrupción que se manifiesta dentro del sector justicia y se diferencia de la corrupción como fenómeno general en razón de que esta es mucho más específica, limitando su objeto de estudio únicamente a la rama judicial. Esto incluye la función jurisdiccional de la rama judicial, el apoyo para la realización de la labor judicial, y el gobierno judicial (Villadiego et al, 2018). Por lo tanto, una definición de corrupción judicial debe restringirse a los actores que desempeñan funciones judiciales únicamente y a los actos mediante los cuales las llevan a cabo. En consecuencia, la exigencia de tener la frase “poder encomendado” (Transparencia Internacional, 2007) es necesaria dentro de la definición de corrupción judicial. De esta manera, volviendo a los preceptos de Transparencia Internacional (2007), la corrupción judicial se define como “toda aquella conducta que usa el poder encomendado para obtener un beneficio propio y que incluye toda influencia inapropiada sobre la imparcialidad del proceso judicial ejercida por cualquier actor del sistema de tribunales”.

Por su parte, así como veíamos en la sección introductoria, la definición del CONPES 167 (2013) es buena para atacar el problema

general de la corrupción por su amplitud y flexibilidad, no lo es tanto, en nuestra opinión, para acercarse al problema de la corrupción judicial. La definición de Transparencia Internacional hace un mejor trabajo en este sentido, al incluir a todo el sector judicial y únicamente al sector judicial. Parte del problema de los proyectos de política criminal en Colombia para enfrentar la corrupción es la falta de especialidad de estos: aunque en el código penal y en los acuerdos internacionales la corrupción judicial es vista como un crimen especial, no tiene, sin embargo, un tratamiento especial (CONPES 167, 2013). Muestra de esto, es que los proyectos contra la corrupción judicial no escapan a la generalidad de la forma más amplia y básica de definir el problema dentro de los grandes proyectos de política criminal en Colombia. Si bien hay una relación y una similitud entre la corrupción como enfermedad generalizada del Estado y la corrupción judicial, la aproximación al primero no puede ser la misma que al segundo.

Como señala (Villadiego et al, 2018, pp. 2 y 5-7), la ecuación $C = M + D - A - S$, arriba analizada, resulta útil para medir la corrupción en los diferentes niveles del sistema judicial, (jueces y magistrados que ejercen su función jurisdiccional; personal encargado de la operación de los juzgados y de la ejecución de las decisiones cotidianas que permiten el cumplimiento de la función jurisdiccional; y gobierno judicial que está a cargo de la gerencia, el direccionamiento estratégico y la definición de directrices) cualquiera de estos actores puede ejercer actos de corrupción ocasional o sistemática, ya sea de forma independiente o en colaboración con otros. El escenario de mayor riesgo es en el cual la corrupción actúa de forma sistemática y en colaboración con otros niveles.

Al aplicar la ecuación $C = M + D - A - S$ a la corrupción judicial, se observan dos diferencias determinantes entre esta y la corrupción como fenómeno general. Por un lado, en el sector judicial hay una especial necesidad de garantizar la independencia judicial protegida constitucionalmente, lo que significa que las propuestas de política criminal para el sector judicial tienen que asegurar en un alto grado el monopolio de las decisiones (M) y la discrecionalidad de los jueces (D). Esto lleva a concluir que, al no poder mitigar estos dos factores, es necesario duplicar la rendición de cuentas a la que el sector se ve sometido (A) y la probabilidad de que el acto corrupto sea sancionado (S).

2. EL CARTEL DE LA TOGA

El cartel de la toga es el primer caso en lograr la judicialización e imposición de medidas cautelares (detención preventiva intramural-prisión) sobre funcionarios públicos que desempeñaron los más altos cargos en la administración de justicia. Esta investigación ha logrado identificar la existencia de una red criminal dedicada a operaciones de tráfico de influencias, utilización indebida de información privilegiada, prevaricato acción y omisión, concusión y cohecho, en la que participaban reconocidos abogados litigantes, magistrados de Altas Cortes en ejercicio de sus funciones, un Fiscal General de la Nación, un Vicefiscal General de la Nación, el director de la Unidad Nacional contra la Corrupción de la Fiscalía, Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, fiscales de la Unidad Anticorrupción y ex magistrados de las mencionadas corporaciones que sirvieron como enlace para los pagos ilícitos. Todo esto con el fin de detener la expedición de órdenes de captura, medidas de aseguramiento y condenas de Senadores y Representantes a la Cámara, así como de otros aforados constitucionales como Gobernadores y ex Gobernadores de departamento y personas no aforadas². Desde el inicio de las actuaciones en el segundo semestre de 2017, se han desarrollado 41 investigaciones, que han dado lugar a una sentencia condenatoria, dos procesos en juicio, tres procesos en audiencia preparatoria al juicio, un caso con audiencia de formulación de acusación, siete órdenes de archivo y cerca de tres decenas de investigaciones en curso (El Tiempo, 2019; Semana, 2019).

Los datos que han revelado hasta el momento las actuaciones son los siguientes: En primer lugar, la dificultad de poder judicializar a quienes “a puerta cerrada” cometen estas conductas desde el nivel más alto de la administración de justicia, lo que ha provocado que

² “(...) Los hechos objeto de investigación indican que un grupo de Magistrados y ex Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos el Dr. (...), en concierto con particulares, abordaban aforados que tuvieran procesos de única instancia activos en esa alta entidad, y a cambio de altas sumas de dinero, ofrecían intervenir ilegalmente para obtener diferentes beneficios procesales, los cuales podían ir desde archivos, preclusiones, impedir órdenes de captura o dilatar los procesos en búsqueda de prescripciones” (Comisión de investigación de la cámara de representantes, Auto de Acusación de 13 de mayo de 2019).

las investigaciones tuvieran su origen en solicitudes de colaboración internacional emitidas por EE.UU. (es decir, el caso no se inició en Colombia). Así, de los antecedentes procesales se concluye que el caso se originó en la colaboración que un ex Gobernador departamental prestó a la agencia norteamericana *Drug Enforcement Administration* (DEA), revelando la existencia de una red de abogados y ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia que servían de enlace con los magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y los fiscales de la Unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía que adelantaban investigaciones de conocidos suyos y de otras personas aforadas y no aforadas³. Fruto de esta delación, las autoridades norteamericanas solicitaron a Colombia, con base en los tratados de cooperación y asistencia judicial mutua, la realización interceptaciones telefónicas en Colombia, lo que terminó generando la apertura de investigaciones por parte de las autoridades competentes colombianas.

Sin lugar a dudas, las actuaciones relativas al cartel de la toga han tenido un impacto negativo en la legitimidad en el ejercicio de la función de la administración de justicia por parte de instituciones que, a pesar del conflicto armado en Colombia y de la permanente lucha contra el narcotráfico y todo tipo de organizaciones criminales, siempre habían manifestado su independencia y objetividad, y que, a lo largo de su historia, habían mantenido sus valores y principios, a pesar de haber padecido atentados contra la vida de sus integrantes (toma y destrucción del palacio de justicia en 1986) y de haber visto limitados ilegalmente los derechos fundamentales de sus miembros —véanse, en particular, los seguimientos e investigaciones ilícitas, grabaciones de deliberaciones colegiadas y obtención ilegal de piezas reservadas de los sumarios producidas entre 2005 y 2009, en lo que se denominó como “el caso de las chuzadas del Departamento Administrativo de Seguridad” (DAS), por el que se judicializaron a varios

³ “(...) Pero si hay medios de prueba que permiten afirmar, por vía indiciaria, que en efecto existía una organización criminal muy bien estructurada, por medio de la cual se hacían las exigencias dinerarias ya relacionadas a los aforados, a cambio de beneficios procesales a los que no tenían derecho. Grupo organizado del que hacía parte activa el Dr. José Leonidas Bustos.” (Comisión de investigación de la cámara de representantes, Auto de Acusación de 13 de mayo de 2019).

miembros del Gobierno del entonces Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez⁴.

Fruto de lo anterior, la legitimidad de los magistrados de la Corte Supremas de Justicia, y su independencia de las otras ramas del poder público y de actores externos, se vio menguada de manera directa por el comportamiento en distintas salas de la misma de un grupo de magistrados minoritario, que a partir de los años 2013 a 2017, optaron, a cambio del pago de sumas de dinero, por generar impunidad, modificando el esquema de investigación de los casos de aforados constitucionales (en particular, los relativos a quienes habían tenido relación con grupos armados paramilitares, o habían alcanzado sus cargos gracias a los mismos). Este cambio supuso poner fin al sistema de control colectivo en la toma de decisiones durante la fase de instrucción, para dejar el impulso de las actuaciones y la toma de decisiones en manos de un único magistrado). Estas transformaciones al interior de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se fueron desarrollando de manera progresiva, conllevando la salida de la institución de los magistrados auxiliares (que de manera colectiva instruían las investigaciones y sustanciaban la toma de decisiones), y que fueron reemplazados por otros funcionarios (varios de los cuales están siendo investigados), que cohonestaron con sus acciones y omisiones a las nuevas políticas institucionales⁵.

⁴ “Según la Fiscalía, el DAS espía a la Corte Suprema de Justicia por lo menos durante dos años. Se hizo de forma continua y a través de varios caminos que incluían desde seguimientos e inteligencia financiera, hasta lograr que personas muy cercanas a los magistrados traicionaran su confianza. Estas son algunas de las primeras conclusiones que se desprenden de las declaraciones dadas a la Fiscalía por los funcionarios de Inteligencia que, uno a uno, se acercan a la justicia buscando beneficios a cambio de contar la verdad y de ayudar a dar con quienes dieron las órdenes de tamaña operación de espionaje.” (Semana, 2010).

⁵ “El exmagistrado auxiliar reiteró que desconfiaba de su jefe o, como ya lo había dicho antes en una declaración ante la Corte, siente que se convirtió en una “piedra en el zapato” para las ambiciones de Malo. Sobre el caso de Besaile, por ejemplo, Rodríguez Casas dijo: “El expediente me había generado mucha inquietud por intereses que podría haber detrás [...] Yo le venía informando sobre la proyección del caso”, agregó el exmagistrado auxiliar. Rodríguez agregó que no entiende cómo su superior, Malo, optó por no hacerle caso de ordenar la captura del excongresista, a pesar de que las pruebas estaban listas.” (El espectador, 2019).

Debido a la transparencia, confiabilidad y seriedad de los magistrados de esta Alta Corporación, nunca parecieron sospechosos estos cambios metodológicos a la mayoría de sus miembros, encontrando fundados los argumentos que se daban para justificar los cambios presentados. Esta misma presunción de honorabilidad e imparcialidad de los miembros de esta corporación, ha sido también uno de los obstáculos para impedir que llegara el conocimiento de estos hechos a las autoridades competentes para su investigación, puesto que se desestimulaba a los que eventualmente sospechaban de estos comportamientos a poner en entredicho la gestión del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria⁶.

En segundo lugar, este caso ha evidenciado que los magistrados y exmagistrados investigados han sido elegidos por el tradicional sistema de listas enviadas por un órgano administrativo, el Consejo Superior de la Judicatura, que hace un proceso previo de preselección de acuerdo al grado de cumplimiento de los requisitos constitucionales para el cargo. De la lista final, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia escoge, de entre cada diez postulados, al nuevo miembro corporativo. Como el total de magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia es de 23, y la mayoría para el cargo requerido son 16 votos, las campañas de los candidatos requieren apoyos decididos de los miembros de las tres salas que la integran. Se advierte, además, que los exmagistrados que servían de enlace habían participado en la elección de los magistrados titulares investigados, lo que da a entender la existencia de un compromiso de los nuevos magistrados titulares con quienes han sido protagonistas en lograr un acuerdo interno para su elección. Así mismo, se observa cómo los (ex) magistrados investigados no habían sido inicialmente los candidatos elegidos por la Sala de Casación Penal, sino que fueron impuestos por una mayoría de magistrados pertenecientes a las salas otras dos salas (civil y laboral).

⁶ “En el cúmulo de cuadernos que soportan el proceso, llamó rápidamente la atención un hallazgo. Los investigadores encontraron que desde 2014 quedaron los primeros registros de la existencia del cartel de la toga, pero estas pruebas desaparecieron misteriosamente del expediente de Ashton sin que hasta ahora haya respuestas al respecto.” (Semana, 2019).

En tercer lugar⁷, el caso del cartel de la toga permite observar cómo los miembros de este grupo minoritario, pero con el suficiente poder encomendado para ser significativo en las elecciones de la Corporación, mostraba una ausencia absoluta de respeto por el código deontológico, careciendo de todo referente axiológico en el ejercicio de la función judicial. Esto a pesar de la existencia desde 2006 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, resultado de varios años de trabajo de la Cumbre Judicial Iberoamericana y tomado como modelo para varios países de la región, en donde se impone la obligación moral de actuar conforme a los principios de honestidad profesional (art. 79-82)⁸, imparcialidad (art. 9-17)⁹ e independencia (art. 1, 20, 3,

⁷ “Pero pensar que los abogados están vinculados exclusivamente a los intereses del cliente, aun en el ejercicio liberal de la profesión, es un error. Incluso en este contexto, los abogados asumen una serie de compromisos institucionales que deviene de su aceptación de la legalidad. Solo a efectos ejemplificativos y sin ningún ánimo de exhaustividad. Los abogados no deberían pleitear en todas las causas, tal como suelen hacerlo actualmente, sin tener al menos alguna pretensión con visos de plausibilidad, aunque así se lo pidiera su cliente. No deberían atentar contra la eficacia del proceso, tal como suelen hacerlo actualmente, interponiendo «chicanas» para dilatar el juicio, aunque de ese modo mejoraran la posición de su patrocinado. Y aún si se aceptara que el acusado, en un proceso penal, tiene el derecho constitucional a mentir, el abogado no debería enseñar a su defendido a mentir. La parcialidad del abogado que así constreñida por los límites impuestos por el derecho.” (Malem, 2017 p. 156).

⁸ Honestidad profesional ART. 79.- La honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma. ART. 80.- El juez tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por Derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confían para el cumplimiento de su función. ART. 81.- El juez debe comportarse de manera que ningún observador razonable pueda entender que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial. ART. 82.- El juez debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial.

⁹ Imparcialidad ART. 9º.- La imparcialidad judicial tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional. 9 ART. 10.- El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio. ART. 11.- El juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que

40, 5, 6, 70 y 8)¹⁰. Este Código había sido dado a conocer en Colombia por el Consejo Superior de la Judicatura, quien, como parte de su actividad pedagógica, promovió que su propio coordinador, Rodolfo Luis Vigo, realizara varios foros para los jueces y magistrados del país, explicando el contenido de sus principios (VIGO, *Ética Judicial*, 2010). Si bien Rawls (1979) subraya que la postulación y escogencia de los principios y valores sirven para resolver los conflictos de interés, lo cierto es que ninguno de los integrantes del cartel de la toga se sentía en absoluto vinculado por los principios recogidos en el Código Iberoamericano de Ética Judicial.

se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así. ART. 12.- El juez debe procurar evitar las situaciones que directa o indirectamente justifiquen apartarse de la causa. ART. 13.- El juez debe evitar toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial. ART. 14.- Al juez y a los otros miembros de la oficina judicial les está prohibido recibir regalos o beneficios de toda índole que resulten injustificados desde la perspectiva de un observador razonable. ART. 15.- El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera de l mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas. ART. 16.- El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso. ART. 17.- La imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica.

¹⁰ Independencia ART. 1°.- Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales. ART. 20.- El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo. ART. 3°.- El juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias —directas o indirectas— de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial. ART. 40.- La independencia judicial implica que al juez le esta éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria. ART. 5°.- El juez podrá reclamar que se le reconozcan los derechos y se le suministren los medios que posibiliten o faciliten su independencia. ART. 6°.- El juez tiene el derecho y el deber de denunciar cualquier intento de perturbación de su independencia. ART. 70.- Al juez no solo se le exige éticamente que sea independiente sino también que no interfiera en la independencia de otros colegas. ART. 8°.- El juez debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional.

En consecuencia, si aplicamos al presente caso la ecuación $C = M + D - A - S$, observamos que la corrupción judicial logró permear en el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia penal, lo que se puede explicar porque, en esta instancia del sistema judicial colombiano, la Corporación posee un alto nivel de monopolio en sus decisiones (M), con una discrecionalidad desproporcionada de los magistrados (D), y un alto grado de ausencia de rendición de cuentas, como consecuencia de un proceso de elección sin transparencia. (A), de manera que, de no ser por la colaboración internacional, la probabilidad de sanción de los actos corruptos sería nula (S).

3. REFORMAS INSTITUCIONALES

Las principales reformas institucionales en Colombia se han dado con ocasión al desarrollo de la Constitución Política de 1991. En los Gobiernos subsiguientes, se dieron importantes pasos en la dignificación de la justicia (1992 a 1994), con la promoción de aumentos en materia salarial, no solamente para jueces y magistrados, sino para todos los niveles de empleados de la rama judicial, modificando la escala salarial con aumentos de hasta el 600% en relación con los salarios muy bajos que antes de esta reforma percibían los empleados y funcionarios de la rama, llegando a igualar el salario de los magistrados de las Altas Cortes con la máxima remuneración de los Congresistas.

Del mismo modo, la creación de la Fiscalía General de la Nación (1992) significó una transformación cualitativa en lo concerniente al combate contra fenómenos delincuenciales, en especial en lo concerniente a las manifestaciones del crimen organizado. Dicha Institución implicó no sólo la especialización de un órgano del Estado para investigar y ejercitar la acción penal ante los órganos jurisdiccionales competentes, sino que además fue dotado de capacidad institucional, autonomía y músculo financiero para abordar el problema de la criminalidad como un fenómeno de organización. De esta manera, la Fiscalía General de la Nación (FGN) tendió desde el comienzo a la especialización y subespecialización, creando unidades internas en la lucha contra los fenómenos del crimen organizado y la corrupción (sin embargo, aún falta por implementar la subespecialización en la

investigación de los fenómenos de corrupción ligados al crimen organizado y en la detección de oportunidades de prevención como parte de los objetivos de los programas metodológicos de la institución).

Con la Constitución Política de 1991 aparecieron en el escenario estatal nuevas instituciones y se fortalecieron las ya existentes, las cuales contaban con funciones de prevención en el control de los recursos públicos. Así, se dotó de nuevas herramientas a instituciones que ya venían funcionando, como la Contraloría General de la República y la Dirección Nacional de Aduanas e Impuestos Nacionales (DIAN), que han demostrado resultados que han ido más allá de la efectiva sanción penal de evasores de impuestos y de funcionarios corruptos al interior de las propias entidades

La Constitución de 1991 fortaleció también la Procuraduría General de la Nación (PGN), que ejerce la potestad disciplinaria en varios niveles de la administración pública e interviene en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico y del patrimonio público. Por su carácter singular, resulta relevante mencionar que la idea de un Procurador General de la Nación aparece por primera vez en el Reglamento Provisional para el establecimiento del Poder Judicial, expedido por el Congreso Nacional de Angostura el 25 de febrero de 1819, antes de constituirse la República de Colombia, como una propuesta que haría parte del texto de la primera Constitución Política. Sin embargo, dicha figura no fue tenida en cuenta por los constituyentes de 1821, de manera que hubo que esperar hasta la Constitución de 1830 para que la PGN se recogiera en la misma.

Si la Constitución Política de 1991 declara al Estado colombiano como un Estado Social y Democrático de Derecho, el origen y composición de la PGN se encuentra más emparentado con el carácter democrático de nuestro ordenamiento jurídico, porque, la PGN, también denominada Ministerio Público, es el órgano representante de la sociedad ante todas las instancias estatales, y en especial las de naturaleza judicial, convirtiéndose en la única voz, una voz técnica y autorizada, además, de los que no tienen voz o lugar en dichas instancias. De esta manera, la PGN representa un intento por corregir los defectos de la ya muy imperfecta democracia representativa. De hecho, el Ministerio Público es una de las expresiones más acabadas de la democracia participativa, ya que se presenta ante las instancias

judiciales y extrajudiciales del Estado como vocero constitucionalmente autorizado de todos aquellos colombianos que aspiran a que en las instancias en las que su participación no es posible, se garantice el orden jurídico y se respeten los valores democráticos. De esta manera la participación de este órgano de control, con facultades de prevención e intervención en la estructura del Estado, vela, al menos en teoría, por la intangibilidad de los valores democráticos y éticos y por los principios jurídicos mínimos de la Constitución.

Así las cosas, la función e intervención del Ministerio Público en los procesos jurisdiccionales contra la corrupción, se torna no solo como deseable, sino también indispensable, ya que la Constitución Política, en su artículo 277, le asigna a esta particular institución las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, y proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, constituyéndose, de esta manera, en el único veedor y representante de la sociedad en los casos judiciales donde se ventilan asuntos referidos a prácticas abusivas sobre recursos públicos.

Un cambio relevante en la observancia, diagnóstico y prevención del fenómeno de la corrupción se presentó también con la incorporación por el Gobierno Nacional de la política de lucha contra la corrupción como uno de los principales ejes dentro del Plan Nacional de Desarrollo 1998-2002, y la creación del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción. A través de este último, se logró por primera vez un trabajo armonizado entre diversas entidades del Estado (entre ellas, la FGN), para desarrollar conjuntamente, entre otros casos, el denominado “*Pomaricazo*”, donde por primera vez se logró la judicialización y efectiva sanción de miembros del Congreso de la República por actos de corrupción (con anterioridad, estos servidores públicos eran considerados casi intocables por la justicia) (El Tiempo, 2003)¹¹.

¹¹ Redacción judicial del periódico “El Tiempo” (25 de septiembre de 2003): “Casi cuatro años después de que estalló uno de los peores escándalos de corrupción en el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia impuso una ejemplarizante condena a cuatro exparlamentarios que se idearon una feria de contratos en la que estuvieron comprometidos 5.300 millones de pesos. La pena más fuerte recayó sobre Armando Pomárico Ramos, quien para la fecha de los hechos

Con posterioridad a esto se han llevado a cabo algunas reformas institucionales en la justicia colombiana, la más representativa de las cuales ha sido el Acto Legislativo 01 de 2018, mediante el cual se crearon en la Corte Suprema de Justicia, una Sala de Instrucción Penal y una Sala de Juzgamiento, cuyas apelaciones serán conocidas por la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema. La creación de una segunda instancia en materia penal en la Corte Suprema de Justicia constituye, sin duda, una nueva herramienta de revisión y transparencia frente al sistema de única instancia imperante hasta 2018 con respecto a los aforados. Sin embargo, al ser el sistema de elección de sus magistrados el mismo de las otras salas de la Corte Suprema de Justicia, no evidencia mayor avance frente a los procesos de rendición de cuentas.

Un avance significativo a la contribución de la mayor autonomía e independencia de jueces y magistrados, así como a los mecanismos de rendición de cuentas, fue la inclusión de la carrera judicial en desarrollo del principio constitucional de acceso al servicio público por el sistema de méritos, incorporado en la Constitución Política de 1991. Así mismo, mediante la expedición de la **Ley Estatutaria de la Administración de Justicia** (Ley 270 de 1996) se establecieron y delimitaron los requisitos de experiencia e idoneidad necesarios para el acceso a los cargos de la rama judicial y se desarrolló el contenido de los derechos prestacionales de sus miembros, equiparando los mismos a los de los funcionarios y empleados del mismo nivel de la FGN. Así, el artículo 156 de la Ley 270 prevé que la carrera judicial

“[...] se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la

se desempeñaba como presidente de la Cámara de Representantes. Tendrá que pagar 12 años de prisión por concierto para delinquir, celebración de contratos sin cumplir los requisitos y peculado. Su condena, como la de los otros, ya no tiene más apelaciones. Los otros afectados son Octavio Carmona Salazar, para entonces segundo vicepresidente, y los también representantes en esa época Darío Saravia Gómez y Miguel Ángel Flórez Rivera. La condena, adicionalmente, inhabilita de por vida a los excongresistas para ocupar cargos y ejercer funciones públicas y les impone millonarias multas e indemnizaciones a favor de la Cámara de Representantes.”

consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio”.

La mencionada Constitución Política de 1991 creó también un órgano encargado de la administración de la carrera judicial, denominado Consejo Superior de la Judicatura, el cual se ha encargado de (i) reglamentar los procesos de selección por concurso de méritos; (ii) aprobar los cursos previos a la selección final; (iii) conformar las listas de candidatos con base en criterios de puntaje previamente acordados; y (iv) visualizar, a través de la página web de la entidad, todas las etapas de los procesos de selección, en aras del cumplimiento del principio de transparencia (esto incluye subir a la página web las convocatorias, la preadmisión de requisitos, la determinación del lugar de las pruebas, las calificaciones obtenidas y los procesos de revisión).

Sin embargo, la FGN, órgano independiente del Poder Ejecutivo, que, en virtud de la Constitución de 1991, fue adscrita a la rama judicial, tiene autonomía presupuestal y administrativa frente al resto de órganos de la rama y por tanto se encuentra desvinculada del Consejo Superior de la Judicatura. Desafortunadamente, la FGN no ha podido todavía implementar de manera permanente el sistema de acceso por carrera porque, de modo que, veintiocho años después de su creación, solo ha llevado a cabo un proceso de selección de funcionarios administrativos y misionales (misión institucional, fiscales y funcionarios de despachos fiscales). Además, ni ha establecido las condiciones de acceso por carrera y ascensos de los cargos de policía judicial, ni ha podido, por tanto, realizar procesos de selección por méritos de este tipo de funcionarios.

Finalmente, es importante subrayar que la discrecionalidad que tienen los magistrados de Tribunal y los magistrados de las Altas Cortes, en el ejercicio de su función de nominación para cargos provisionales (vacantes que no han sido aún ocupadas por funcionarios de carrera) constituye, sin duda, un importante espacio de ausencia de rendición de cuentas, que incrementa la posibilidad del mantenimiento de funcionarios de instancias inferiores con tendencia a seguir los lineamientos de los nominadores, lo cual infringe los principios de autonomía e independencia que han de caracterizar a la rama.

4. REFORMAS NORMATIVAS

Las reformas normativas en la legislación colombiana que pretenden enfrentar el fenómeno de la corrupción se pueden reunir de forma general en las siguientes categorías: (i) transparencia; (ii) rendición de cuentas y control social; (iii) cultura de la legalidad e integridad; (iv) deberes y conducta del juez; y (v) otros instrumentos contra la corrupción y tratados internacionales.

4.1. *Transparencia*

La transparencia es uno de los factores más importantes en la lucha contra la corrupción en todo el sistema estatal. Su carácter fundamental crece exponencialmente tratándose del sector judicial. Teniendo en cuenta que las acciones que se pueden adoptar frente a la corrupción judicial se asientan mayoritariamente en la rendición de cuentas (A) y en la probabilidad de que el acto sea sancionado (S), un marco de transparencia constituye un elemento esencial para que haya una adecuada rendición de cuentas y un control ciudadano efectivo, así como para que se incremente la probabilidad de sancionar actos corruptos.

Los artículos 23 y 74 constituyen las bases normativas de la transparencia en la Constitución Política de 1991. El artículo 23 establece que “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”. Por su parte, el artículo 74 dispone que “[t]odas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.”

La Ley 1712 de 2014 que regula el derecho de acceso a la información pública junto con las excepciones y los procedimientos para acceder a la misma, el Decreto 103 de 2015 y las reglamentaciones del Ministerio de las Tecnologías de la Información, constituyen un cuerpo normativo y reglamentario relevante para la implementación de una política de transparencia institucional.

Finalmente, las disposiciones del CONPES 167 (2013) constituye otro esfuerzo por tratar el tema de la transparencia institucional como un tema de política pública. Así a través de este documento, se

trato de implementar el proyecto de gestión de la información y la ley de archivos, se estableció un mecanismo de acompañamiento a la ley de transparencia, se adoptó un lenguaje de fácil acceso para la ciudadanía, se promovió la publicación de datos de las entidades públicas, se establecieron sistemas de información sobre inversión de recursos de regalías y se desarrollaron los portales de transparencia económica a nivel territorial.

4.2. Control social y rendición de cuentas

El artículo 270 de la Carta Política de 1991 prevé el marco constitucional para llevar a cabo el control social. Conforme a esta disposición, “[l]a ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”. Dicho postulado constitucional encuentra su desarrollo más importante en la Ley Estatutaria 1757 de 2015, por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. Además, la ley 147 de 1998 se encarga de regular las acciones populares como mecanismos judiciales para garantizar la defensa y protección de derechos e intereses colectivos.

La Ley 594 de 2000, o Ley General de Archivos, regula por su parte la función archivística del Estado y estipula la forma en que se debe hacer la gestión de los archivos. Dicha función es vital para la conservación de la memoria institucional y para que cualquier ciudadano u organización de ciudadanos interesados pueda realizar veeduría a la gestión reciente de cualquier entidad del Estado. Así mismo, la ley 850 de 2003 reglamenta las veedurías ciudadanas, que son los mecanismos democráticos que confieren a los ciudadanos herramientas para vigilar la gestión pública de entidades encargadas de la ejecución de un programa, proyecto o prestación de un servicio público.

En cuanto a Ley 962 de 2005, sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos, ésta tiene por objeto facilitar las relaciones de los particulares con la administración pública. Destaca en esta ley su artículo 8, el cual dispone que todos los organismos y entidades de la administración pública deben tener a disposición del público información sobre las normas básicas que determinan su competencia, sus funciones y los servicios que prestan, entre otros datos relevantes.

A esto hay que unir la Ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que estipula que las actuaciones administrativas deben desarrollarse con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, entre otros, y transcribe el propio artículo 8 de la Ley 962 de 2005.

4.3. Cultura de la legalidad e integridad

La legislación sobre la cultura de la legalidad y la promoción de la integridad se puede clasificar en: (i) aquellas normas dirigidas a evitar los conflictos de interés; (ii) las disposiciones dirigidas a separar con nitidez la gestión de los intereses públicos de la gestión de los intereses privados; y (iii) la regulación que intenta difundir una cultura de la integridad y los hábitos éticos. Los artículos 126 a 129 de la Constitución Política de 1991 establecen un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos. Además de esto, la Ley 5 de 1993 regula también el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los congresistas. En cuanto a disposiciones dirigidas a separar la gestión de los intereses públicos de los intereses privados, se puede destacar el artículo 122 de la propia Carta Política, el cual establece la obligación de los servidores públicos de declarar el monto de bienes y rentas.

Finalmente, en lo que se refiere a la regulación que intenta hacer difusión de una cultura de integridad, destaca la Ley 1474 de 2011, instrumento legal por el cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción, estableciendo la obligación para los centros educativos de incluir en su currículo competencias ciudadanas y valores democráticos, con el fin de luchar contra la tolerancia social de la corrupción. Además, el documento CONPES 167 (2013) plantea la creación de premios de alta gerencia con enfoque de transparencia, un Plan Unificado de Capacitación de las diversas entidades públicas, herramientas para la identificación de conflictos de interés, la creación de un manual de inhabilidades e incompatibilidades, una estrategia de promoción de la cultura y la legalidad, la incorporación en el sistema educativo formal de temas como integridad y cultura legal, y el aumento de la información ofrecida a los ciudadanos en estos temas.

4.4. Deberes y conducta del juez

Los artículos 113, 228, 230 y 249 de la Constitución Política regulan algunos aspectos del trabajo judicial y de la rama. Sentencias de constitucionalidad como la C-361/01 y la C-365/00 resultan asimismo importantes para interpretar los principios de independencia e imparcialidad judicial en relación con el ejercicio de la función judicial.

5. DESAFÍOS

Los principales desafíos relativos a la prevención, detección y represión de la corrupción en el sistema judicial colombiano se encuentran en las siguientes cinco áreas: (i) administración y acceso público a la información; (ii) insuficientes mecanismos de transparencia en los procesos de acceso a cargos públicos; (iii) insuficiente consolidación en los procesos de rendición de cuentas; (iv) fortaleza del crimen organizado; y (v) cuestiones de normatividad general.

5.1. Información pública y administración de la información

Las instituciones judiciales en Colombia hacen un trabajo muy pobre en el catálogo y registro de sus decisiones judiciales. La mayoría de los sistemas de registro de información no contemplan una actualización en tiempo real de la misma, lo que en muchos casos no la hace fiable. Además, la información que se sube a estas plataformas no es normalmente completa y muchas decisiones aparecen como reservadas sin que exista una razón legal para ello. De esta manera, se dificulta también el control sobre los tiempos del proceso.

A esto hay que unir que los descriptores con los que se buscan son complejos y las plataformas son lentas en el suministro de información, lo que dificulta la visibilidad de estas y el conocimiento directo de la motivación de las decisiones judiciales por parte de los administrados. De la misma forma, los informes de rendición de cuentas sobre el control de la corrupción no dan cuenta real de todos los eventos, omitiendo con frecuencia casos o contando varias veces el mismo. También, los informes sobre corrupción suelen incluir delitos que no necesariamente constituyen actos de corrupción, como el delito de prevaricato por acción o por omisión (Villadiego et al, 2018, pp.

11-14). La congestión del sistema judicial y un alto grado de inflación normativa incrementan todavía más la ausencia de transparencia.

5.2. Insuficientes mecanismos de transparencia de los procesos de acceso a los cargos públicos

Los jueces en Colombia, por regla general, deben ser elegidos por méritos bajo un proceso riguroso que se concentre en los atributos de los candidatos, como su trayectoria profesional y sus valores. Sin embargo, este no es siempre el caso. Persiste una falta de transparencia en el proceso, especialmente en la escogencia de los magistrados de las Altas Cortes, lo que lleva a una deficiencia que permite, en el peor de los casos, la imposición de un ciclo de corrupción bajo el cual la elección termina siendo influenciada por miembros pertenecientes a grupos de interés o centros de poder.

5.3. Insuficiente consolidación en procesos de rendición de cuentas

Aunque existe la obligación legal en todas las entidades del Estado, incluyendo la rama judicial y la FGN, de presentar y socializar en medios de comunicación masiva, como espacios televisados institucionales o canales en *streaming*, los ejercicios anuales de rendición de cuentas, no existe un protocolo mínimo, ni estandarizado, sobre el cruce de los datos tomados para realizar los informes anuales. Así mismo, tampoco existe un proceso de auditoría para la constatación de la veracidad de los datos empleados en estos informes, resultando estos procesos en actos de buena fe institucionales, que con frecuencia se desarrollan sin el rigor necesario para lograr un control sobre las actividades desarrolladas por las instituciones del sistema judicial colombiano.

5.4. Crimen organizado

Colombia es un país que tiene un grave problema de crimen organizado debido especialmente al narcotráfico. Para Buscaglia (2013), la interacción entre el crimen organizado y el Estado se da en los siguientes cinco niveles de penetración: (i) los actos aislados de corrupción en el nivel más bajo del poder público; (ii) los actos de corrup-

ción que ocurren frecuentemente en los rangos inferiores del Estado; (iii) la administración de las agencias públicas para desviar las operaciones policiales, neutralizar la regulación de los mercados financieros y situar miembros de bandas criminales organizadas en puestos del Estado; (iv) la cooptación de responsables de agencias públicas encargados de enfrentar el crimen organizado; y (v) la cooptación de líderes políticos del más alto nivel.

La penetración del crimen organizado dentro de la rama judicial puede ser parte de los primeros tres niveles, por ejemplo, cuando se provoca que un funcionario pierda archivos o esconda información relevante de un caso. De igual forma, puede penetrar el aparato judicial al cuarto nivel, como hacer que juez omita una orden de captura o reduzca una sentencia.

El problema del crimen organizado es que pone un gran énfasis en penetrar la institución judicial, haciendo que el juez o funcionario sea mucho más propenso a cometer dichos actos a través de grandes incentivos. Esto, combinado con un alto monopolio decisor, un alto grado de discreción y una ineficiente rendición de cuentas, hace que exista una alta probabilidad de que se lleven a cabo comportamientos corruptos (Voigt, S. 2007).

5.5. Normatividad general

Como es evidente, la legislación y las reformas normativas que se encargan de revisar y evitar la corrupción estatal se enfocan de forma principal en la rama ejecutiva. Esto lleva a un problema si se comprende que la rama judicial funciona de forma diferente porque el principio de independencia judicial hace que se permita que sus integrantes dispongan del monopolio del poder de decisión y de un alto nivel de discrecionalidad en su ejercicio.

6. CONCLUSIONES-PROGRAMA DE ACCIÓN

Las principales conclusiones a las que hemos llegado en el presente capítulo nos permiten presentar el siguiente programa de acción para combatir el fenómeno de la corrupción en Colombia. En primer lugar, constituye una obligación el dotar de mayor transparencia los proce-

sos de selección de los magistrados de las Altas Cortes. Las razones de su elección deben someterse al escrutinio público, de manera que, mientras las deliberaciones pueden ser secretas y reservadas, no ocurre lo mismo con los motivos y conclusiones en relación con el mérito y demás requisitos de selección.

En segundo lugar, los cargos en provisionalidad de la rama judicial no deben ser provistos por magistrados de Altas Cortes o de Tribunales de Distrito, sino que han de ser provistos siempre en propiedad de acuerdo con el orden recogido en la lista de elegibles.

En tercer lugar, la FGN debe implementar el acceso, permanencia y ascenso de los distintos empleados y funcionarios a través de la implementación de la carrera judicial.

En cuarto lugar, se debe fortalecer la actualización de las bases de datos institucionales, y su verificación y control, así como mejorar el acceso público a las plataformas de información. De la misma forma deben ser públicas todas las decisiones judiciales que conforme a las normas de procedimiento no sean reservadas, y han de realizarse auditorías periódicas de los procesos que dan lugar a los archivos y de aquellos otros que no hayan tenido suficiente actividad procesal en aras de evitar su prescripción.

Finalmente, se deben implementar protocolos estandarizados de manera técnica en los informes anuales de rendición de cuentas, y se han de implementar auditorías internas y externas sobre los insumos empleados para su construcción.

REFERENCIAS

Doctrina

- Buscaglia, E. (2007). Judicial corruption and broader justice system. In Transparency International, *Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems* (pp. 68-79). Cambridge: Transparency International.
- Buscaglia, E. (2013). Judicial and Social Conditions for the Containment of Organized Crime: A Best Practice Account. In Heinrich-Böll-Stiftung & Schöenberg R. (Eds.), *Transnational Organized Crime: Analyses of a Global Challenge to Democracy* (pp. 61-74). Bielefeld: Transcript Verlag. [Disponible en: <http://www.jstor.org.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/stable/j.ctv1fxh0d.9Copy>].

- Castro, C. C & Castrillón J. G, (2018 Aproximación al análisis político criminal de la corrupción. (pp. 52-70). Integritas: Revista de Ética, 1.
- Corporación Excelencia en la Justicia & Transparencia por Colombia. (2008). La corrupción judicial en Colombia: Una aproximación al mapa de riesgos. Bogotá D.C.
- Jain, A. (2001). Corruption: A Review. (pp. 71-121) Journal of Economic Surveys, 15(1).
- Klitgaard, R. (1998). International Cooperation Against Corruption. Finance and Development, 35(1), (pp. 3-6).
- Malem Seña, F. (2017). Deontología profesional y la profesión de abogado. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 2017, Ed. Especial. (pp. 153-157).
- Mary Noel Pepys (2007). Corruption within the judiciary: causes and remedies. In Transparency International, Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems. Cambridge: Transparency International, (pp. 3-11).
- Newman Pont, V., & Ángel Arango, M. (2017). Sobre la corrupción en Colombia: Marco conceptual, diagnóstico y propuesta de política. Bogotá D.C.: Fedesarrollo-La Imprenta Editores.
- Ralws J. (1979) Teoría de la Justicia, primera edición, México, Fondo de Cultura Económico.
- Rohwer, A. (2009). Measuring Corruption: A Comparison Between Transparency International's Corruption Perception Index and the World Bank's Worldwide Governance Indicators. CESifo DICE Report, 7(3), (pp. 42-52).
- Transparencia Internacional. La corrupción judicial Informe de Transparencia Internacional. [Disponible en: http://www.transparency.org/publications/gcr/download_gcr], (24 de mayo, 2007).
- Vigo, Rodolfo Luis. (2010) Ética Judicial. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Voigt, Stefan (2007). When are judges likely to corrupt? In Transparency International, Global Corruption Report 2007: Corruption in Judicial Systems (pp. 296-302). Cambridge: Transparency International.

Jurisprudencia

- Comisión de investigación de la cámara de representantes. (13 de marzo, 2019). Auto de Acusación.
- Corte Constitucional. (29 de marzo, 2000). Sentencia C-365. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)
- Corte Constitucional. (2 de abril, 2001). Sentencia C-361. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Otras fuentes

Legislación de Colombia

- Constitución Política de Colombia. (1991). publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991
- Decreto 2232. (18 de diciembre, 1995). Diario Oficial No. 42.152.
- Decreto Presidencial 103. (20 de enero, 2015)
- El Documento Conpes 167 de 2013
- Ley 134 de 1994. Diario Oficial 41.373 del 31 de mayo de 1994. Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana.
- Ley 190 de 1995. Diario Oficial No. 41.878, de 6 de junio de 1995. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública.
- Ley 734 de 2002. “Código Disciplinario Único”, febrero 5. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002.
- Ley 850 de 2003. Diario Oficial No. 45.376, de 19 de noviembre de 2003.
- Ley 962 de 2005. Diario Oficial No. 46.023 de 6 de septiembre de 2005.
- Ley 1437 de 2011. “Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, enero 18. Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.
- Ley 1474 de 2011. Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Estatuto Anticorrupción.
- Ley 1712 de 2014. Diario Oficial No. 49.084 de 6 de marzo de 2014
- Resolución 3564, de 31 de diciembre de 2015. Por la cual se reglamentan aspectos relacionados con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información.

Normativa Internacional

- Código Iberoamericano de Ética Judicial. (2006) Consejo Superior de la Judicatura.
- Convención Interamericana Contra la Corrupción. (1996) aprobada por la Ley 412 de 1997, control constitucional posterior en la sentencia C-397 de 1998.
- Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. (1997), aprobada por la Ley 1573 de 2012
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (2000). aprobada por la Ley 800 de 2003, control de constitucionalidad posterior en la Sentencia C-962 de 2003.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. (2003). Aprobada mediante la Ley 970 de 2005.

Fuentes periodísticas

- Gómez, Camilo. Seis lecturas para entender el cartel de la toga. *El Espectador*. [Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/seis-lecturas-para-entender-el-cartel-de-la-toga-articulo-715926>], (1 de octubre de 2017).
- Yo desconfiaba de Gustavo Malo: exmagistrado auxiliar que trabaja en su despacho. *El Espectador*. [Disponible en <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/yo-desconfiaba-de-gustavo-malo-exmagistrado-auxiliar-que-trabaja-en-su-despacho-articulo-878265>], (28 de agosto de 2019).
- Gustavo Malo, el exmagistrado capturado. *Semana*. [Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/los-hechos-que-llevaron-a-la-captura-del-exmagistrado-gustavo-malo/615933>], (18 de mayo de 2016).
- El día que Guillermo Cano reveló el pasado de Pablo Escobar, *El Espectador*. [Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/el-dia-guillermo-cano-revelo-el-pasado-de-pablo-escobar-articulo-670112>], (13 de diciembre de 2016).
- Renunció por corrupción el presidente de diputados, *Clarín*. [Disponible en: https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/escandalo-colombia_0_Hy6UieRYe.html], (26 de marzo de 2000).
- Quiénes están siendo investigados por el cartel de la Toga. *El Tiempo*. [Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/quienes-estan-siendo-investigados-por-el-cartel-de-la-toga-en-colombia-361582>], (14 de mayo de 2019).
- El proceso 8.000, El proceso 8.000, *Semana*. [Disponible en: <https://www.semana.com/especiales/articulo/el-proceso-8000/32798-3>], (23 de junio de 1997).
- Envían audios completos de la DEA sobre el cartel de la toga a la Corte Suprema, *Semana*. [Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/audios-de-cartel-de-la-toga-son-enviados-a-la-corte-suprema/617256>], (25 de mayo de 2019).
- Así fueron las chuzadas del DAS a la Corte Suprema de Justicia, *Semana*. [disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/asi-fue-la-conspiracion/121785-3>], (19 de noviembre de 2019).

Capítulo III

EL CASO DUARTE

Norberto Hernández Jiménez
Sergio Iván Anzola Rodríguez

INTRODUCCIÓN

El 26 de septiembre de 2018, Javier Duarte de Ochoa (Exgobernador de Veracruz) fue condenado a 9 años de prisión por los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita y asociación delictuosa. La condena fue confirmada por el Tercer Tribunal Unitario en Materia Penal de Ciudad de México, tras considerar que los elementos probatorios presentados por la entonces Procuraduría General de la República (PGR)¹, fueron suficientes e idóneos para acreditar su responsabilidad. No obstante, en esta decisión se revocó de manera temporal el decomiso de más de 40 propiedades que se consideraban ligadas a Duarte, debido a que los inmuebles son propiedad de otras personas que aún no han sido condenadas (Forbes México, 2020).

El *modus operandi* consistió en el otorgamiento de contratos y recursos económicos a “*empresas fantasmas*”, que fungían como proveedoras del Gobierno y que facturaban unos servicios inexistentes (Empresas Emisoras de Facturas con Operación Simuladas-EEFOS), respecto de productos que el Gobierno veracruzano necesitaba otorgar a diversas poblaciones, tales como suministro de papelería, botiquines, catres y bolsas para dormir, juguetes, regalos de Navidad, cuentos infantiles, despensas, sillas de ruedas, equipamiento de cocinas, enseres domésticos, kits de higiene bucal, bicicletas, instrumentos musicales, bastones, andaderas, triciclos, chamarras, máquinas de coser, balones de futbol y cobertores, etc. Otra de las modalidades documentada, dentro del entramado de la corrupción padecido en el Estado de Veracruz, son las “*estafas maes-*

¹ Actualmente existe una Fiscalía General de la República (FGR).

tras”, que consisten en la evasión de las normas de contratación estatal, utilizando terceros para el desvío de recursos. En ambas se generan complicidades entre allegados y relaciones institucionales de impunidad (Galindo, Padilla & Andrade, 2019, p. 371), lo que conlleva a la vinculación de la política, como parte del comportamiento desviado en contra de los fines encomendados para el ejercicio de los cargos estatales y en detrimento del tesoro público. De hecho, se señala que *ASISMEX* (empresa que inyectó 15 millones de pesos a la campaña presidencial priista en 2012 —el PRI nunca reportó este ingreso), forma parte de una red de compañías creadas por un contador público que se benefició de contratos y convenios de la administración Duarte por más de 3,617 millones de pesos (Ángel *et. al.*, 2020).

Este capítulo se enfoca en el estudio del caso Duarte² y lo enmarca dentro de la teoría criminológica de la delincuencia de cuello blanco. Adicionalmente, hace una descripción del fenómeno de la corrupción en el ámbito mexicano, identificando las medidas administrativas adoptadas para combatir este flagelo, que en todo caso resultan insuficientes si no se exploran estos comportamientos desde una perspectiva ética, la cual debe contribuir para la prevención del delito, para lo cual abordamos la ética profesional del abogado y el secreto profesional, atendiendo a la participación de los juristas en esta clase de delitos. Esto último con miras a salvaguardar el erario y la debida inversión de estos recursos, en beneficio de la comunidad.

Atendiendo a las dificultades para recaudar la información oficial, frente a un proceso que se realiza por fuera de los límites territoriales de los investigadores, recurrimos a la prensa como fuente documental (Acevedo y Villabona, 2020; Hernández, 2017)³, con el objetivo de documentar algunos detalles de este caso. La estrate-

² Nos limitamos al escándalo de corrupción objeto de la condena del año 2018, a pesar de que existen otras irregularidades relacionadas con el proyecto de generación eléctrica y de abasto de agua en Xalapa (Caso Lava Jato-Odebrecht) y algunos delitos electorales (Roldán, 2017).

³ Al respecto, advierte Larrauri (2015, p. 48), que las noticias aparecidas en los medios de comunicación, entre otras fuentes, brindan información abundante para las investigaciones criminológicas, en aplicación del método cualitativo de análisis documental.

gia metodológica se completó con una revisión bibliográfica (básica jurídico-criminológica) en torno al fenómeno de la corrupción en México, su explicación criminológica y los parámetros éticos que influyen en su ocurrencia.

1. APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA FRENTE A LA CORRUPCIÓN

Para los efectos de este trabajo, entendemos la corrupción como la violación de la obligación de los decisores, encaminada a un beneficio personal extraposicional (Vázquez, 2007, p. 167)⁴. Estos comportamientos se encuentran enmarcados en el derecho penal comparado dentro del bien/interés jurídico tutelado de la administración pública (Terradillos, 2019, p. 12). En consecuencia, para concretar estos comportamientos, se exige que el agresor ostente cierta capacidad de decisión, fruto de su posicionamiento en alguna de las esferas del poder público⁵, lo cual conlleva a la falsación, tanto del puro positivismo naturalista —que entiende al delincuente como un ser distinto del ciudadano convencional (Larrauri, 1991, p. 10)—, así como de la concepción marxista del delincuente —como *lumpen proletariat*: un ser derrotado, perteneciente al proletariado, pero improductivo y desmoralizado, que opta por el delito en vez de participar en la lucha social (Hernández, 2018b, p. 206)—.

Este proletariado es descrito en la obra de Ferrajoli como:

mendigos y vagabundos, individuos de ambos sexos dedicados a la prostitución y alcoholizados, fulleros y sujetos de vida equívoca, degenerados física y espiritualmente, todos ellos concurren para formar el ejército de los enemigos capitales del orden social, ejército cuyo estado mayor está formado precisamente por los delincuentes habituales. (Ferrajoli, 1995, p. 269)

⁴ Otras definiciones de este fenómeno en Huntington (1996, p.63), Myint (200, p. 35) y Müller (2012, p. 167).

⁵ Para su configuración también participan particulares (sin poder de decisión), que contribuyen a defraudar la administración pública, dentro de una relación sinalagmática (Terradillos, 2019, p. 15). En todo caso, se requiere la participación de alguien que en ejercicio de la función pública, cuente con estas facultades.

Sin duda, estas características son sustancialmente diferentes a las evidenciadas en los delitos de corrupción.

En el caso Duarte, que es nuestro objeto de estudio, nos encontramos en presencia de una persona privilegiada, con estudios profesionales realizados dentro y fuera de su país (licenciado en derecho por la Universidad Iberoamericana (Ciudad de México), máster en Derecho, Economía y Políticas Públicas por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset (Madrid), doctor en Economía por la Universidad Complutense de Madrid y maestro en Gestión Pública Aplicada por la Escuela de Gobierno y Transformación Pública por el Tecnológico de Monterrey). Ocupó varios cargos públicos, antes de ser Gobernador de Veracruz (en la secretaría de Gobernación, Cámara de Diputados, Senado de la República) (Politipedia; Ángel, 2017), lo que denota suficiencia en las oportunidades que tuvo, sin que se vislumbren rasgos de atavismos ni características biológicas distintas, como enfermedades mentales (Larrauri, 2015, p. 52). En consecuencia, ni el positivismo criminológico ni la criminología crítica marxista, permiten satisfactoriamente entender la etiología del delito en este caso particular.

En respuesta a estas deficiencias en el análisis del sujeto por parte de la criminología tradicional, Sutherland (1949, pp. 240-257) analiza la comisión de delitos de cuello blanco o “*delitos de los poderosos*” (Bustos, 1983, p. 20), partiendo de la premisa de que estas conductas se enmarcan en el ámbito de los negocios, que en definitiva acepta estas dinámicas (Cid & Larrauri, 2001, p. 122), creándose así contextos de normalización (Zúñiga, 2018).

Empero, la corrupción exige cierto posicionamiento y uno de los entornos de poder más fuerte está cooptado por la política. Así, desde estas posiciones políticas se puede terminar comulgando con la ilegalidad, omitiendo por contera los fines de la función pública y pretendiendo el provecho personal o de un tercero. Adicionalmente, puede utilizarse el poder como una herramienta para garantizar la impunidad, obstaculizando las funciones de investigación y juzgamiento, con miras a la imposición de una sanción, que debe ser proporcional a la magnitud del delito y el daño causado con el mismo.

Estos agresores (corruptos) recurren a técnicas de neutralización frente a las demandas de comportamiento conforme al ordenamiento

jurídico, las cuales pueden ser externas e internas al sujeto (Sykes & Matza, 1957, p. 665), que en definitiva persiguen la ampliación o distorsión de las circunstancias que eximen la responsabilidad penal (Larrauri, 1991, p. 20). Sumado a esta situación, que pretende justificar los comportamientos, la cobertura del sistema no es igual en estos eventos, a la que se encamina hacia la satisfacción de la seguridad ciudadana, judicializando preferentemente a sujetos sometidos a procesos de exclusión social (Baratta, 2004, p. 290).

En este sentido, la criminología crítica, a partir del estudio sobre la criminalización de los comportamientos y la aplicación del derecho penal, en el marco de la sociedad capitalista (Larrauri, 2015, p. 74), advierte que las clases dominantes tienen el poder de determinación sobre las conductas delictivas⁶, lo que se ve reflejado en la tipificación de determinadas conductas, la exclusión de otras y la selectividad en la persecución y judicialización de estos comportamientos (Baratta, 2004, p. 172; De Giorgi, 2006, p. 57). Esta dinámica puede favorecer al delincuente de cuello blanco. Por esta razón es imprescindible prestar especial atención a este tipo de delincuencia, que no solo repercute en costos evaluables en dinero sino también en los costos sociales y de legitimidad de las instituciones⁷.

En materia procedimental, la judicialización de estos delitos tiende a ser más compleja y dilatada en el tiempo (Fernández, 2017, p. 49), por la extensión de los elementos probatorios, la participación de los abogados en ejercicio del derecho a la impugnación y la eventual estrategia de prescripción, lo que también habilita el escenario de impunidad. A esto también deben sumarse la afectación a la independencia judicial y la tipificación legal de estos delitos (Terradillos, 2019, p. 26), bajo una técnica legislativa deficiente o malintencionada. Al respecto, piénsese en el Sistema Estatal Anticorrupción promovido por

⁶ Lo que Bergalli (1983, p. 82) denomina la “*perspectiva de la justicia como justicia de clase*”.

⁷ En el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción se 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”.

Duarte en el Congreso del Estado de Veracruz, sobre el cual hacemos algunas reflexiones en el apartado 3. de este trabajo.

En cuanto a la sanción para esta clase de delitos, se ha venido implementando una política de *tolerancia cero* contra los delitos relacionados con la corrupción y en general todos aquellos que lesionen el erario (Hernández, 2018a, p. 294). Incluso bajo criterios garantistas, aunque la gravedad para fijar los límites punitivos se muestra menor que la del homicidio, los delitos de cuello blanco quedan ubicados en el siguiente eslabón junto con otros delitos violentos (Von Hirsch, 1998, p. 80).

Un reto importante que tiene el sistema penitenciario en torno a estos delitos es el tema de la resocialización (artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), atendiendo a que los agresores son personas que han tenido todas las oportunidades, no obstante, realizan un comportamiento desviado. En este sentido, la imposición de la pena en su contra se limitaría a cumplir con las funciones de retribución, incapacitación o prevención general positiva (Fernández, 2017, p. 56), lo que no necesariamente garantiza el desistimiento de la actividad delictiva en el futuro. Empero, si se renuncia al fin resocializador frente a estos agresores y se persigue su incapacitación —no solo intramuros—, parecen acertadas medidas de inhabilitación intemporal por la comisión de estos delitos⁸, reduciendo así la oportunidad criminal en el ámbito espacial.

Finalmente, frente a la responsabilidad civil derivada del delito, es imprescindible perseguir la reparación del agresor, procurando el reintegro de los recursos públicos objeto de malversación, a través de

⁸ En el ámbito colombiano (y sin pretender ser el paradigma en la lucha contra la corrupción), esta inhabilitación se encuentra consagrada en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, de la siguiente manera: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, *en cualquier tiempo*, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.” (Énfasis nuestro).

figuras como el decomiso⁹ y la extinción del derecho de dominio¹⁰. Este resarcimiento del daño (en términos económicos) es mucho más importante que la retribución punitiva, a través de la cárcel.

2. LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO, EL SECRETO PROFESIONAL Y LA CORRUPCIÓN

El caso Duarte en particular y la lucha contra la corrupción como preocupación general de la agenda pública, deberían servir para abrir en México (y en Latinoamérica) una conversación franca sobre el rol que desempeñan los abogados y puntualmente la figura del secreto profesional en el fenómeno de la corrupción.

A partir de la crisis financiera global de 2008 (y del rol que los abogados tuvieron en ella) esta conversación pudo iniciarse en el contexto norteamericano donde hubo importantes reformas a los deberes de confidencialidad y la regulación del secreto profesional en la profesión jurídica (Rochvarg, 2003, p. 9). No obstante, dicho debate no ha llegado a Latinoamérica; esto, posiblemente, porque la rama del derecho directamente concernida con la regulación del ejercicio del derecho, es decir, la ética profesional del abogado es un campo subdesarrollado en la región (Anzola, 2019, p. 33).

Por lo general, los delitos de cuello blanco como el relacionado con el caso Duarte, requieren de conocimiento técnico y especializado para su realización. En este punto los abogados juegan un papel determinante. La creación de empresas fantasmas, el diseño de transacciones comerciales plasmadas en figuras jurídicas para facilitar el flujo de dinero y el tratar de ocultar el desvío de dineros públicos, sin duda requiere de conocimiento jurídico. No nos referimos acá al conocimiento jurídico de los abogados defensores que acometen la defensa de personas acusadas por hechos de corrupción cuando estos

⁹ En el artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción se establece: “Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente”. Sobre el tema es importante revisar la decisión 696/05 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*DASSA FOUNDATION and Others against Liechtenstein*).

¹⁰ Sobre el tema, ver Piña (2010).

ya ocurrieron (aunque puede ocurrir que el abogado defensor haya colaborado en la empresa criminal de su cliente); nos referimos a los abogados que están inmersos en el propio acto de corrupción.

Un abogado (o un conjunto de abogados) puede interactuar en distintas formas e intensidades en actos de corrupción. En primera instancia puede ser coautor del delito. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando en conjunto con su cliente planea, diseña y ejecuta las actuaciones que se ajustan al tipo penal específico. En segunda instancia, un abogado puede participar en un caso de corrupción actuando de “mala fe”. Esto ocurriría cuando, si bien no es la mente criminal detrás del acto, sí presta su servicio técnico para facilitarlo, aún a sabiendas de que hay algo extraño o sospechoso de por medio, pero aun así decide prestar su servicio. Esto puede ocurrir en casos de testaferrato cuando un abogado, a sabiendas de lo que realmente está haciendo su cliente, se hace el de la vista gorda y se “limita” a prestar un servicio técnico sin indagar a fondo sobre las operaciones de su cliente. En tercera y última instancia está el abogado que es contactado por un cliente que le solicita abiertamente colaborar con la prestación de un servicio técnico que facilitará un acto de corrupción, pero no acepta llevar a cabo ese servicio.

En la primera situación descrita, es suficientemente claro que el abogado sería responsable penal y disciplinariamente (por “disciplinariamente” nos referimos a las investigaciones y sanciones de las que puede ser acreedor por violar sus deberes profesionales contenidos en un código de ética). En la segunda situación el análisis es más complejo. Habría que determinar qué tanto sabía realmente el abogado sobre lo que estaba haciendo su cliente y si él era o no parte de la empresa criminal. En caso de que fuera parte de la empresa criminal sería un coautor del delito. No obstante, de ahí en adelante, el camino es menos claro. Primero, habría que preguntarse si los abogados tienen un deber jurídico de indagar sobre los fines que persigue su cliente y la procedencia de sus recursos. En un ejemplo concreto relacionado con el lavado de dinero *¿El abogado que estructura la empresa de su cliente tiene un deber de investigar cuál es el fin de su cliente? ¿Si el abogado sospecha de los fines de su cliente o de la procedencia de sus recursos tiene un deber de indagar al respecto e investigar? ¿Si el abogado sospecha que su cliente está incurriendo en la comisión de un delito tiene un deber de denunciarlo?* El tercer escenario se

asemeja al anterior: el abogado que sabe de los fines ilícitos que persigue su cliente, pero se rehúsa a prestar sus servicios jurídicos para alcanzarlos *¿Tiene un deber de denuncia o tiene una obligación de confidencialidad?*

Estas situaciones se hacen complejas justo por el deber de confidencialidad que rige las relaciones entre abogado y cliente. El deber de confidencialidad, materializado en la figura del secreto profesional, choca directamente con el deber de denuncia. Esto nos pone en una encrucijada: los abogados, actores preponderantes en los delitos de cuello blanco por su conocimiento técnico, terminan con una mordaza que les impide revelar las actuaciones de sus clientes. Evidentemente, los abogados que son parte de redes criminales no tendrán interés alguno en revelar los secretos de sus clientes (que en últimas son sus socios criminales). El problema ocurre con los abogados que no son parte de esa red criminal pero que, por sus deberes profesionales (o por amenazas contra su integridad), se ven obligados a guardar secreto.

En el caso de México, el deber de guardar secreto profesional contempla poquísimas excepciones y es casi absoluto. El artículo 210 del Código Penal Federal tipifica el delito de revelación de secretos de la siguiente forma:

Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Según lo dispuesto, la revelación requiere una justa causa y además el consentimiento de quien pueda resultar perjudicado, es decir, el cliente.

Lo estricta que es esta regulación salta a la vista cuando se contrasta con otras regulaciones que establecen excepciones al deber de guardar secreto profesional. Un ejemplo, que proviene de la misma regulación mexicana, es la forma en la que se regula la confidencialidad en los Mecanismos Alternativos de Controversia en Materia Penal. En el artículo 4° de dicha ley, donde se regulan los principios que guiarán a los Mecanismos Alternativos se establece

La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de los Intervinientes dentro del proceso penal, salvo que se trate de un delito que se esté cometiendo o sea inminente su consumación y por el cual peligre la integridad física o la vida de una persona, en cuyo caso, el Facilitador lo comunicará al Ministerio Público para los efectos conducentes (...).

Es decir que el facilitador tendrá el deber de romper la confidencialidad cuando cualquiera de los dos bienes jurídicos protegidos (vida o integridad personal) se vean amenazados.

En la regulación estadounidense también se establece la posibilidad de revelar información confidencial del cliente, no solo cuando la vida o integridad física de un tercero pueda verse amenazada, sino cuando el abogado tenga serias razones para creer que el cliente cometerá un fraude que afectará los intereses financieros de un tercero.

Reformar la regulación sobre el secreto profesional y el deber de confidencialidad que permea la relación abogado cliente no es fácil. El valor de la confianza parece ser uno suficientemente establecido como para acotarlo. No obstante, es necesario empezar a ver los costos y beneficios de una regulación tan estricta del secreto profesional.

El argumento clásico a favor de la confidencialidad y el secreto profesional es el derecho a una defensa. Su justificación acérrima parece venir del ámbito penal donde la persona investigada necesita tener plena confianza en su defensor para transmitirle toda la información requerida para que éste pueda hacer una buena defensa. El secreto profesional en materia penal (que puede implicar que un abogado sepa que su defendido realmente cometió los hechos por los que se le acusa, pero aun así lo defienda y se abstenga de revelar esa información a pesar de que una persona inocente termine siendo condenada por hechos que no cometió) se justifica por lo que está en juego (la libertad y en algunas jurisdicciones la propia vida del acusado) y también por el garantismo propio del derecho penal en el que se considera que el Estado (un ente poderoso, omnipotente y con todo un cuerpo investigador) se enfrenta a un individuo pequeño, débil y sin punto de comparación con el Estado en los recursos para la elaboración de su defensa.

No obstante, la justificación de la confidencialidad estricta en materia penal ha sido trasladada a todas las relaciones entre abogado y

cliente sin mayor reflexión. La justificación que puede ser necesaria en la defensa en un proceso penal (por ejemplo, cuando a una persona se la investiga por actos de corrupción y necesita contarle todo a su abogado defensor para que éste lo defienda) no parece tan necesaria en otros entornos (por ejemplo, cuando se utiliza para impedir que un abogado revele información sobre un cliente que tiene intención de cometer un fraude económico).

Los argumentos de Simon (2017, p. 447) son un buen comienzo para minar quirúrgicamente los límites de la confidencialidad y llevarla a sus justas proporciones. Un primer punto, sostiene él, es reconocer que, si bien la confianza es un valor importante en la profesión jurídica, no es el único ni el prominente. Hay otros valores importantes que pueden chocar con la confidencialidad y no hay una razón para juzgar *a priori* que ésta debe prevalecer siempre en todos los casos. En segundo lugar, incluso si aceptamos la importancia de la confianza, no hay una razón válida para señalar que la confianza entre abogado y cliente importa más que la confianza que un tercero puso en las manos del cliente que ese abogado representa. Cuando soy un abogado y me entero de que mi cliente quiere defraudar la confianza de un tercero, tendría que preguntarme ¿Qué razón existe para que valga más la confianza de un cliente en su abogado, que la confianza que ese tercero puso en él?

Otro argumento para cuestionar la preeminencia de la confianza y la forma en que se articula el deber de confidencialidad de los abogados tiene que ver con la libertad. El derecho protege la libertad de acción de las personas. Todos somos libres de actuar dentro de determinadas esferas de autonomía. La libertad no es total, en efecto, se ejerce dentro de una esfera. Para conocer los límites de mi libertad, de la esfera en la que me desenvuelvo, necesito conocimiento jurídico. Ese conocimiento jurídico lo tienen los abogados, y para que el abogado pueda delimitar correctamente mis esferas y saber si mis acciones son acordes a ellas, o, por el contrario, las infringen, debo poder contarle todos mis secretos. El secreto profesional de los abogados es, en últimas, necesario para que las personas gocen de su libertad, porque sin el secreto profesional yo no daría toda la información confidencial a mi abogado y sin su asesoría mi libertad podría verse afectada.

No obstante, lo que sostiene Simon (2017) es que, si bien el acceso al conocimiento jurídico es importante para gozar de libertad, esto no implica aceptar que el acceso al conocimiento jurídico debe ser gratuito o sin condición alguna. Siempre hay un costo en acceder al conocimiento jurídico; de hecho, la mayoría de las sociedades contemporáneas contemplan el acceso a los abogados como parte de un mercado privado: en la gran mayoría de casos hay que pagar para acceder a un abogado (y con ello al conocimiento jurídico que a su vez me permite ejercer mi libertad). Si hay limitaciones al acceso al conocimiento jurídico (de hecho, muchas personas no pueden acceder a un abogado) también podríamos pensar en otros costos. Un posible costo sería el de arriesgarme a que mi abogado revele infidencias que yo le confieso. Este costo sería uno entre otros que ya existen para acceder a la justicia.

En este punto es importante señalar que la revelación de información confidencial por parte de los abogados no se da como un capricho. La revelación encuentra su justificación en la protección de otros bienes jurídicos de terceros. Es cierto que los abogados tienen unos deberes de lealtad y parcialidad con sus clientes. No obstante, también es cierto que tienen una obligación con la justicia y los derechos de terceros. El abogado debe hacer un esfuerzo por armonizar la autonomía de su cliente con la de terceros; eso, según Simon, es la justicia.

La regulación estricta del secreto profesional, es decir, aquella que no contempla excepciones a la confidencialidad o que de contemplarlas son casi inaplicables (como ocurre en México), despoja el ejercicio del derecho de cualquier reflexión ética. La norma le arrebató al abogado la posibilidad o el deber de deliberar sobre la razón de ser de sus actuaciones. Asimismo, se constituye en una mordaza que fácilmente silencia a los abogados y los vuelve (quieran o no) silenciosos cómplices de las actuaciones delictivas de sus clientes.

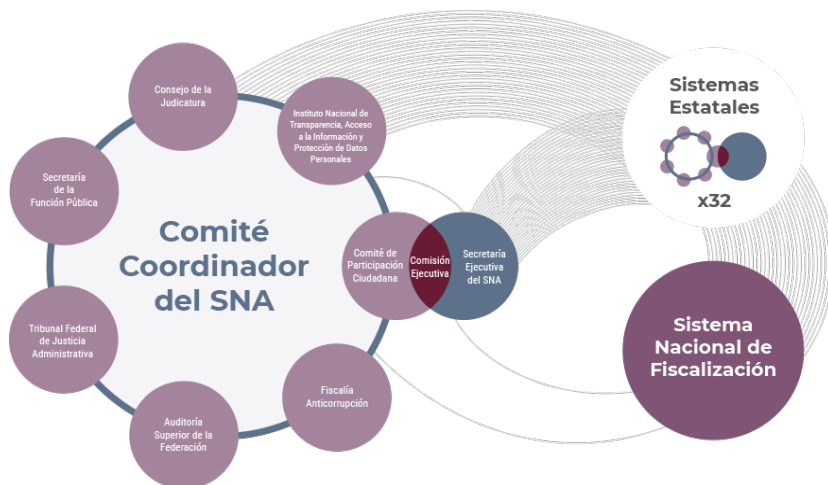
Además de los diseños institucionales y el compromiso político para luchar contra la corrupción, también se puede hacer un llamado a que la profesión jurídica luche contra ella. Sin duda, muchas de las telarañas bajo las que se estructuran actos de corrupción tienen un barniz jurídico. Algunos abogados aplican ese barniz con gusto y siendo conscientes de lo que están haciendo; otros se abstienen de hacerlo, pero no pueden denunciar las intenciones de sus clientes

justo por una interpretación exacerbada del deber de confidencialidad. Abrir la conversación y tomarse en serio los argumentos que se han expuesto en otras jurisdicciones para repensar el valor de la confidencialidad y calibrar el punto exacto donde sus costos y beneficios están equilibrados, debería ser una tarea prioritaria en la lucha contra la corrupción.

3. CORRUPCIÓN Y SISTEMA MEXICANO ANTICORRUPCIÓN

El 27 de mayo de 2015, mediante una reforma constitucional, se aprobó el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA). De manera subsecuente, en diciembre de 2015, el exgobernador Javier Duarte de Ochoa promovió en el Congreso del Estado de Veracruz una reforma para crear un Sistema Estatal Anticorrupción, con el objetivo de protegerse por la malversación de fondos públicos (Galindo, Padilla & Andrade, 2019, p. 372). Este “paquete de impunidad” fue demandado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entidad que anuló 6 decretos tras considerar que los congresos estatales no tenían atribuciones para crear normas afines antes de aprobarse las leyes del Sistema Nacional Anticorrupción (Galindo, Padilla & Andrade, 2019, p. 373).

Aunque el SNA se edifica sobre 4 pilares (Olvera & Galindo, 2019, p. 14): (i) Secretaría de la Función Pública (SFP), (ii) Auditoría Superior de la Federación (ASF), (iii) Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción (FECC) y (iv) Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA), en su estructura se encuentran otras entidades que permiten el engranaje de sus funciones, como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico 1. Estructura del SNA

Fuente: <https://sna.org.mx/que-hacemos/>

Es importante señalar que el SNA fue creado en respuesta a los escándalos de corrupción en el ambiente político mexicano (Bautista, 2015, p. 11) y bajo la presión de organizaciones de la sociedad civil (Olvera & Galindo, 2019, p. 14). En el glosario contenido en el Censo Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales Federal del año 2017, se define que el SNA es

una instancia de coordinación y deliberación que tiene como objetivo la organización de los esfuerzos de cooperación, colaboración, promoción, difusión y articulación permanente en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, de conformidad con lo señalado en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y demás normatividad aplicable.

Así, el SNA busca homogeneizar y coordinar a las autoridades locales y federales para combatir la corrupción, desde tres órbitas diferentes: (i) prevención, (ii) investigación y (iii) sanción.

La constitución del SNA es un esfuerzo importante para combatir la corrupción, ya que la investigación exitosa de estos asuntos requiere no solo de una especialización técnica, sino también de una

coordinación institucional (Uprimny, 2001, p. 274). En todo caso, insistimos que no basta con investigar, sino que es imperante prevenir la comisión de estos delitos.

Ahora bien, la ubicación geográfica de México es un factor determinante para describir la complejidad de su corrupción, colindando al norte con el país más influyente geopolíticamente a nivel global (mercado cotizado por el crimen organizado), y al sur con una región subdesarrollada económicamente (Nieto, 2019, p. 335) que requiere del tránsito por el territorio mexicano para llegar a su objetivo: el sueño americano.

Otra característica en este país es que la corrupción ha sido utilizada como una herramienta de poder (Nieto, 2011). Sobre esto último, Avendaño y Chávez (2019), al analizar casos emblemáticos de la corrupción en México —dentro de los cuales se encuentra el caso Duarte, junto con la operación “*safiro*”¹¹ y la “*estafa maestra*”—, identifican un hilo conductor que tiene como elemento fundamental la interacción de estructuras legales e ilegales, así como la transacción de beneficios a cambio de control político (p. 27). Empero, el caso Duarte es solo uno, respecto de los gobernadores involucrados en asuntos de corrupción y crimen organizado en México (Nieto, 2019, p. 341), pero sus características permiten construir un análisis de la forma como se concreta la corrupción en el ambiente político mexicano, lo que no solo denota una realidad y la elaboración de un diagnóstico, sino que también permite elaborar programas de prevención del delito, como respuesta de política pública.

Dentro de este factor político, la prensa advierte que Duarte dio dinero a la campaña presidencial de Andrés Manuel López Obrador en 2012 y financió la campaña electoral de Peña Nieto, de quien, según lo narrado por Duarte en una declaración judicial rendida el 4 de enero de 2020, recibió instrucciones sobre la solicitud de licencia y posterior huida (Arteaga, 2020).

¹¹ “Dicha operación consistió en el desvío de miles de millones de dólares a las campañas de presidenciales de 2012 y gubernamentales de 2016, de fondos públicos provenientes de los Estados, principalmente de Veracruz (Duarte de Ochoa), Chihuahua (César Duarte), Quintana Roo (Roberto Borge), Estado de México (Eruviel Ávila) y Nuevo León (Rodrigo Medina)” (Arteaga, 2020).

4. LA JUDICIALIZACIÓN DEL CASO DUARTE Y LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS IMPUESTAS

En el año 2016, debido a los señalamientos en su contra por enriquecimiento ilícito y corrupción, Javier Duarte solicitó una licencia y no retornó al ejercicio de sus funciones como Gobernador de Veracruz. El Gobierno interino de Flavino Ríos Alvarado es acusado de haber facilitado un helicóptero estatal para la fuga (Roldán, 2017). No se tuvo conocimiento de su paradero hasta abril de 2017, cuando fue capturado en Guatemala, en virtud de la orden de aprehensión fechada 13 de octubre de 2016 (causa penal número 97/2016). Posteriormente, fue extraditado a México con la colaboración de la INTERPOL.

Empero, se habían hecho varias acusaciones en su contra, entre ellas por el delito de delincuencia organizada, el cual fue retirado posteriormente por la PGR, comprobándose en definitiva un desfalco que asciende a los 70.000 millones de pesos mexicanos. En el trámite de la investigación se aseguraron varias cuentas bancarias en las que aparecía Duarte como titular. Son varias las críticas en contra de la PGR, por la incapacidad para judicializar adecuadamente estos actos y los lineamientos de la negociación penal frente a los mismos (MCCL, 2017).

Como se mencionó en la introducción, la modalidad delictiva evidenciada en el caso Duarte corresponde a la utilización de empresas fantasma. De estas empresas fantasma (400 aproximadamente) que fueron utilizadas en varios Estados, no solo en Veracruz, algunas fungían como “comparsas” en las licitaciones, aparentando competitividad entre los oferentes, pero en todo caso los contratos los obtenían otras empresas a las que se encontraban ligadas (actos restrictivos de la competencia). En otras oportunidades se emitían facturas sin contar con instalaciones, infraestructura ni empleados y finalmente, algunas no pudieron acreditar la entrega de la mercancía o los servicios para los cuales fueron contratadas (Olmos, 2016).

Algunas de estas empresas se observan en el siguiente gráfico:

Gráfico 2. Empresas fantasmas de Duarte favorecidas en 2012



Fuente: Ángel, et al., 2020.

La sentencia condenatoria, adoptada dentro de un procedimiento abreviado en el que Duarte aceptó su responsabilidad como autor material de los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita y asociación delictuosa, contempla una pena privativa de la libertad de 9 años y una pena pecuniaria¹² de 58.890 pesos (Angel, 2020). Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación estudia en la actualidad un recurso de revisión interpuesto por la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) con miras a determinar la legalidad de la pena impuesta a Duarte (Infaboe, 2020), conviene subrayar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 553 Código Federal de Procedimientos Penales, este último podrá solicitar la conmutación y

¹² La multa es una pena que no debe confundirse con la reparación del daño.

reducción de sanciones y cesación de sus efectos, lo que conllevaría una reducción de su pena a la mitad (4.5 años). Esto último genera serios reproches frente a la proporcionalidad de las penas.

Así, la delimitación de la sanción, dada por los límites mínimos y máximos que se establecen en cada norma penal, si bien deben responder a los criterios constitucionales que cobijan al principio de proporcionalidad, también debe adecuarse a pautas propias dadas por el derecho penal. Para comenzar, se deberá analizar la relevancia del bien jurídico tutelado. Partiendo de la concepción de bien jurídico, el legislador decide qué conductas sociales deben ser llevadas a la esfera penal y por lo tanto sancionadas. La determinación de la sanción penal depende de la categoría y jerarquización de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Por lo tanto, atendiendo a la importancia y relevancia de un determinado bien jurídico, la determinación de los límites máximos y mínimos de la sanción deberá obedecer a si el delito es considerado en la sociedad de mayor trascendencia, lo que indudablemente se traduce en un mayor quantum punitivo, y a medida que disminuye o decrece dicha importancia, evento en el cual el quantum punitivo determinado en abstracto por el legislador también deberá disminuir o decrecer. Como se ha venido exponiendo, los delitos contra la administración pública son graves, en la medida que afectan la legitimidad de la función de los encargados y la destinación de los bienes públicos.

Posteriormente, se encuentra el grado de afectación al bien jurídico tutelado. Este criterio está intrínsecamente relacionado con el desvalor de resultado de la acción y más propiamente con el principio de lesividad. Es claro que algunas conductas menoscaban en un mayor grado a los bienes jurídicos protegidos. Por ello, el principio de lesividad se ha explicado con base en el siguiente axioma: *nulla necessitas sine iniuria*, que busca principalmente responder a la pregunta de ¿cuándo prohibir? y ¿cómo prohibir? (Ferrajoli, 1995, pp. 93 y 466). En este punto es importante tener en cuenta el monto de la malversación en el caso Duarte: 70.000 millones de pesos mexicanos.

Finalmente, el concepto está dado a partir de la necesaria lesión o puesta en peligro que se produce en un determinado bien jurídico por la conducta descrita en la norma penal. Todo lo anterior debe tenerse en cuenta al analizar la pena impuesta en el caso Duarte, cuya

afectación a la función pública y al tesoro del Estado fue significativa, razón por la cual la sanción en su contra no se muestra como proporcional frente a la responsabilidad atribuida en su contra. Esto permite evidenciar lo desarrollado por la criminología crítica, en cuanto la intensidad de los procesos de criminalización no depende del daño social generado sino del lugar ocupado en la escala social (Baratta, 2004, p. 362).

Insistimos, tanto la pena privativa de la libertad, como la pena pecuniaria, han sido criticadas, entre otros, por los opositores al PRI y la prensa, atendiendo a que el desfalco alcanzó una suma importante (Zavaleta, 2020). En todo caso, es preciso señalar que esa pena obedece al procedimiento abreviado y los beneficios que se otorgan a cambio por la aceptación de la responsabilidad (Sánchez & Hernández, 2018). Esta dinámica se enmarca en los parámetros de negociación comprendidos en las figuras del guilty plea y plea bargaining (Ferrajoli, 1995, pp. 568-569; Malone, 2020), que flexibilizan la tendencia punitivista, a cambio de otros fines procesales, como la reducción de los costos de funcionamiento de la administración.

5. CONCLUSIONES

El caso Duarte hace parte de un gran entramado de corrupción padecido en el contexto mexicano, en el cual participan las altas esferas del poder político, en detrimento del erario. Las características de este caso permiten entender este comportamiento, con base en los postulados de la delincuencia de cuello blanco. Esto, por cuanto se utilizó una posición política para defraudar las finanzas del Estado de Veracruz, en donde participaron otros protagonistas de la política mexicana y cuyo poder incluso fue determinante para adoptar legislaciones de excepción, en procura de asegurar la impunidad. Adicionalmente, algunos de los recursos malversados vuelven a las manos de la política, como inyección de capital necesaria para el financiamiento de las campañas políticas y la perpetuación en el poder. También fue útil ese poder para facilitar la fuga de Duarte, suministrando un helicóptero estatal, y para evadir la acción de las autoridades por un largo tiempo.

Aunque en contra de Javier Duarte pesa una sentencia condenatoria, el debate judicial no se encuentra zanjado ante la procedencia

de recursos. También debemos valorar el debate extrajudicial. Así, la malversación de fondos públicos genera un fuerte rechazo social, que, sin embargo, no se extiende a las altas esferas del poder, conforme los lineamientos teóricos de la delincuencia de cuello blanco, aceptándose en este último ámbito esta clase de comportamientos, como algo normal. Esto a pesar de que el daño ocasionado con estos comportamientos puede incluso victimizar más personas que algunos delitos que consideramos graves, atendiendo la destinación de los recursos públicos, que no logra concretarse por los actos de corrupción.

La participación de los abogados en estos entramados delictivos es clave, utilizando sus conocimientos jurídicos para concretar estos comportamientos. En este punto debe prestarse atención a los criterios éticos de la profesión y la extrema rigurosidad con que se regulan sus obligaciones de confidencialidad derivadas de su mandato, con miras a reevaluar las estrategias de persecución penal, en procura de evitar la impunidad.

Finalmente, en el ámbito punitivo es imprescindible valorar la proporcionalidad de las penas con base en el daño ocasionado, sobre todo cuando se recurre a la justicia negociada, teniendo en cuenta los fines de la pena y dentro de estos, enfatizando en la satisfacción de los derechos de las víctimas, que en estos comportamientos extienden sus efectos en contra de toda la comunidad. El eficientismo, que habilita la aceptación de cargos y la justicia premial, debería ser diferenciada para esta clase de delitos, en los que una pena de 9 años (en abstracto), y multas que apenas suponen el 0,000008% de un total de miles de decenas de millones de pesos objeto de desfalco son, sin duda, irrisorias, por no utilizar otros calificativos.

REFERENCIAS

Doctrina

- Acevedo, A. & Villabona, J. (2020). La prensa como fuente documental para el análisis y la investigación social. *Historia y Memoria*, 20, 347-373.
- Ángel, A. (2017). *Duarte. El Priista perfecto*. Ciudad de México, México: Grijalbo.
- Anzola, S. (2019). *El Malestar en la Profesión jurídica: Tensiones entre la ética persona y profesional de los Abogados*. Bogotá, Colombia: Uniandes.

- Avendaño, F. & Chaves, I. (2019). *El arte de la simulación: Casos emblemáticos de corrupción en México*. Banco Interamericano de Desarrollo. [Disponible en: [https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3936/Repor_Mayo_%202020_Avenda%
c3%b1o_y_Ch%c3%a1ves.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3936/Repor_Mayo_%202020_Avenda%c3%b1o_y_Ch%c3%a1ves.pdf?sequence=4&isAllowed=y)]
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídica penal*, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Bautista, O.D. (2015). *Componentes para un sistema nacional anticorrupción desde un enfoque ético. Cuadernos de ética para servidores públicos No. 18*, México: Universidad Autónoma del Estado de México y Poder Legislativo del Estado de México.
- Bergalli, R. (1983). La instancia judicial. En R. Bergalli, J. Bustos, C. González, T. Miralles, A. De Sola, & C. Viladas, *El pensamiento criminológico, Vol. 2, Estado y control* (pp. 73-94). Bogotá, Colombia: Temis.
- Bustos, J. (1983). La criminología. En: R. Bergalli, J. Bustos & T. Miralles, *El pensamiento criminológico, Vol. 1, Un análisis crítico* (pp. 15-26). Bogotá, Colombia: Temis.
- Cid, J. y Larrauri, E. (2001). *Teorías criminológicas*. Barcelona, España: Bosch.
- De Giorgi, A. (2006). *El Gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- Fernández, C. (2017). ¿Necesitan ser los delincuentes de cuello blanco resocializados?: una aproximación crítica a las limitaciones del término «resocialización» a partir de la experiencia española. *Configurações. Revista de sociologia*, 20, 45-58.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
- Galindo, J., Durán, A. & Andrade, V.M. (2019). Implementación del sistema estatal anticorrupción: El caso de Veracruz. En A.J. Olvera, & J. Galindo (Coord.), *Narrativas de los Sistemas Estatales Anticorrupción en México. Reflexiones desde lo local* (pp. 366-381). Ciudad de México, México: Universidad Veracruzana y Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Hernández, N. (2018a). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Universidad EAFIT.
- Hernández, N. (2018b). Cine y teorías criminológicas. *Revista Academia & Derecho*, 9(16), 185-212.
- Hernández, P. (2017). Consideración teórica sobre la prensa como fuente historiográfica. *Historia y comunicación social*, 22(2), 465-477.

- Huntington, S.P. (1996). *El orden político en las sociedades en cambio*. Barcelona, España: Paidós Ibérica.
- Larrauri, E. (2015). *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid, España: Trotta.
- Larrauri, E. (1991). *La herencia de la criminología crítica*. Madrid, España: Siglo XXI Editores de España.
- Malone, C. (2020). Plea Bargaining and Collateral Consequences: An Experimental Analysis. *Vanderbilt Law Review*, 73(4), 1161-1208.
- Myint U. (2000). Corruption: Causes, Consequences and Cures. *Asia-Pacific Development Journal*, 7 (2), 33-58.
- Müller, O.A. (2012). La responsabilidad civil del servidor público en el combate a la corrupción. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 57(214), 165-185.
- Nieto, N. (2019). La geopolítica de la corrupción en México. *Anuario Latinoamericano-Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 7, 329-350.
- Nieto, N. (2011). La socialización de las élites políticas mexicanas a través de la corrupción. *Análisis Político*, 71, 165-182.
- Olvera, A.J. & Galindo, J. (2019). Introducción. En A.J. Olvera & J. Galindo (Coord.), *Narrativas de los Sistemas Estatales Anticorrupción en México. Reflexiones desde lo local* (pp. 7-28). Ciudad de México, México: Universidad Veracruzana y Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Piña, U. (2010). *La extinción de dominio: análisis en Latinoamérica, institucionalización constitucional en México y bases para su desarrollo legal*. Ciudad de México, México: Popocatépetl.
- Rochvarg, A. (2003). Enron, Watergate and the Regulation of the Legal Profession. *Washburn Law Journal*. 43, 61-90.
- Simon, W. (1998). *The practice of justice a theory of lawyers' ethics*. Cambridge, EE.UU.: Harvard University Press.
- Simon, W. (2017). Attorney-Client Confidentiality: A Critical Analysis. *Georgetown Journal of Legal Ethics* 30, p. 447.
- Sutherland, E. (1949). *White Collar Crime*. New Haven, EE.UU.: Yale University Press.
- Sykes, G. & Matza, D. (1957). Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review*, 22(6), 664-670.
- Terradillos, J.M. (2019). Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español. *Nuevo Foro Penal*, 15(93), 11-49.
- Uprimny, R. (2001). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En B. De Souza & M. García (Eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo I* (pp. 261-316). Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores.

- Vázquez, R. (2007). Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 205-216.
- Von Hirsch, A. (1998). *Censurar y Castigar*. Madrid, España: Trotta.
- Zúñiga, L. (2018). Corrupción y la categoría “delito de cuello blanco”: cuando los delitos se cometen en contextos normalizados. *Ius et veritas*, 57, 162-169.

Otras referencias

- Ángel, A., Durán, V., Sandoval, F. & Olmos, R. (31 de mayo de 2018). En 2012 Duarte entregó millonarios recursos a los mismos empresarios que financiaron ilegalmente al PRI. *MCCI*. [Disponible en: <https://contralacorrupcion.mx/red-karime-duarte/duarte-entrego-millonarios-recursos.html>]
- Ángel, A. (18 de mayo de 2020). Tribunal confirma condena de 9 años de cárcel a Javier Duarte, aunque frena decomiso de bienes. *Animal Político*. [Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/2020/05/tribunal-confirma-condena-javier-duarte-bienes/>]
- Arteaga, V.H. (6 de enero de 2020). 4 cosas que debes saber del proceso de Javier Duarte. *El Financiero*. [Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/deadline-victor-hugo-arteaga/4-cosas-que-debes-saber-del-proceso-de-javier-duarte1>]
- Forbes Staff. (18 de mayo de 2020). Ratifican condena de 9 años de prisión a Javier Duarte; revocan decomiso de 40 propiedades. *Forbes México*. [Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/noticias-ratifican-condena-de-9-anos-de-prision-a-javier-duarte-revocan-decomiso-de-40-propiedades/>].
- Infobae. (22 de junio de 2020). Suprema Corte examinará el amparo que fue otorgado a Javier Duarte al respecto de su sentencia. *Infobae*. [Disponible en: <https://www.infobae.com/america/mexico/2020/06/22/suprema-corte-examinara-el-amparo-que-fue-otorgado-a-javier-duarte-al-respecto-de-su-sentencia/Politipedia/>]
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2017). *Censo Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales Federal 2017. Marco Conceptual*.
- MCCI. (Productor). (2017). #nossiguenrobando: la incapacidad de la PGR en el caso de Javier Duarte [VIDEOblog]. [Disponible en: <https://contralacorrupcion.mx/videoblog11/>]
- Naciones Unidas (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*.
- Olmos, R. (7 de diciembre de 2016). Surgen otras 45 empresas ‘fantasma’ de Javier Duarte. *MCCI*. [Disponible en: <https://contralacorrupcion.mx/surgen-otras-45-empresas-fantasma-de-javier-duarte/>]

- Politipedia. (s.f.). Currículum: ¿quién es Javier Duarte? *Politipedia*. [Disponible en: <https://intoleranciadiario.com/data/javier-duarte/bio/>]
- Roldán, I. (18 de abril de 2017). Los actos de corrupción que la justicia debe aclarar con la caída de Duarte. *MCCI*. [Disponible en: <https://contralacorrupcion.mx/los-actos-de-corrupcion-que-la-justicia-debe-aclarar-con-la-caida-de-duarte-2/>]
- Sánchez, G. & Hernández, A. (1 de octubre de 2018). La sentencia de Javier Duarte. Un análisis legal. *Nexos. El juego de la Suprema Corte*. [Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9034>]
- Zavaleta, N. (22 de mayo de 2020). Colectivo Solecito exige juzgar a Javier Duarte por desaparición forzada. *Proceso*. [Disponible en: <https://www.proceso.com.mx/631283/colectivo-solecito-exige-juzgar-a-javier-duarte-por-desaparicion-forzada>]

Segunda Parte

**LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE
A LA CORRUPCIÓN EN LOS
ORDENAMIENTOS JURÍDICOS
IBEROAMERICANOS**

Capítulo IV

ARGENTINA

Leandro A. Dias
José R. Béguelin*

INTRODUCCIÓN

No es ninguna novedad que en los últimos años se ha producido una mayor consciencia respecto de la gravedad de los hechos de corrupción (Kuhlen, 2018, p. 1; Carnevali & Artaza, 2016, pp. 54 y ss.)¹. Puntualmente, se percibe en el ambiente una tendencia internacional a llevar adelante una “lucha contra la corrupción”, cuyo objetivo de política criminal es la prevención y sanción de estas prácticas². Esta meta, instada no en último término por distintos organismos internacionales, ha generado, por un lado, un incremento de los procesos penales por hechos de corrupción en los más diversos países³. La República Argentina no es una excepción a la regla y prueba de esto es el “escándalo” que tuvo lugar hace poco más de un año (Politi, 2018), a partir de la investigación de una supuesta multiplicidad de actos de corrupción que involucran a ex funcionarios y a distintos empresarios. Seis meses más tarde, veintiocho de ellos estaban alojados en cárceles, bajo prisión preventiva (Alfie, 2018). Por otro lado, esta mayor cantidad de procesos judiciales dio lugar al nacimiento, primero en Alemania y en los últimos tiempos también en los países de habla

* Los autores agradecen la colaboración de las asistentes de cátedra Clara Rombolá (UBA) y Agustina Szenkman (UBA) en la búsqueda de fuentes.

¹ Para una discusión sobre la definición de corrupción, véase Kindhäuser (2007), p. 6 (vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido).

² Sobre el tema, y con especial hincapié en cómo esa lucha se ha trasladado también hacia la llamada corrupción en el ámbito privado, Bolea Bardón (2013), pp. 3 y ss.

³ Véase, a modo de ejemplo, los casos de América Latina reseñados en Ramos Rollón & Álvarez García (2019). Para un panorama de la situación en Alemania y en Iberoamérica (en especial, España), Kuhlen *et al.* (2018).

hispana, de lo que se conoce como “derecho penal de la corrupción”: una subdisciplina penal encargada de estudiar en detalle los aspectos procesales y sustantivos de los hechos punibles cometidos a través de actos de corrupción (Kuhlen, 2018, pp. 1 y ss.; Geisler, 2013; Walther, 2010, pp. 511y ss).

A partir de este marco debe ser analizada la política criminal reciente que fue adoptada en la República Argentina para combatir el fenómeno de la corrupción, el que, por cierto, no la posiciona nada bien en el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional (2018)⁴; en los siguientes apartados se realizará esta tarea al menos parcialmente. Resulta evidente que la política criminal de un país en un tema tan importante como la corrupción, abarca medidas llevadas a cabo por los distintos poderes del Estado, que involucran cuestiones tan disímiles como la creación y modificación legislativa de delitos, el establecimiento de organismos especializados para la investigación de ciertos hechos o las medidas de control de nivel administrativo⁵. Por consiguiente, un análisis que abarque la política criminal que se ha llevado a cabo en la República Argentina merecería todo un libro. Es necesario, entonces, un recorte. En los siguientes apartados, tras una breve descripción de los actores encargados de la investigación y persecución de la corrupción en la Argentina (apartado 2), serán estudiadas tres políticas legislativas vinculadas al derecho penal que han tenido lugar en los últimos años en la Argentina y que tienen como foco la tarea de combatir la corrupción (apartados 3-4) y serán analizados dos de los tipos penales que han tenido, comparativamente, un mayor incremento en su aplicación por parte de órganos acusadores y jueces, esto es, el enriquecimiento ilícito y el lavado de activos (apartado 6). Finalmente, se ofrecerá un breve balance (apartado 7).

⁴ La Argentina se halla cerca de mitad de tabla, en el puesto 85/180 y con un puntaje de 40/100.

⁵ En este sentido, véase el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), que establece que cada Estado Parte “adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otro índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos”.

1. ACTORES PRINCIPALES DE LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA ARGENTINA

Antes de analizar las medidas de derecho penal y procesal penal concretas que se han tomado en los últimos años y que afectan de modo decisivo la política criminal en materia de corrupción es necesario brindar un breve panorama respecto de los principales actores de la investigación y persecución penal de la corrupción en la Argentina. Esto se debe a que estos actores son los que, en mayor o menor medida, implementan en la práctica las distintas medidas de carácter penal.

Al respecto, debe decirse que en la Argentina hay una gran cantidad de organismos que cumplen las funciones señaladas, no solo en el marco del Ministerio Público Fiscal y el Poder Judicial, sino también en el Poder Ejecutivo. Respecto de los primeros, por ejemplo, coexisten veinticinco sistemas distintos de investigación y enjuiciamiento: el de las veintitrés provincias, más el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de la llamada “justicia federal” (Carrara, 2017, p. 107). Por esa razón, un análisis exhaustivo de todos los actores que podrían tener un impacto en la política criminal argentina en materia de corrupción requeriría de una monografía aparte (para un análisis global de la problemática en Argentina) (Rusca, 2012). En los siguientes apartados, no obstante, se ofrecerá un panorama de cuatro actores que, a criterio de los autores, resultan especialmente importantes para la ejecución de la política criminal⁶.

1.1. Descripción de funciones y objetivos de la PROCELAC

La Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) es una procuraduría especializada en criminalidad organizada de la Procuración General de la Nación, que fue creada en el año 2012 por la resolución PGN n.º 914/12 como una estrategia para lograr perseguir eficientemente la criminalidad económica organizada, que impactaba de manera relevante en el Estado nacional, en sus

⁶ Para un análisis de otros organismos de control, véase Garrido (2017), pp. 259 y ss.

rentas y, en definitiva, en la sociedad en su conjunto. Uno de los principales motivos que justificó su creación fue la alteración del contexto socioeconómico y el consecuente incremento de las herramientas de prevención y represión de la delincuencia transnacional, que tornaron cada vez más complejos los delitos de naturaleza económica (Pérez Barberá, 2017, pp. 318 y ss.).

Así, el refinamiento y la sofisticación del delito económico generó un renovado riesgo para el marco normativo que regulaba el sistema económico y a cuya salvaguarda se había comprometido la República Argentina mediante la celebración de diversos tratados internacionales abocados a la lucha contra la corrupción. De este modo, el bajo impacto en la persecución de los casos complejos de criminalidad económica y el notable déficit en la obtención de respuestas judiciales efectivas en tiempo razonable revelaron la necesidad de adoptar nuevas estrategias, desarrollos y arreglos institucionales que potenciaran la capacidad investigativa y la eficacia de la persecución penal en la materia.

La PROCELAC actualmente está al mando de dos Fiscales Generales encargados de coordinar y dirigir la actuación de seis áreas operativas: 1) “Lavado de activos y Financiamiento del Terrorismo”, 2) “Fraude Económico y Bancario”, 3) “Mercado de Capitales”, 4) “Delitos Tributarios y Contrabando”, 5) “Delitos contra la Administración Pública”, y 6) “Concursos y Quiebras”. La actuación principal de cada área está orientada a brindar asistencia y cooperación a las fiscalías de primera instancia en la investigación y persecución de estas nuevas y complejas formas de criminalidad económica (Argibay Molina, 2017, p. 135).

Como puede observarse, la creación de esta procuraduría tuvo lugar hace relativamente poco tiempo, por lo que recién en unos años será posible hacer un análisis de su actividad. Por lo pronto, puede decirse que una oficina del Ministerio Público Fiscal especializada en criminalidad organizada en general, lo que incluye delitos de corrupción, pero no únicamente, resulta bienvenida y puede llegar a generar buenos resultados en la investigación y persecución de hechos complejos (Pérez Barberá, 2017, p. 319). Sin embargo, ya es posible señalar una cuestión importante que incide en el análisis de la política criminal de la corrupción. Puntualmente, la PROCELAC está faculta-

da para llevar a cabo investigaciones preliminares y formular denuncias por los delitos respecto de los cuales es competente. Por tanto, su actuación en otras instancias de las causas depende de la colaboración con las distintas fiscalías que llevan adelante los casos, por lo que eso puede llegar a generar un impedimento práctico. Además, la PROCELAC en principio no puede acceder a información secreta, como aquella alcanzada por secreto bancario, fiscal o bursátil. De ese modo, el material del que dispone la procuraduría es limitado y depende de un trabajo en conjunto con otros actores que intervienen en la investigación y persecución penal de hechos de corrupción (Argibay Molina, 2017, pp. 137 y ss.; Pérez Barberá, 2017, pp. 321 y ss.).

1.2. Descripción de funciones y objetivos de la UIF

Por su parte, la Unidad de Investigación Financiera (UIF) es el principal organismo argentino encargado de contribuir a la prevención y sanción del lavado de dinero, en especial de dinero proveniente de la corrupción, como se verá más adelante. La función principal de la UIF es prevenir, detectar y contribuir a la represión penal del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y a la recuperación de bienes producto del delito, con el fin de proteger la integridad del sistema financiero argentino y la economía en su conjunto. Paralelamente, también busca contribuir al orden público interno, a la paz y la seguridad internacional.

Fue creada por medio de la Ley n.º 25.246, cuyo art. 5º dispone: “[c]réase la Unidad de Información Financiera (UIF) que funcionará con autonomía y autarquía financiera en jurisdicción del Ministerio de Finanzas, la cual se regirá por las disposiciones de la presente ley”.

A la vez, el art. 6º regula sus funciones específicas y establece que “[...] será la encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir:

1. El delito de lavado de activos (artículo 303 del Código Penal), preferentemente proveniente de la comisión de:
 - a) Delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes (ley 23.737);
 - b) Delitos de contrabando de armas y contrabando de estupefacientes (ley 22.415);

c) Delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 *bis* del Código Penal o de una asociación ilícita terrorista en los términos del artículo 213 *ter* del Código Penal;

d) Delitos cometidos por asociaciones ilícitas (artículo 210 del Código Penal) organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales;

e) Delitos de fraude contra la administración pública (artículo 174, inciso 5, del Código Penal);

f) Delitos contra la Administración Pública previstos en los capítulos VI, VII, IX y IX bis del título XI del Libro Segundo del Código Penal;

g) Delitos de prostitución de menores y pornografía infantil, previstos en los artículos 125, 125 *bis*, 127 *bis* y 128 del Código Penal;

h) Delitos de financiación del terrorismo (artículo 213 *quáter* del Código Penal);

i) Extorsión (artículo 168 del Código Penal);

j) Delitos previstos en la ley 24.769;

k) Trata de personas.

2. El delito de financiación del terrorismo (artículo 213 *quáter* el Código Penal).

En este marco, la UIF cumple dos funciones básicas. La primera se vincula con el análisis de la información brindada por los llamados “sujetos obligados”, con el fin de descubrir cuándo una acción sospechosa posiblemente esté encubriendo una maniobra de lavado de dinero. Además, la UIF también actúa como parte querellante en distintas causas judiciales, colabora con distintas investigaciones a pedido de la fiscalía y controla (con la posibilidad incluso de emitir sanciones) a los sujetos obligados (Carrara, 2017, p. 109).

Este organismo resulta particularmente importante para la política criminal argentina en materia de corrupción no solo porque el lavado es un delito tradicionalmente asociado a hechos de corrupción, sino que además en los últimos años la UIF se ha concentrado, en gran medida, en el lavado de dinero proveniente de la corrupción de funcionarios públicos. Más allá de que esto puede llegar a generar problemas en cuanto a la persecución del lavado de dinero en general (Carrara, 2017, p. 112), lo cierto es que una especialización y concentración de recursos en casos de corrupción puede colaborar al esclarecimiento de esta clase de hechos en un momento en el que existe una necesidad de abordar esta problemática.

De todos modos, en los últimos años la UIF ha recibido distintas críticas, vinculadas no solo con los posibles conflictos de intereses de sus autoridades (Carrara, 2017, p. 111), sino especialmente con una flexibilización de los controles. En particular, se objeta la política de la UIF de haberles comunicado a las entidades bancarias la necesidad de prescindir de información tributaria de los clientes, en particular, de declaraciones juradas, lo que podría llegar a dificultar el descubrimiento de maniobras de lavado que, eventualmente, podrían tener origen en un acto de corrupción (Pérez Barbera, 2017, pp. 321 y ss.).

1.3. Descripción de funciones y objetivos de la PIA

La Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA), al igual que la PROCELAC, integra la Procuración General de la Nación, y se encarga de la investigación de hechos de corrupción y de irregularidades administrativas cometidas por agentes de la administración nacional, lo que la convierte en uno de los organismos más importantes en la materia (Giullitti & Lavin, 2017, p. 244). Fue creada en el año 2015, con la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (N.º 27.148/15), y reemplazó a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA), que en los años anteriores había recibido un recorte de funciones en 2008 por medio de la Resolución PGN N° 147/08.

Los deberes y facultades de la PIA son promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación. Además de investigar estos casos de su competencia, puede colaborar en otras investigaciones cuando le sea requerido. También puede llevar a cabo investigaciones en instituciones o asociaciones que tengan como principal fuente de recursos el aporte estatal en caso de sospecha razonable de que se esté incurriendo en irregularidades en la inversión de los recursos estatales (arts. 24, 27 y 28 de la Ley N° 27.148).

Desde su creación, las autoridades de la PIA emprendieron la tarea de modernizar las estructuras de la procuraduría y revertir ciertos problemas generados por la cantidad de años en los que careció de una dirección. Quizá el cambio más destacado se vincula con la incorporación de criterios asociados a la importancia del caso, para de ese modo centrar la actuación de la procuraduría en casos significativos

y dejar de lado la investigación de supuestos de bagatela (Resolución PGN N.º 757/16). Esto dio lugar no solo a una reducción de la cantidad de casos, sino también a un mayor énfasis en los penales, en detrimento de la investigación de meras infracciones administrativas. A su vez, se mejoraron cuestiones relativas a la comunicación al público de las tareas realizadas por la PIA, a través de su página web, y se reforzó el equipo de fiscales (Garrido, 2017, p. 276).

Al igual que respecto de la PROCELAC, todavía no es posible realizar una evaluación integral de la actuación de esta procuraduría, en virtud de que ha sido creada (o, mejor dicho, reformada) recientemente. El establecimiento y fortalecimiento de estas procuradurías especializadas, con el fin de contribuir a la investigación y sanción de hechos y corrupción, es por supuesto bienvenida. Pero habrá que ver en los próximos años si se alcanzan en la práctica los objetivos establecidos al momento de crear estos organismos.

1.4. Descripción de funciones y objetivos de la OA

La Oficina Anticorrupción (OA) se creó por medio del decreto presidencial n.º 102/99. Su funcionamiento está a cargo del Secretario de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y su principal objetivo es velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que dentro del ámbito fijado por esta reglamentación se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley N.º 24.759 (art. 1.º, dec. n.º 102/99).

El art. 2.º del decreto describe las competencias de la OA, que son:

- a) Recibir denuncias que hicieran particulares o agentes públicos que se relacionen con su objeto;
- b) Investigar preliminarmente a los agentes a los que se atribuya la comisión de alguno de los hechos indicados en el inciso anterior. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Oficina Anticorrupción y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga;
- c) Investigar preliminarmente a toda Institución o Asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospe-

- cha razonable sobre irregularidades en la administración de los mencionados recursos;
- d) Denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos;
 - e) Constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado, dentro del ámbito de su competencia;
 - f) Llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos;
 - g) Evaluar y controlar el contenido de las declaraciones juradas de los agentes públicos y las situaciones que pudieran constituir enriquecimiento ilícito o incompatibilidad en el ejercicio de la función;
 - h) Elaborar programas de prevención de la corrupción y de promoción de la transparencia en la gestión pública;
 - i) Asesorar a los organismos del Estado para implementar políticas o programas preventivos de hechos de corrupción.

En virtud de sus competencias, en los últimos años se depositaron grandes expectativas en la actuación de la Oficina Anticorrupción, no en última medida en virtud de la mayor visibilidad de los casos de corrupción. Sin embargo, y a pesar de los cambios de gobierno en la Argentina, la Oficina Anticorrupción mantuvo un defecto estructural muy importante: depende orgánicamente del Poder Ejecutivo Nacional, con subordinación al Ministerio de Justicia, por lo que carece de una verdadera independencia para investigar efectivamente los casos de corrupción en la administración pública (Giullitti & Lavin, 2017, p. 245; Garrido, 2017, p. 272).

De hecho, durante el último gobierno argentino se designó como titular de la OA a una política abiertamente oficialista, que centró su accionar en la elaboración de políticas preventivas y no en la investigación de los funcionarios de la administración pública (Garrido, 2017, p. 272). No resulta sorprendente, entonces, que la actuación de la OA en los últimos años haya generado distintas controversias, por la supuesta falta de independencia en el tratamiento de casos sensibles que podrían llegar a involucrar a funcionarios del gobierno de ese

momento (Garrido, 2017, p. 275). Habrá que ver si el nuevo gobierno decide resolver estos problemas estructurales de la OA, que ciertamente no contribuyen a investigar y sancionar eficiente y transparentemente la corrupción.

Más allá de estas críticas, lo cierto es que la OA también llevó a cabo distintas medidas positivas en los últimos años (Garrido, 2017, p. 274). Así, participó en la elaboración de distintos proyectos de ley, entre los que se incluye uno sobre la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas (sobre el devenir legislativo y la ley que en definitiva terminó aprobándose, véase el apartado 3 de esta contribución). Permitir la discusión de esos temas a partir de los mecanismos democráticos ha de ser visto como una buena contribución a la política criminal contra la corrupción. A su vez, se crearon distintas unidades de ética y transparencia en otras áreas de la administración pública, con el fin de mejorar los mecanismos para descubrir irregularidades, y se permitió el acceso por Internet a las declaraciones juradas de funcionarios públicos (Garrido, 2017, p. 274).

2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR HECHOS DE CORRUPCIÓN

2.1. *Estructura de la ley*

La primera gran medida legislativa que se ha tomado en la Argentina en los últimos años con miras a la lucha contra la corrupción es la sanción de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos de corrupción. Si bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas no era algo completamente desconocido, en virtud de que desde hace años existen regímenes especiales que permiten una sanción a personas jurídicas que podría ser equiparada a una pena “clásica”, p. ej. en el marco de los delitos aduaneros y del delito de lavado de activos (Montiel, 2018, p. 125; Sarrabayrouse, 2014, pp. 341 y ss; Lerman & Salvatori, 2020), lo cierto es que esta clase de atribución de responsabilidad no era aplicable a hechos de corrupción. La ley 27.401, aprobada el 8 de noviembre de 2017 por el Congreso de la Nación, viene a llenar ese vacío, lo que además era, al menos en cierto

sentido⁷, exigido por algunos instrumentos internacionales suscritos por la República Argentina, en particular la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en el marco de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el 17 de diciembre de 1997⁸. Por estas razones, esta ley representa uno de los esfuerzos legislativos más novedosos de los últimos años para adaptar el marco jurídico argentino a la necesidad actual de combatir la corrupción (Montiel, 2018, pp. 127 y ss.; Béguelin, 2019; Papa, 2018, p. 9).

Lo señalado puede corroborarse en el fin de la ley, que se expresa en los fundamentos del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación: “[e]l objetivo del régimen propuesto es dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la administración pública por medio de implementación de programas de integridad, y cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal”. Sin embargo, el posible cumplimiento de ese objetivo, ya en el nivel teórico, choca con dificultades.

Así, desde el comienzo no se puede hablar de un verdadero “régimen”, dado que las reglas no se aplican a todos los delitos vigentes en la República Argentina (ni siquiera a todos los delitos que podrían vincularse al “derecho penal de la corrupción”), sino solo a un listado. Esto se debió a vaivenes del trámite legislativo. Si bien el proyecto

⁷ Se incorpora este matiz, porque no es claro que las obligaciones internacionales impongan la instauración de responsabilidad *penal* de las personas jurídicas, sino que más bien la exigencia parecería centrarse en alguna clase de responsabilidad, que no necesariamente tiene que ser penal (Montiel, 2018, p. 128; Ortiz de Urbina Gimeno, 2013, p. 275; Silva Sánchez, 2013, p. 20).

⁸ Véase también la “presión” ejercida por el Grupo de Trabajo de la OCDE en el informe dedicado a la Argentina de marzo de 2017, en el que se manifestó preocupación por la ausencia de responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción: “The Phase 3 Report (paras. 49-53) expressed serious concerns that Argentina remained unable to impose liability against legal persons for foreign bribery. Argentina has corporate liability for tax offences, insider trading and other securities offences, money laundering, and terrorism financing, but not foreign bribery or corruption”, p. 17.

enviado por el Poder Ejecutivo contenía una lista de delitos, la Cámara de Diputados modificó el texto y votó a favor de establecer un “régimen de responsabilidad penal para los delitos previstos en el Código Penal de la Nación cometidos por personas jurídicas privadas” (Art. 1.º del proyecto de ley; Carrió & Reussi, 2018, p. 40), con lo que pretendía adoptar el llamado *all-crimes approach* (Montiel, 2018, p. 140). Empero, la Cámara de Senadores se decidió a favor de un listado cerrado de delitos de corrupción, que incluso fue más acotado que el originalmente propuesto por el Poder Ejecutivo⁹.

Esto ha generado ciertos problemas prácticos, en la medida en que esta ley de responsabilidad de personas jurídicas incorpora distintas disposiciones importantes, como el establecimiento de programas de cumplimiento como condición para una exención de responsabilidad (artículo 9, con remisión a los artículos 22 y 23), que solo son aplicables a los delitos establecidos en el listado. En cambio, estas prescripciones no son en principio aplicables a otros “régimenes” de responsabilidad penal de las personas jurídicas que también están vigentes en la Argentina, aunque la cuestión todavía no ha sido aclarada en la jurisprudencia. Se espera, entonces, un importante esfuerzo interpretativo para adaptar esta nueva ley al resto del ordenamiento jurídico argentino.

A su vez, debe señalarse que esta norma, en parte nuevamente por el devenir legislativo, no deja en claro cuál es el sistema de atribución de responsabilidad aplicable a las personas jurídicas. El proyecto original señalaba que se intentaría “responsabilizar a las personas jurídicas por un defecto en su organización interna” (Mensaje 127-2016, p. 1; Salvatori, 2018, p. 1.), lo que permitiría visualizar una toma de postura a favor de un modelo de auto-responsabilidad (Lerman & Salvatori, 2020). Por esa razón, se exigía, como requisito para responsabilizar a la persona jurídica, un control y supervisión inadecuados. Sin embargo, el artículo 2 de la ley 27.401, en su versión vigente,

⁹ Así, el art. 1.º de la ley 27.401 restringe su ámbito de aplicación a los siguientes tipos penales: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis, CP); b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265, CP); c) Concusión (art. 268, CP); d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados [arts. 268 (1) y (2), CP]; e) Balances e informes falsos agravados (art. 300 bis, CP).

parece implementar un sistema de hetero-responsabilidad o vicarial (Montiel, 2018, pp. 131 y ss.; Salvatori, 2018, pp. 6 y ss.)¹⁰, en el sentido de una responsabilidad por delitos realizados por terceros (esto es, por personas físicas) en beneficio de la persona jurídica: “Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”. Si a esto se le suma el hecho de que en la ley sancionada se mantuvieron elementos característicos de un modelo de auto-responsabilidad, como la ya mencionada implementación de un sistema de control y supervisión adecuado como uno de los requisitos para la exención de responsabilidad (art. 9, inc. b) y como parámetro de medición de la pena (art. 8) (Montiel, 2018, pp. 132 y ss.)¹¹, pero con la restricción de que no se trataría de requisitos decisivos (en el sentido de que no serían condición necesaria y suficiente para una exención de responsabilidad), se da lugar a una situación un tanto confusa. En ese sentido, y como señala Salvatori (2018), sería posible imponer una pena incluso cuando la persona jurídica hubiese hecho todo lo que se encontraba a su alcance para prevenir y detectar ilícitos, pero al mismo tiempo la realización de esos esfuerzos *puede* incidir favorablemente en la medición de la pena a imponer e incluso, si se cumplen otros requisitos, dar lugar a una exención de responsabilidad. Entonces, también respecto de este tema será la jurisprudencia la que vaya delineando cómo ha de funcionar la ley.

2.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos fundamentales

La ley en cuestión también ha sido criticada porque podría dar lugar a distintas vulneraciones a derechos fundamentales. El último tema abordado en el apartado anterior, esto es, el régimen de atribución de

¹⁰ También señalan al artículo 2 como una toma de postura (cuestionable) en favor de, como mínimo, incorporar elementos de un sistema vicarial o de hetero-responsabilidad (Orce & Trovato, 2018, p. 1108).

¹¹ Un tanto más enfático al respecto, al considerar que implícitamente se legisló un modelo de auto-responsabilidad (es decir, que los elementos de auto-responsabilidad neutralizan al artículo 2) (Orce & Trovato, 2018, p. 1108).

responsabilidad resulta decisivo para el análisis de la clásica objeción constitucional respecto de que los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas vulnerarían el principio de culpabilidad. Este principio ha sido receptado constitucionalmente en la Argentina¹² y, más allá de la discusión general sobre la compatibilidad de *cualquier* sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas con este principio¹³, dos de sus manifestaciones generan problemas para la regulación actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si se considera que la ley 27.401 establece un sistema vicarial de atribución de responsabilidad, esto iría en principio en contra de la idea de que la responsabilidad es *personal*, es decir, que se responde por lo que uno mismo hace y no por lo que hace otro (Sancinetti, 2005, p. 76.), ya que estos sistemas de hetero-responsabilidad adolecen de una estructura problemática que requiere de grandes esfuerzos argumentativos para lograr una compatibilidad con el principio de culpabilidad. Si se asume un modelo de auto-responsabilidad, debe decirse que en gran medida los criterios para determinar la culpabilidad de las personas jurídicas que aparecen en la ley tienden a centrarse en una organización defectuosa de la persona jurídica. Los fundamentos teóricos de esta clase de culpabilidad son conocidos (Gómez-Jara Díez, 2016, pp. 24 y ss.). Sin embargo, más allá de los esfuerzos interpretativos, el problema constitucional luce patente: si con el principio de culpabilidad está en juego la responsabilidad por el *hecho* y no por la *conducción de la vida* (Sancinetti, 2005, p. 76), entonces hay algo al menos extraño en partir de una responsabilidad por la conducción de la vida empresarial (Robles Planas 2006, p. 7). Puede que esta contradicción sea solo aparente, pero parece difícil evitar al menos alguna

¹² La cuestión del anclaje constitucional del principio de culpabilidad no es clara. Algunos autores (Sancinetti, 2005, p. 75) consideran que se deriva del artículo 18, CN, que establece, entre otras cosas, el principio de legalidad, mientras que otros se centran en el artículo 19, CN, que establece la reserva de ley (Zaffaroni, Alagia & Slokar, Alejandro, 2000, p. 140). Más allá de esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció específicamente este principio como un derecho constitucional (Fallos: 329:3680).

¹³ Sobre este tema, véase la opinión tradicional que durante décadas imperó en la Argentina en Soler (1987): “la aceptación de la capacidad penal de las personas jurídicas debería ser completada con la total derogación de los más firmes principios del derecho penal: los que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena” (p. 331).

de estas dos conclusiones, no poco problemáticas: a) que el principio de culpabilidad ha de ser relativizado o, al menos, reinterpretado; o b) que esta responsabilidad por la conducción de vida puede ser aceptable respecto de las personas jurídicas porque no se está en presencia de una responsabilidad penal *stricto sensu*.

También se debe mencionar que el art. 7, inc. 4) de la ley 27.401 establece como sanción la disolución de la persona jurídica y su posterior liquidación. Si una sanción análoga estuviese prevista para personas físicas, el problema sería claro: en la Argentina se encuentra prohibida la pena de muerte, en virtud de la ratificación de distintos convenios internacionales¹⁴. Pero por alguna razón en el caso de las personas jurídicas ha sido establecida esta clase de sanción. Parece entonces que o bien no se está en presencia de una verdadera *pena*, sino de una sanción de otra clase, o bien que la prohibición de pena de muerte tiene una excepción. La primera consecuencia posible (esto es: no se está en presencia de una verdadera pena) es justamente lo que quieren evitar los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero si se afirma que se está en presencia de una verdadera pena, entra en juego un debilitamiento de la prohibición absoluta de pena de muerte (que pasaría a ser una prohibición contingente y pasible de ser ponderada¹⁵). Un problema de difícil solución.

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, además, establece mecanismos en los cuales la colaboración activa de la persona jurídica aparece recompensada de modo notorio, en especial en la ley 27.401¹⁶. Esto tiene dos implicancias que podrían dar lugar a quejas constitucionales. Por un lado, el hecho de que la colaboración activa sea una condición para que la empresa pueda lograr un beneficio genera una tensión con el derecho a no declarar contra sí misma

¹⁴ Puntualmente, a través de la Ley 26.379 (promulgada el 10 de junio de 2008), la Argentina incorporó a su derecho vigente el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte, adoptado en Asunción, República del Paraguay, el 8 de junio de 1990.

¹⁵ Sobre las consecuencias de relativizar las prohibiciones absolutas (como la prohibición de pena de muerte o de tortura) (Greco, 2010, pp. 7 y ss.).

¹⁶ Véase, p. ej., el artículo 8 sobre criterios de medición de la pena y el artículo 16 sobre el llamado “acuerdo de colaboración eficaz”.

que tendría la persona jurídica¹⁷. De hecho, es sabido que una parte integral de los llamados sistemas de *compliance* actuales establecen mecanismos de *whistleblowing* e investigaciones internas, con el fin de que la persona jurídica pueda detectar qué personas físicas que la integran han cometido hechos ilícitos, poder brindar esa información a la autoridad de persecución penal y, de ese modo, evitar una pena o al menos morigerarla¹⁸. Pero este deber de colaborar activamente genera tensiones con el *nemo tenetur* que en la Argentina no han sido analizadas en detalle hasta ahora, dado que se coloca una fuerte presión en la empresa para que brinde información autoincriminante. Por otro lado, estos sistemas en los que la delación se encuentra premiada abiertamente también pueden generar presiones en el *trabajador individual* de la empresa, que en ocasiones se sentirá obligado a difundir información incriminatoria para evitar una sanción potencialmente (penal o de otra clase) más severas.

A estos problemas de garantías procesales se suma el hecho de que en la Argentina todavía no ha entrado en vigor una regulación procesal detallada respecto del proceso para imponerle una pena a la persona jurídica, por lo que rigen, *mutatis mutandis*, las mismas reglas procesales que resultan aplicables a las personas físicas. Ha quedado en manos de los jueces, entonces, la concretización del proceso penal aplicable a las personas jurídicas. En la praxis actual, esto está dando lugar a ciertos casos de *independización del proceso* contra la persona jurídica. Es decir, se promueve primero un proceso penal contra las personas físicas involucradas y luego (o en simultáneo) se realiza un proceso autónomo contra la persona jurídica. Esto genera una potencial vulneración al *ne bis in idem*, en especial cuando quien debe representar a la empresa ya ha sido juzgado personalmente de forma autónoma. Si bien en el segundo proceso el representante de la empresa no corre ningún nuevo riesgo de condena (porque ya ha sido juzgado y, eventualmente, condenado), lo cierto es que en la Argentina históricamente se le ha dado un alcance amplio al *ne bis in idem*: se trata de una prohibición contra la doble *persecución penal*, con el

¹⁷ Señalan este problema ya en la regulación del proyecto de ley (Lerman & Salvatori, 2020).

¹⁸ Para un panorama de la cuestión, en habla hispana (Ragués i Vallès, 2013; Nieto Martín, 2016, pp. 5 y ss.)

fin de evitar la incertidumbre y las molestias que el proceso penal le genera al individuo¹⁹. Entonces, una persona física que tiene que someterse a dos procesos diferentes (uno como imputado y otro como cuasi-imputado) podría argumentar, no sin razón, que se estaría restringiendo su derecho a no ser sometido dos veces a un proceso penal (Frister & Brinkmann, 2017, pp. 103 y ss.). Por supuesto que este problema podría evitarse, en todo caso, si se juzga a la persona jurídica en el mismo proceso que a las personas físicas (y, principalmente, a sus representantes). Pero, como ya se señaló, esta cuestión no ha sido tenida en cuenta por los algunos jueces en los procesos actuales, que se caracterizan por una independización del proceso contra la persona jurídica.

Por último, es posible pronosticar violaciones al *nullum crimen sine lege* en la aplicación de la ley de responsabilidad de las personas jurídicas, al menos en casos de corrupción. En estos supuestos parecería existir una marcada política criminal tendente a la punición de estos hechos, sin importar las restricciones que impone el principio de legalidad. En tiempos recientes, *el nullum crimen sine lege* (en su faceta *lege stricta*) ha sido soslayado en casos de corrupción, dado que algunos tribunales han establecido la imprescriptibilidad²⁰ de esta clase de delitos a partir de una interpretación analógica *contra reo*. Para afirmar la imprescriptibilidad, los tribunales han considerado que ciertas disposiciones sumamente vagas, relativas a la existencia de un deber del Estado argentino de sancionar estos hechos (derivado de ciertos compromisos internacionales), harían las veces de verdaderas reglas escritas de imprescriptibilidad, en clara violación a la prohibición de analogía²¹. Por consiguiente, parecería que las (supuestas) ne-

¹⁹ CSJN Fallos: 272:188; 321:2827; 333:1687; 334:1882, entre otros. Para un panorama de esta jurisprudencia y los desarrollos recientes (Dias, 2016, pp. 282 y ss.).

²⁰ En la Argentina se considera, de forma absolutamente dominante, que las reglas de prescripción integran el principio de legalidad, lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia de la CSJN (*Fallos* 287:76; 327:3312).

²¹ P. ej. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, CFP 12099/1998/T01/12/CFC8, “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/recurso de casación”, sentencia del 29 de agosto de 2018. Sobre el tema, en detalle, (Montiel, 2018, pp. 137y ss.). Sobre la discusión constitucional en torno a la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, recientemente (Gil Domínguez, 2019, pp. 27 y ss.).

cesidades de castigo de la corrupción permiten dejar de lado, sin más, el principio de legalidad. No resulta descabellado pensar²², entonces, en que en el futuro se invoque un argumento similar para aplicar retroactivamente, y en violación del *nullum crimen sine lege praevia*, las nuevas reglas de responsabilidad penal de las personas jurídicas a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, con el fin de cumplir el deber de sancionar la corrupción.

3. LA LLAMADA “LEY DEL ARREPENTIDO”

3.1. Estructura de la ley

Una segunda medida de trascendencia para la política criminal argentina en materia de lucha contra la corrupción es la mal llamada “ley del arrepentido” (ley 27.304). Mal llamada en el sentido de que se trata de una ley que establece la posibilidad de una reducción de pena (en particular, la reducción de pena según la escala penal de la tentativa²³) a quienes intervinieron en un delito (entre los que se

²² Sobre el llamado “efecto metástasis” de esta clase de políticas criminales contrarias a los derechos fundamentales, usuales en la Argentina desde hace años, (Pastor, 2005, pp. 60 y ss.; 2006, p. 75; Silva Sánchez, 2009, p. 47).

²³ La disminución de la escala penal en casos de tentativa (y otros supuestos que hacen remisión a esa regulación, como el caso de esta ley) se encuentra en el artículo 44 del CP:

“La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años.

Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse a al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

La reducción del primer párrafo ha dado lugar a distintas posturas. En este trabajo solo es necesario señalar que, al parecer la mayor parte de los tribunales superiores, al menos en la Capital Federal, se han inclinado por una interpretación que consiste en reducir el mínimo a la mitad y el máximo en un tercio. Así, por ej., CNCCC, Sala 2, n.º, “Cano, Gastón Alejandro”, 15/4/2015, voto de los jueces Bruzzone y Sarrabayrouse; CNCCyC, CFCP, Plenario n.º 2 “Villarino, Martín Patricio y otros s/recurso de casación”, 21/4/95, CNACyC, Plenario n.º 173, “Luna, Gustavo G.”, 19/2/1993.

encuentra el núcleo de los delitos de corrupción, como el cohecho, conforme el art. 1.º, inc. h, ley 27.304) y durante el proceso penal brindan información que permita el esclarecimiento del hecho y la determinación de intervinientes cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del “imputado arrepentido” (art. 3, ley 27.304). En ese sentido, no hace falta ningún “arrepentimiento” genuino, sino que se habilita una negociación del imputado y el fiscal sobre la acción penal (Sancinetti, 2016, p. 3; Díaz Cantón, 2018, p. 22): información, a cambio de una reducción de pena, que se cristaliza en un acuerdo que debe tener ciertas características (arts. 7-9, ley 27.304), que luego es homologado por el juez (art. 10), incorporado al proceso (art. 11) y que, eventualmente, habrá de ser corroborado en lo referente a la verosimilitud de la información (art. 13). Por eso, se trata más bien de un declarante a favor de la fiscalía, por lo que la denominación alemana “testigo de la corona” refleja mejor las características del instrumento que brinda esta ley (Sancinetti, 2016, pp. 3 y ss.).

Al igual que con respecto a la ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, este instituto no es nuevo en el derecho argentino, sino que ya existía, pero limitado a ciertos delitos puntuales (p. ej., narcotráfico)²⁴. Lo que hace esta nueva ley es extender considerablemente el alcance de los delitos a los que puede ser aplicada la figura, en especial al ámbito de los delitos de corrupción²⁵, y,

²⁴ Puntualmente, una regulación similar podía encontrarse en el artículo 29ter de la ley de estupefacientes 23.737 (modificada por ley 24.424), en la ley 25.241 referida a hechos de terrorismo y en la ley 26.364, que estableció modificaciones al CP, aplicables a los delitos de privación ilegítima de la libertad (art. 142bis), trata de personas (arts. 145bis y ter) y secuestro extorsivo (art. 170).

²⁵ Al respecto, resulta apropiado lo señalado por Rusconi (2018), en cuanto a la lista de delitos: “La propuesta se refiere ‘en principio, de modo muy polémico’ a algunos delitos establecidos en la Ley 23.737, llamada ‘de estupefacientes’, delitos previstos en el Código Aduanero; todos los casos del artículo 41 quinquies del Código Penal; también los supuestos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128; en los artículos 142 bis, 142 ter y 170, en los artículos 145 bis y 145 ter, en los artículos 210 y 210 bis, en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, y en el título XIII, del libro segundo, todos del Código Penal. La primera consideración debe subrayar la valoración contradictoria que expresa la ley. Para decirlo de modo sencillo: no se entiende la razón por la cual, si el instituto del arrepentido es considerado virtuoso, útil, eficaz, solo se lo circunscribe a derramar sus beneficios a un conjunto acotado de ilícitos y sus investigaciones” (p. 13). Este último argumento, como señala

además, establecer un régimen procesal a seguir. En rigor de verdad, se establece un “régimen” en cierto sentido dual, dado que no solo se regula la posibilidad de una pena disminuida para quienes colaboran para esclarecer un hecho, sino también para quienes brinden información que contribuya a “evitar o impedir el comienzo, la permanencia o la consumación del delito” (art. 1). Como señala Sancinetti (2016), esta hipótesis es diferente a la de brindar información para el esclarecimiento de un hecho punible en el que se participó (testigo de la corona o “arrepentido”), ya que se presenta un comportamiento posterior al hecho que tiende a proteger el bien jurídico, de un modo análogo al desistimiento (de la tentativa) eximente de pena (pp. 4 y ss.). Respecto de este “desistimiento tardío”, en principio no es necesario hacer demasiadas aclaraciones²⁶. Lo único que podría mencionarse es que no era necesario recurrir a una ley especial para establecer un sistema de disminución de pena según la escala de la tentativa, ya que por vía de interpretación podría considerarse que el desistimiento tradicional (regulado desde siempre en el código penal argentino) *también* abarcaba a estos supuestos de desistimiento tardío (Sancinetti 2016, p. 4), por lo que la ley resulta un tanto redundante en este sentido.

Sí es necesario realizar brevemente algunas valoraciones respecto del núcleo de la ley, esto es, la posibilidad de que el imputado negocie con el fiscal una rebaja de pena a cambio de información para esclarecer el hecho e identificar otros intervinientes con mayor o igual responsabilidad. Ya desde el inicio, resulta cuestionable éticamente que en un Estado de Derecho un fiscal se sienta a negociar con el delincuente sobre la acción penal, como si se tratase de una cosa que forma parte del comercio (Sancinetti, 2010). Esta objeción no es algo puntual de esta ley, sino que abarca a todos los institutos que involucran “acuerdos” sobre los cargos o sobre la pena, característicos de los sistemas procesales anglosajones y que en las últimas décadas han sido incorporados en los ordenamientos jurídicos de tradición conti-

adecuadamente, se le debe atribuir a Sancinetti (1997), pp. 791 y ss.; Sancinetti (2016).

²⁶ Fundamental al respecto, Sancinetti (2004). Sobre los problemas de interpretación que se presentan en el derecho penal argentino, (Días, 2015a, pp. 38 y ss.; 2017, pp. 99 y ss.).

mental. Sobre este tema ya se ha escrito demasiado, por lo que en este informe basta con mantener una mirada escéptica²⁷.

3.2. “Ley del arrepentido” y derechos fundamentales

En cuanto a los cuestionamientos puntuales que se le han realizado a la ley, es necesario señalar que el instituto del arrepentido, con independencia del problema sobre si su incorporación es exigida por distintos instrumentos internacionales, cuenta con una triple sospecha de ilegitimidad, como señala Sancinetti²⁸. En primer lugar, existe una relación espinosa entre el principio *nemo tenetur*, establecido en la Argentina como un derecho constitucional básico (art. 18, CN: “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”; art. 8, 2, g, CADH: “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”) y el instituto del “arrepentido”. Es cierto que la ley, en su art. 10, 2.º párrafo, intenta garantizar la “voluntariedad” del acuerdo, en el sentido de que el juez solamente podrá homologar el acuerdo tras la constatación de que el imputado ha actuado libre de presiones. Sin embargo, incluso en situaciones ideales (imputado en libertad que decide concurrir espontáneamente a una fiscalía para colaborar con una investigación²⁹), ya la estructura del instituto parecería partir de una situación de presión de dudosa legitimidad: si quien confiesa obtiene una reducción de pena, entonces respecto de quien no reconoce su culpabilidad hay un incremento de pena, por lo que en definitiva este último es presionado para declararse culpable (Sancinetti 2016, p. 8; Díaz Cantón 2018, pp. 24 y ss.).

En segundo lugar, entra en consideración una violación al principio de igualdad, también establecido explícitamente en la Consti-

²⁷ Escépticismo también expresado en Dias (2015b), pp. 195 y ss.

²⁸ El siguiente análisis tomará por base el detallado análisis que ofrece (Sancinetti, 2016, pp. 5 y ss.). (Rusconi, 2018, pp. 14 y ss.; Díaz Cantón, 2018, pp. 22). Para una síntesis de la posición que no ve mayores problemas constitucionales, en especial la defendida durante el debate legislativo, (Wortman Jofré & Sánchez Rodríguez, 2017, pp. 47 y ss.).

²⁹ Para los problemas adicionales que se generan cuando la negociación se produce con el imputado en prisión preventiva o, lo que es peor, cuando se encarcela preventivamente al imputado *con el fin* de que colabore con la investigación a cambio de la libertad durante el proceso (Díaz Cantón, 2018, pp. 24 y ss.).

tución Argentina (art. 16, CN; art. 24, CADH), en la medida en que la imposición de la pena concreta como consecuencia del testimonio de un “arrepentido” (al menos en parte, dado que teóricamente la sentencia no puede estar fundada “únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido”³⁰) puede dar lugar a un trato discriminatorio contra quien no cuente con información relevante sobre el hecho en el que participó (Sancinetti 2016, p. 8; Díaz Cantón 2018, p. 9). Podría ocurrir, entonces, que un partícipe cuya responsabilidad penal sea alta, pero cuente con mucha información, reciba menos pena que quien intervino con un grado de ilícito y culpabilidad menor, pero que no pudo colaborar con la investigación (ni, por tanto, obtener una disminución de pena) por falta de información (p. ej., por tener un rol subordinado en una organización).

En tercer lugar, y vinculado con lo anterior, se debe señalar la vulneración al principio de culpabilidad penal. Si forma parte de un Estado de derecho que los infractores reciban una pena según su culpabilidad (no solo *hasta el límite*, sino también *en la medida* de su culpabilidad), entonces difícilmente pueda justificarse un instituto que permite rebajas de ocasión para esclarecer un hecho ya cometido y que, en ese sentido, no se vincula al grado de ilícito y culpabilidad del autor (Sancinetti, 2016, p. 8; Díaz Cantón, 2018, pp. 9 y ss.).

4. LA “LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO”

4.1. *Estructura de la ley*

Junto con la ya analizada “ley del arrepentido”, el Congreso de la Nación tuvo que expedirse sobre otro proyecto: el de la llamada ley de “extinción de dominio”. Aquí nuevamente son necesarias algunas precisiones. Por extinción de dominio se entiende básicamente un decomiso autónomo³¹, en el sentido de la posibilidad de que el Estado confisque cosas adquiridas delictivamente o que han sido utilizadas

³⁰ Sobre los riesgos sobrevaloración probatoria del testimonio del imputado arrepentido (Díaz Cantón, 2018, pp. 26 ss.; Rusconi, 2018, pp. 14 y ss.).

³¹ Sobre esta clase de decomiso, así como sobre el modelo regulatorio alemán vigente hasta el año 2016 (es decir, sin las modificaciones recientes) (Roig Torres, 2016, pp. 214 y ss.).

como instrumento del delito, a partir de una decisión en sede civil, *con anterioridad* a una sentencia condenatoria en sede penal *e independientemente* de esta última³². Es decir, la frase “extinción de dominio” no dice demasiado, en tanto el decomiso clásico también es una extinción de dominio (Sancinetti, 2016, p. 24). Lo relevante es que esta confiscación de bienes podría hacerse autónomamente, esto es, sin que sea necesaria una sentencia penal (o, dado el caso, ni siquiera el inicio de un proceso penal).

La idea subyacente al proyecto de ley, aprobado en junio de 2016 por la Cámara de Diputados de la Nación, es colaborar con la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción³³, a partir de la posibilidad de recuperar con mayor facilidad bienes obtenidos a través de ciertos ilícitos, entre los que se encuentran los asociados a la corrupción³⁴, cometidos incluso con anterioridad a la posible entrada en vigencia de la ley³⁵. Este proyecto fue fuertemente criticado por expertos durante el debate ante la Cámara de Senadores de la Nación, que (en pocas palabras) lo consideraron una confiscación sin proceso (contraria al derecho de propiedad y al debido proceso) (Wortman Jofré & Sánchez Rodríguez, 2017, pp. 201 y ss.; Sancinetti, 2016, p. 24), y, a diferencia del proyecto de ley sobre la figura del arrepentido, no fue adoptado por el Senado (Wortman Jofré & Sánchez Rodríguez, 2017, pp. 201 y ss.). Por el contrario, recién en agosto de 2018, la Cá-

³² Artículo 4, inc. c) del Proyecto de Ley (Expediente 31/2016): “‘Autonomía de la acción’: La acción de extinción de dominio prevista en la presente ley es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal”. Artículo 10: “No existe impedimento alguno para que la acción de dominio proceda respecto de bienes que ya se encuentran vinculados a un proceso penal”.

³³ Para un panorama de la finalidad del proyecto de ley y sus principales características (y defectos), aunque desde una perspectiva quizá demasiado favorable a esta clase de prácticas y que pasa por alto los distintos problemas constitucionales que se verán más adelante en el texto (Volosin, 2016).

³⁴ Así, el artículo 6, inc. d) del Proyecto de Ley (Expediente 31/2016) abarca a los delitos contra la administración pública, mientras que el inc. e) también incorpora al delito de lavado de dinero y otros delitos contra el orden económico y financiero vinculados.

³⁵ Artículo 4, inc. d) del Proyecto de Ley (Expediente 31/2016): “La extinción de dominio regula situaciones ocurridas aún antes de su vigencia, precisamente por el hecho de no haberse consolidado el derecho de dominio por provenir de algunas de las actividades ilícitas previstas en la ley”.

mara de Senadores aprobó un texto legislativo diferente, con grandes diferencias respecto del proyecto de Diputados (entre ellos, la regulación no autónoma de la figura jurídica, es decir, dentro del proceso penal³⁶ y la necesidad de una sentencia condenatoria, a excepción de dos casos puntuales³⁷), cuyo trámite se “paralizó” en la Cámara de Diputados (Serra, 2018).

A pesar de la imposibilidad hasta el día de hoy de sancionar una ley formal del Congreso, el Presidente de la República Argentina decidió poner en vigencia este decomiso autónomo a partir del decreto de necesidad y urgencia 62/2019 del 21 de enero de 2019, con el fin de, entre otras cosas y como no podía ser de otro modo, contribuir a la lucha contra la corrupción. Lo que hace esta ley material es establecer un régimen procesal a ser aplicado por el fuero federal en lo civil y comercial (es decir, no el penal, art. 2 del Anexo al DNU 62/2019), que le permite al Estado ejercer una acción civil autónoma e independiente de otro proceso judicial (en especial, del penal, art. 1 del Anexo al DNU 62/2019), con el fin de recuperar

³⁶ Artículo 2 del texto definitivo del Proyecto de Ley (Expediente 31/2016): “Incorpórase al Código Penal como artículo 23 bis el siguiente: ‘Artículo 23 bis: 1. La acción de extinción de dominio es una acción civil que se ejerce en el marco del proceso penal y tiene por objeto extinguir el dominio ejercido sobre los bienes enunciados en el apartado 1 del artículo 23 de este Código, para transmitirlo a favor del Estado nacional o local según sea la competencia del órgano judicial que intervenga en el proceso penal correspondiente, y tramita de conformidad con las normas de procedimiento que regulan el ejercicio de la acción civil en el proceso penal en cada jurisdicción [...] 3. La acción civil de extinción de dominio podrá ejercerse mientras se encuentre vigente la acción penal. Si con posterioridad a la sentencia dictada en la acción de extinción de dominio, la sentencia firme dictada en el proceso principal declarase la inexistencia de los hechos materiales a los que fueron vinculados los bienes, su atipicidad penal, o la ausencia de responsabilidad penal de la persona vinculada a los bienes objeto de esa acción, el perjudicado por la extinción de dominio tendrá derecho a reclamar la indemnización que corresponda en sede civil’”.

³⁷ Puntualmente, supuestos de flagrancia y casos en los cuales “se hubiere comprobado que los bienes fueron instrumento o medio para la comisión del delito, o resulten producto, provecho o ganancia, directos o indirectos, de este último, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otra causal de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes” [Artículo 2 del texto definitivo del Proyecto de Ley (Expediente 31/2016)].

bienes presuntamente provenientes de ciertos delitos, entre los que se encuentran los asociados a la corrupción (art. 6 del Anexo al DNU 62/2019). El artículo 4 del Anexo al DNU 62/2019, al establecer cuáles serán las partes de este procedimiento proporciona un panorama bastante claro de la ley: “[e]n la oportunidad prevista en el artículo 8° del presente régimen, el Ministerio Público Fiscal podrá demandar a cualquier persona, humana o jurídica, que ostente la tenencia, posesión, titularidad o cualquier otro derecho sobre un bien objeto de la acción de extinción de dominio, se encuentre o no imputada en la investigación penal”.

Respecto de esta norma se han esgrimido dos clases de objeciones. La primera se refiere a ciertos defectos constitucionales del decreto, en la medida de que no habrían sido cumplidos los requisitos que la Constitución Nacional argentina impone para que el presidente de la Nación pueda sancionar esta clase de normas (artículo 99, inciso 3, CN). Por un lado, no habría habido “razones de necesidad y urgencia”, sino que el Congreso Nacional, órgano con legitimación democrática para sancionar leyes, estaba en condiciones de discutir y eventualmente sancionar la ley (de hecho, y como ya se señaló, un proyecto ya había recibido “media sanción” del Senado). En otras palabras, que no haya podido ser sancionado un proyecto de ley considerado fundamental para cumplir una finalidad que el gobierno considera importante, como combatir la corrupción, no parecería ser un supuesto de necesidad y urgencia apto para otorgarle al presidente facultades legislativas que le corresponden, en principio, al Congreso. Por otro, no es posible en la Argentina legislar por decreto de necesidad y urgencia en materia penal y la extinción de dominio, a pesar de que se afirma un supuesto carácter civil autónomo, parece ostentar carácter penal si es que su fundamento jurídico es la sospecha de comisión de un delito penal. Respecto de estas críticas no serán realizadas mayores observaciones, en tanto se trata de cuestiones muy específicas de derecho interno constitucional argentino (Volosin, 2019; Gil Domínguez, 2019, pp. 65 y ss.). Sí se desarrollará la segunda clase de críticas, vinculada a la posible vulneración de derechos fundamentales que genera la aplicación de esta norma.

4.2. “Extinción de dominio” y derechos fundamentales

Tres objeciones básicas en materia de derechos fundamentales se pueden formular contra esta figura jurídica, tal como ha sido regulada en el proyecto original de Diputados (prescíndase, en principio, del modelo no autónomo sancionado por la Cámara de Senadores) y en el DNU del Presidente de la Nación. La primera es quizá la más compleja, dado que supone una toma de posición respecto de un tema controvertido: el carácter penal de este decomiso autónomo. Si se afirma que esta clase de medida es, en efecto, una pena o una injerencia equivalente, entonces valen las restricciones a la aplicación de penas que rigen (y deben regir) en un Estado de derecho. No es objeto de este trabajo dirimir esta cuestión sobre la “naturaleza” del decomiso autónomo³⁸, sino simplemente señalar que si en efecto se parte de la base de que se está en presencia de una pena o una injerencia similar, lo que resulta plausible *prima facie* en virtud de las graves consecuencias y la necesidad de alguna clase de vinculación con un proceso penal (dado que aunque se lo considere civil, se trata de casos en los cuales existe una sospecha de comisión de un ilícito), aparecen dos reproches claros: violación al principio de culpabilidad en general y a la presunción de inocencia.

Respecto del primer principio, si se permite una pena de decomiso, sin que exista una conducta antijurídica y culpable, o que al menos no pueda ser probada, entonces resulta claro que se está en presencia de una pena sin culpabilidad (Nestler, 2019, pp. 7 y ss.). Y en cuanto a la presunción de inocencia, si la respuesta a la cuestión del carácter penal de la injerencia es positiva, entonces aparece un verdadero escándalo jurídico: el artículo 10 del anexo al DNU invierte la carga probatoria por completo al presumir la culpabilidad del imputado y el carácter ilegítimo de los bienes, razón por la cual el particular se encuentra obligado a demostrar su inocencia. La letra de la ley es clara

³⁸ Para una discusión detallada, indispensable, Nestler (2019), pp. 6 ss. En lo siguiente, se seguirá esencialmente la postura de esta autora para el análisis de las críticas constitucionales. A favor del carácter penal de la “extinción de dominio”, Sancinetti (2016), quien señala que “[s]i un sujeto tiene una cosa como producto de un delito, esta circunstancia tiene que ser establecida como consecuencia del ejercicio de la *acción penal*, como efecto del *decomiso*, y no puede desvincularse de esta naturaleza *punitiva* accesoria” (p. 24).

al respecto: “La parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar que el o los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio, se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado o el origen lícito de los fondos con los que los hubiera adquirido”. Dado que no solo no se requiere una sentencia condenatoria, sino directamente ninguna prueba de la culpabilidad por el hecho y, además, esta última se presume, se estaría en presencia de una verdadera “pena de sospecha”, como se ha sostenido recientemente (Massari, 2019; Nestler, 2019, p. 8).

La segunda objeción se vincula a la afectación al derecho de propiedad: parecería producirse una confiscación estatal por un ilícito sin un proceso para constatar este último hecho punible y a partir de una presunción de culpabilidad, lo que sin dudas es una restricción al derecho general a la propiedad (Wortman Jofré & Sánchez Rodríguez, 2017, p. 202; Sancinetti, 2016, p. 24). Si esto puede estar justificado según las reglas constitucionales sobre restricción de derechos fundamentales resulta dudoso. Ya de por sí, el “fin legítimo” de esta norma puede ser cuestionado: no hay dudas de que es loable combatir la corrupción, pero en el caso concreto estas medidas pueden dar lugar a un decomiso de bienes que en la realidad no provienen de un hecho ilícito (Nestler, 2019, p. 9). Entonces, ya este primer requisito del llamado “análisis de proporcionalidad” estaría ausente. Por lo demás, la cuestión de si los otros requisitos se ven cumplidos en la práctica, esto es, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, puede quedar abierta. Lo que sí es seguro es que la injerencia que esta clase de regulación produce en los derechos de propiedad del afectado (y, eventualmente, de terceros que tienen alguna vinculación con los bienes) es muy elevada y eso obliga a ser especialmente cautos al momento de legitimarla constitucionalmente.

La tercera y última objeción se vincula con el *nemo tenetur* y tiene una relación directa con la presunta violación a la presunción de inocencia, ya señalada, aunque este problema aparece incluso si se afirma que el decomiso autónomo no es una pena (Nestler, 2019, p. 11). Y es que para evitar la pérdida patrimonial (llámesele pena, medida civil, etc.) que genera esta figura jurídica el imputado se ve obligado a justificar el origen lícito de los fondos. Si el imputado no está en condiciones de ofrecer esta justificación se presenta, entonces, una coacción estatal cuando menos indirecta, en la medida de que se

coloca al afectado en el dilema de brindar información inculpatória o bien sufrir una pérdida patrimonial considerable (Nestler, 2019, pp. 10 y ss.). Si esto es compatible con un derecho robusto a no autoincriminarse resulta dudoso. Por lo demás, esta clase de presiones no son algo nuevo en el derecho penal de la corrupción, sino que es algo característico del tipo penal de enriquecimiento ilícito, utilizado en la Argentina para condenar personas (en principio, funcionarios públicos) que incrementaron su patrimonio durante el desempeño de sus funciones (o durante un período posterior), pero respecto de las cuales no es posible probar un hecho ilícito: se las obliga a brindar información sobre el origen de los bienes y si no pueden justificar el incremento patrimonial (o deciden no hacerlo), se las condena penalmente (Sancinetti, 2014).

5. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LAVADO DE ACTIVOS

Los instrumentos internacionales contienen un catálogo abierto de delitos típicos de hechos de corrupción, con relación a los cuales cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptarlos en su legislación interna “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, según la terminología utilizada por la Convención Interamericana contra la Corrupción. La mayoría de esas figuras ya estaban previstas en la legislación penal argentina. Lo interesante al respecto es que se puede establecer una clara diferencia entre la conducta material que implica, en sí misma, un hecho de corrupción (p. ej., cohecho, peculado, defraudación en perjuicio de una administración pública) y las consecuencias de esa conducta, que representan indicadores de su comisión. Estas consecuencias también han sido tipificadas de manera autónoma a través del delito de enriquecimiento ilícito y de blanqueo o lavado de activos, siendo esta última, además, objeto de instrumentos internacionales más específicos.

El fenómeno que se observa recientemente en la Argentina en esta materia es un fuerte incremento del recurso, por parte de las fiscalías³⁹, a la acusación por esta segunda categoría de delitos, dependien-

³⁹ Respecto de la práctica judicial en materia de enriquecimiento ilícito, en detalle (Bruzzone & Gullco, 2005; Sircovich (2012), pp. 1197 y ss.). Sobre la prácti-

tes de un hecho de corrupción principal. La razón de esta práctica salta a la vista: la prueba de la genuina conducta ilícita no es sencilla, al igual que no lo es la de la mayoría de los delitos previstos en la legislación penal. En cambio, los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos tienen una estructura especial que, según veremos, resulta muy atractiva para los órganos encargados de acusar o de coadyuvar a la acusación (y también para los jueces).

5.1. Enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito está previsto tanto en el art. IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción (1997), como en el art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). Por su parte, la República Argentina es, en verdad, pionera en este ámbito, pues es la creadora del tipo penal, el que, después de una larga discusión doctrinaria iniciada con un proyecto de ley en 1936, fue finalmente incorporado al Código Penal en 1964, y luego fue objeto de una reforma en el año 1999 (art. 268 [2], CP) (Kliegel, 2013, p. 30)⁴⁰. No obstante, en parte debido a las fuertes críticas constitucionales de las que siempre había sido objeto, como la violación al principio del *nemo tenetur* (dado que se obliga al menos indirectamente al imputado a confesar su delito al serle requerida una justificación del origen de un incremento patrimonial, a ser sancio-

ca judicial argentina en materia de lavado de dinero (Pastor & Alonso, 2018; Brond, 2016), con un compendio de jurisprudencia.

⁴⁰ Un panorama de la historia legislativa del delito en Sancinetti (1995), pp. 290 s. El artículo en cuestión reza: “Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que, al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina) Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

nada con una pena en caso de no ser brindada o que la información no sea apta para justificar el incremento) (Sancinetti, 1995, pp. 295 y ss.), la primera condena de un funcionario público de relevancia por enriquecimiento ilícito llegó solo treinta y cinco años después de la entrada en vigor de la ley, en el año 1999. A esta le siguieron procesamientos de otros funcionarios y eventuales condenas (Clarín, 1999).

El tipo penal tiene su correlato en la obligación de los funcionarios públicos de presentar anualmente declaraciones juradas patrimoniales, en las que deben detallar el estado de su patrimonio y toda modificación que se haya producido. En efecto, un delito más específico, previsto a continuación del de enriquecimiento ilícito, reprime la omisión maliciosa de dicho deber (art. 268 [3], CP)⁴¹.

En tiempos recientes, la figura ha recobrado vida en las causas por hechos de corrupción (Centro de Información Judicial, 2019). Allí, o bien se formula acusación junto al hecho principal ilícito que dio origen al incremento patrimonial, o bien se acusa de manera autónoma cuando no se tiene noticia cierta del delito precedente, pero existen indicios que hacen sospechoso el enriquecimiento, sumado al elemento especial de autor. Se trata, en estos casos, de un “delito de sospecha” (Kliegel 2013, p. 61), que puede basarse en suposiciones de la fiscalía que son confirmadas por el silencio del imputado. Esto le ha ganado la crítica de ser una simple regla procesal y no una verdadera conducta prohibida: se sospecha que el acusado ha cometido un hecho de corrupción (el delito precedente, que es causa del incremento patrimonial) pero no existen pruebas suficientes para condenar por aquella conducta (Sancinetti, 1999, p. 947).

Por cierto, es un delito especial en razón de la calidad de funcionario público. Desde sus inicios, la doctrina intentó interpretar el tipo

⁴¹ Puntualmente: “Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo. El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda. En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables” (art. 268 [3], CP).

penal como delito de omisión fundado en el deber de información del funcionario público. Así se pretendía sortear los conflictos de constitucionalidad. El autor precisamente renunciaría a las garantías constitucionales en juego al someterse al régimen jurídico específico de los funcionarios públicos (Kliegel, 2013, p. 68). También aquí la cuestión de si esta clase de justificaciones son suficientes para legitimar este delito, o si por el contrario estaríamos en presencia de un mero fraude de etiquetas, puede quedar abierta.

5.2. *Lavado de activos*

En el art. 23 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) se prevé la figura del blanqueo del producto del delito. Sin dudas, en la más reciente lucha contra la corrupción de la Argentina este tipo penal ha tenido un rol protagónico. Bajo la premisa de que “el *lavado de activos* y la *corrupción administrativa* resultan ser dos fenómenos interrelacionados que forman parte de este concepto general denominado delincuencia organizada” (Dictamen fiscal en la causa n.º 8.284/2016), en los últimos tiempos se ha echado mano de este tipo penal para ampliar a otras personas vinculadas con el ilícito las acusaciones originarias de causas de fraude en perjuicio de una administración pública, de cohecho, etc.

Si bien este precepto ya existía (Córdoba, 2017, pp. 19 y ss.; 27 y ss.), su extensión legislativa y el florecimiento de su utilización en la práctica tribunalicia hizo pie en los mandatos del derecho internacional, en el entendimiento de que estas prácticas “configuran un problema a nivel global de extrema gravedad y complejidad que ha sido motivo de especial atención y preocupación en el ámbito de la comunidad internacional” (Dictamen fiscal en la causa n.º 8.284/2016).

En este marco, este tipo penal ha comenzado a ser utilizado con frecuencia, incluso a partir de interpretaciones extensivas tendentes a abarcar la mayor cantidad de conductas posibles, con independencia del fin de la norma (Trovato, 2018, pp. 317 y ss.; 2017, pp. 15 y ss.). Antes de su introducción en el Código Penal, en la Argentina se consideraba que no era necesario instaurarlo como delito autónomo, dado que en sustancia se trataba de una forma específica de encubrimiento por receptación. No obstante, en el año 2000 fue agregado en el capítulo del encubrimiento y luego, en el año 2011, se independizó en un

título autónomo, denominado “Delitos contra el orden económico y financiero”⁴². A la vez, la conducta típica se amplió hasta abarcar el denominado autolavado (Verde, 2016, pp. 55 y ss.)⁴³ y, además, dejó atrás todo límite relativo a la gravedad del delito precedente, al punto de que actualmente cualquier ilícito penal, por leve que sea, puede dar lugar al posterior lavado de activos.

En esta línea expansiva, también los órganos de acusación y la jurisprudencia hicieron lo propio, pues han relajado el estándar de prueba referido al delito precedente. Más allá de los problemas de constitucionalidad a la luz de los principios de inocencia e *in dubio pro reo* (art. 18, CN; art. 8.2, CADH), se ha impuesto una tendencia en jurisprudencia y doctrina a relajar por vía interpretativa el estándar probatorio para tener por acreditado el hecho precedente (Gullco, 2017, pp. 759 y ss.). Así, se sostiene que basta con la prueba de las circunstancias a partir de las cuales puede inferirse inequívocamente la comisión de un hecho ilícito que, en sus detalles, puede mantenerse relativamente indeterminado (Córdoba 2017, p. 148). No obstante, esta tendencia se ha acentuado hasta exigir únicamente una “comprobación de una actividad delictiva previa de modo genérico que, según las circunstancias del caso, permita la exclusión de otros orígenes posibles”⁴⁴.

Los órganos encargados de la acusación intentan legitimar esta relajación del estándar probatorio en necesidades de política criminal internacional, con fundamento en la suscripción de los instrumentos internacionales ya mencionados. Lo particular del caso es que, en razón del relajamiento del estándar probatorio, el delito de lavado de dinero es utilizado como complemento del de enriquecimiento ilícito, pero para los casos de personas que carecen del especial elemento de

⁴² Sobre la supuesta necesidad de esta reforma, críticamente (Córdoba, 2017, pp. 73 y ss.).

⁴³ En contra de la punibilidad autónoma del autolavado (Córdoba, 2017, p. 67).

⁴⁴ Cámara Nacional de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, causa “Orentrajch, Pedro y otro”, 21/03/2006. La Procuración General de la Nación Argentina tenía un estándar similar: “las comprobadas relaciones de I y T con la actividad de tráfico o con las personas o grupos relacionados con ellas, es un dato o indicio de utilidad —juntos con otros— para deducir legítimamente la existencia del delito de blanqueo de capitales”, “Brewer, Nicholas”, dictamen ante la Corte Suprema, 29/04/2011.

autoría por no ser funcionarios públicos. Así, se ha transformado en un tipo penal de recogida en el que basta una denuncia inicial por el hecho de corrupción previo (fraude en perjuicio de una administración pública, cohecho, peculado, etc.) para perseguir penalmente también a quienes tengan alguna vinculación con los presuntos autores de los delitos precedentes (o a los mismos autores, dado que el autolavado también es punible) y no puedan o no quieran explicar el origen de movimientos de activos o de incrementos patrimoniales. De este modo, se produce una inversión de la carga de la prueba y la figura se torna *de facto* en delito de “enriquecimiento ilícito de particulares”, con lo cual son trasladables al lavado de activos los reparos constitucionales que se formulan contra el tipo penal de enriquecimiento ilícito, a los que se suman ciertas dificultades con el principio de legalidad *sub specie lex stricta*.

En resumen, la práctica de los organismos encargados de la lucha contra la corrupción en la Argentina se ha visto caracterizada por acusaciones por enriquecimiento ilícito (en caso de funcionarios públicos) y por lavado de activos (en caso de particulares, pero también aplicable a funcionarios públicos), en razón de la interpretación extensiva que se hace de estos tipos penales, especialmente con relación al estándar de prueba del auténtico hecho ilícito (el precedente).

Por último, es muy novedosa en la Argentina, a diferencia de otros países, la noticia de que solo en los últimos meses la Unidad de Información Financiera intimó a decenas de abogados para que informaran cómo y cuánto habían cobrado por sus servicios prestados en procesos penales en que se investigaban delitos de corrupción (Pizzi, 2018). Algunos de ellos, que se negaron a contestar, fueron denunciados luego por la UIF por el delito de lavado de dinero, al menos según trascendió en los medios de comunicación (Pizzi, 2019).

6. BALANCE

En los últimos años, la Argentina ha tomado ciertas medidas en el marco de la “cruzada” global de la lucha contra la corrupción. Tal vez el más importante haya sido la toma de consciencia respecto de la gravedad de esta clase de hechos, los que, en palabras de la Convención de las Naciones Unidas, entrañan vastas cantidades de activos

que pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados.

Por cierto, no se trata de una toma de conciencia aislada, sino de un fenómeno regional e internacional debido en parte al advenimiento de modernas tecnologías, del desarrollo de las redes de comunicación, de la accesibilidad a fuentes de información y conocimiento sin precedentes. Todo esto hace más sencillo acceder a información respecto de la comisión de ilícitos, pues los datos se replican miles de veces, mientras que antes permanecían en el secreto del círculo más cercano al hecho.

Así, p. ej., el caso Obedrecht, del vecino país de Brasil, cobró notoriedad internacional precisamente por involucrar a una decena de países, incluidos funcionarios del más alto nivel, entre los cuales se cuenta a la Argentina (Casey & Zarate, 2017). O el caso *Panama Papers*, que reveló el ocultamiento de propiedades, activos, ganancias y de evasión tributaria de líderes políticos mundiales, entre otras personalidades (Linares, 2016). En la Argentina, el escándalo involucró nada menos que al Presidente de la Nación, quien luego fue, en principio, desligado del caso por los tribunales locales (Dalepo, 2017). Este dato, comparado con la enorme cantidad de causas por hechos de corrupción iniciados contra funcionarios del gobierno anterior, no deja de ser un fuerte indicador de que, más allá de los importantes avances, la lucha contra la corrupción aún depende en gran medida de intereses políticos.

De todas maneras, se puede apreciar cierta sintonía con la tendencia internacional a llevar adelante esta “lucha contra la corrupción”, que, según hemos visto, tiene como objetivo de política criminal la prevención y sanción de estas prácticas. El derecho penal argentino tampoco ha sido ajeno a esta tendencia y ha adoptado ciertas medidas de política criminal aconsejadas —o más precisamente, exigidas— por la comunidad internacional.

En particular, se destaca la adecuación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que resulta problemático en la medida en que no se trata de un verdadero régimen sistemático, sino de reglas *ad hoc* para delitos de corrupción, motivadas en la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales asumidos. A esto se

suman dificultades de interpretación frente a preceptos constitucionales básicos.

Asimismo, la ola de procesos por hechos de corrupción presuntamente cometidos por ciertos funcionarios del gobierno anterior (incluidos también empresarios) se vio posibilitada principalmente por la modificación de la llamada “ley del arrepentido”, que tuvo lugar poco más de un año antes del descubrimiento de los hechos (noviembre de 2016), pues fue allí donde la ley se amplió a casos de corrupción. Fue así como se generó una cadena de delaciones entre los imputados. Si bien la finalidad práctica de combatir la corrupción seguramente se ha visto beneficiada, sin dudas se generan dificultades respecto de la compatibilidad con distintos derechos fundamentales, como el principio de libertad de autoincriminación, lo que a su vez conduce a dudas acerca de la credibilidad del contenido de declaraciones motivadas en lograr una exención de prisión (Blanco, 2019).

El intento de sancionar una ley de “extinción de dominio”, o de decomiso autónomo (sin condena), también se enmarca dentro de estos esfuerzos por agilizar la lucha contra la corrupción, cuyo fin último es, en principio, loable, pero parece llevar las de perder si es sometido a un escrutinio estricto del principio de proporcionalidad en el que se tomen en consideración los derechos fundamentales afectados.

Por último, esta tensión entre principios constitucionales y fines prácticos también se ve reflejada en los tipos penales escogidos por los fiscales al momento de subsumir los hechos de corrupción: es notoria una marcada preferencia por figuras que tienen la estructura de reglas procesales probatorias (relajación del estándar), antes que de genuinas conductas que son prohibidas por constituir en sí mismas hechos de corrupción. Aquellas, por cierto, son más propensas a cuestionamientos de orden constitucional.

En resumen, la toma de conciencia respecto de la existencia y gravedad de la criminalidad de la corrupción es tal vez el avance más relevante en la materia. En el aspecto institucional, también se aprecia una mayor actividad legislativa y un gran aumento de procesos por hechos de corrupción. No obstante, ambos están signados por una fuerte tensión entre la consecución de finalidades prácticas y el aseguramiento de principios constitucionales del derecho penal y procesal penal.

REFERENCIAS

Doctrina

- Alfie, A. (2018). Los 28 empresarios y ex funcionarios de Cristina Kirchner que recibieron el Año Nuevo presos. *Clarín*, 31 de diciembre de 2018 [Disponible en: https://www.clarin.com/politica/28-empresarios-ex-funcionarios-cristina-kirchner-reciben-ano-nuevo-presos_0_WRcyu96O9.html].
- Argibay Molina, J. (2017). Desafíos para la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) en contextos de corrupción. En *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017* (pp. 134-139), Buenos Aires: Eudeba.
- Béguelin, J. (2019), Der Deliktskatalog zur Strafbarkeit juristischer Personen in Argentinien, manuscrito enviado para su publicación en la revista *ZStW*
- Blanco, P. (2019), Los arrepentidos de los cuadernos abrieron un dilema en Comodoro Py: cómo deben investigarse los delitos que confesaron. *Infobae*, 14 de octubre de 2019, [Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2019/10/14/los-arrepentidos-de-los-cuadernos-abrieron-un-dilema-en-comodoro-py-como-deben-investigarse-los-delitos-que-confesaron/>].
- Bolea Bardón, C. (2013). El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes. *InDret: Derecho Penal*, 2/2013.
- Brond, L. (2016). *Lavado de dinero: responsabilidad de defensores por la aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bruzzoze, G. y Gullco, H. (2005), *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Carnevali, R. y Artaza, O. (2016), La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), 53-90.
- Carrara, A. (2017). Lavado de dinero en Argentina: dónde estamos y hacia dónde queremos ir. En *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017* (pp. 89-124), Buenos Aires: Eudeba.
- Carrió, A. y Reussi, M. (2018). La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas, En: N. Durriue y R. Sacconi (dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria* (pp. 39-52). Buenos Aires: La Ley.
- Casey, N. y Zarate (2017), A. El escándalo de Odebrecht sacude a las clases políticas de América Latina”. *The New York Times* (ed. América Latina), 14 de febrero de 2017, [Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/02/14/el-escandalo-de-odebrecht-sacude-a-las-clases-politicas-de-america-latina/>].
- Córdoba, F. (2017), *Delito de lavado de dinero*. Buenos Aires: Hammurabi.

- Dalepo, S. (2017). La justicia despegó a Macri de los Panamá Papers. *La Nación*, 21 de septiembre de 2017, [Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-justicia-despego-a-macri-de-los-panama-papers-nid2064932>].
- Dias, L. A. (2015a). El desistimiento voluntario de consumar el delito en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación. *En Letra*, 3(1), 38-67.
- Dias, L. A. (2015b). Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar en Derecho*, 6, 195-243.
- Dias, L. A. (2016). La concepción débil de *ne bis in idem* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su incidencia negativa en la jurisprudencia de la CSJN. En A. Ledesma (ed.), *El debido proceso penal*, n.º 2 (pp. 282-304). Buenos Aires: Hammurabi.
- Dias, L. A. (2017). Tentativa fracasada del delito y desistimiento voluntario. En A. Martín y A. Nardiello (eds.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 4 (pp. 99-119). Buenos Aires: Hammurabi.
- Díaz Cantón, F. (2018). Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”. *Pensar en Derecho*, 13, 19-29.
- Frister, H. y Brinkamann, S. (2017). Rechtsstaatliche Schranken bei der Verfolgung von Straftaten, die aus einem Verband begangen werden. En M. Henssler et al. (eds.), *Grundfragen eines modernen Verbandsstrafrechts* (pp. 101-144). Baden-Baden: Nomos.
- Garrido, M. (2017). Organismos de control: un año de transición, cambios y polémicas. En *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017* (pp. 269-280). Buenos Aires: Eudeba.
- Geisler, N. (2013). *Korruptionsstrafrecht und Beteiligungslehre*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Gil Domínguez, A. (2019). *Defensa del sistema democrático y corrupción*. Buenos Aires: Ediar.
- Giulitti, M. y Lavin, R. (2017). Las causas de la impunidad. Las deficiencias del sistema de investigación y sanción penal de la corrupción en Argentina. En *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017* (pp. 217-248). Buenos Aires: Eudeba.
- Gómez-Jara Díez, C. (2016). Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas. *En Letra: Derecho Penal*, 2, 24-54.
- Greco, L. (2010). Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal. *InDret* 4/2010.
- Gullco, H. (2017). *Casos de derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

- Kindhäuser, U. (2007), Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán. *Polít. crim.*, 3, 1-18.
- Kliegel, T. (2013), *Der Straftatbestand der unerlaubten Bereicherung. Internationale Korruptionsbekämpfung und rechtsstaatliche Garantien*. Baden-Baden: Nomos.
- Kuhlen, L. (2018). Sobre la trivialización del derecho penal de la corrupción (trad. Dias/Núñez). *Enfoques Penales*, julio 2018.
- Kuhlen, L. et al. (2018), *Korruption und Strafrecht*. Heidelberg: C.F Müller.
- Lerman, M. y Salvatori, C. (2020), Informe sobre la República Argentina. En M. Kubiciel y A. Carrión Zenteno (eds.), *Anticorrupcion y Compliance*, en prensa.
- Linares, A. (2016). Los medios en América Latina y España difunden revelaciones de los “Panama Papers”. *The New York Times* (ed. América Latina), 4 de abril de 2016, [Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2016/04/04/los-medios-en-america-latina-y-espana-difunden-revelaciones-de-los-panama-papers/>].
- Massari, L. (2018). Extinción de dominio: ¿Pena de sospecha? Ponencia presentada el 6 de noviembre de 2018 en el *Congreso de Derecho Penal y Criminología* de la UBA, sección de Jóvenes Penalistas
- Montiel, J. (2018). Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino. *En Letra: Derecho Penal*, 6, 124-150.
- Montiel, J. (2018). Grenzen von Verjährung und Rechtskraft bei Korruptionsdelikten. En L. Kuhlen et al. (dir.), *Korruption und Strafrecht* (pp. 137-158). Heidelberg: C.F. Müller.
- Nestler, N. (2019), Decomiso (ampliado y autónomo) de las ganancias del delito, en conflicto con las funciones de garantía del Derecho penal” ponencia presentada el 27 de febrero de 2019 en la Universidad de Buenos Aires.
- Nieto Martín, A. (2016), Investigaciones internas. Whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. En M. Corcoy Bidásolo y V. Gómez Martín (dir.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases* (pp. 3-39). Buenos Aires: BdeF.
- Orce, G. y Trovato, G. (2018), El compliance como la fidelidad al Derecho de la empresa. Aciertos y problemas de la ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *La Ley*, 2018-A, 1108-1116.
- Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2013). Sanciones penales contra empresas en España (*Hispanica societis delinquere potest*). En L. Kuhlen et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal* (pp. 263-282). Madrid: Marcial Pons.
- Papa, R. (2018). Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401. En N. Durrieu y R. Saccani (dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial* (pp. 9-19), Buenos Aires: La Ley.

- Pastor, D. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Pastor, D. (2006). *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, Barcelona.
- Pastor, D. y Alonso, J. (2018). *Lavado de dinero*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Pérez Barberá, G. (2017). Entrevista al Dr. Gabriel Pérez Barberá. *En Letra*, 4(7), 318-328.
- Pizzi, N. (2019). La UIF denunció a cinco abogados porque se negaron a informar sobre sus honorarios en causas de corrupción o narcotráfico. *Infobae*, 14 de julio de 2019, [Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2019/07/14/la-uif-denuncio-a-cinco-abogados-porque-se-negaron-a-informar-sobre-sus-honorarios-en-causas-de-corrupcion-o-narcotrafico/>].
- Pizzi, N. (2019). La UIF ya monitorea el sueldo de los abogados en 100 causas de narcotráfico y sumará las de corrupción. *Infobae*, 25 de febrero de 2018, [Disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2018/02/25/la-uif-ya-monitorea-el-sueldo-de-los-abogados-en-100-causas-de-narcotrafico-y-sumara-las-de-corrupcion/>].
- Politi, D. (2018). Cuadernos y bolsas de efectivo: un nuevo escándalo de sobornos en Argentina. *The New York Times* (ed. América Latina), 3 de agosto de 2018, [Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/08/03/argentina-coimas-oscar-centeno/>].
- Ragués i Vallès, R. (2013). *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Ramos Rollón, M. y Álvarez García, F. (2019). El control de la corrupción en América Latina. *Documentos de Trabajo de la Fundación Carolina*, 11/2019, [Disponible en: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/07/DT_FC_11.pdf]
- Robles Planas, R. (2006). ¿Delitos de personas jurídicas? *InDret* 2/2006.
- Rusca, B. (2012). La persecución penal de la corrupción. Reflexiones y propuestas de política criminal. *Revista de la Facultad*, vol. III, n.º 2, nueva serie II, 137-154.
- Rusconi, M. (2018). Arrepentidos y justicia penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad o la Inquisición del nuevo milenio? *Pensar en Derecho*, 13, 9-18.
- Salvatori, C. (2018), Responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción, manuscrito original presentado en el *Seminario preparatorio del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional*, 8 de diciembre de 2018.
- Sancinetti, M. (1997), Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al 'testigo de la corona' (¿"arrepentido"?). *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 7.

- Sancinetti, M. (1999). El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268(2) del Código Penal argentino. En J. Maier y A. Binder (comps.), *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún* (pp. 289-315). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sancinetti, M. (1999). Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8(c), 915-968.
- Sancinetti, M. (2004), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sancinetti, M. (2005). *Casos de derecho penal*, t. 1, 3.ª ed.. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sancinetti, M. (2010). Avenimiento y mediación: ¿la pena como “objeto de negocios jurídicos”?, [En línea] *elDial.com*, Doctrina, DC138 F, publicado el 11 de junio de 2010.
- Sancinetti, M. (2014). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268, 2, C.P.) -Un tipo penal violatorio del Estado de derecho*, 3.ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Sancinetti, M. (2016), Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamado, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio”. *Pensamiento Penal*, 16/8/2016, p. 3, [Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/02/doctrina47338.pdf>].
- Sarrabayrouse, E. (2014). Evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Balances y perspectivas. En J. Palma Herrera (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (pp. 331-376). Madrid: Dykinson.
- Silva Sánchez, J. (2009). Una crítica a las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 11, 35-56.
- Silva Sánchez, J. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. En J. Silva Sánchez (dir.) *Criminalidad de empresa y Compliance* (pp. 7-36). Barcelona: Atelier.
- Sircovich, J. (2012). El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público en el derecho argentino. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2012-7, 1197-1202.
- Soler, S. (1987). *Derecho penal argentino*, t. 1, 5.ª ed.. Buenos Aires: TEA.
- Trovato, G. (2017). En qué consiste el delito de lavado de dinero. *En Letra: Derecho Penal*, 5, 15-20.
- Trovato, G. (2018), Reflexiones sobre el delito de blanqueo de capitales. En D. Pastor y J. Alonso (dir.), *Lavado de dinero* (pp. 317-336). Buenos Aires: Ad-Hoc.

- Verde, A. (2016). ¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado? *En Letra: Derecho Penal*, 2, 55-85.
- Volosin, N. (2016), Qué es la extinción de dominio y qué le falta al proyecto en debate. En *Infobae*, 9 de agosto de 2016, [Disponible en: <https://www.infobae.com/opinion/2016/08/09/que-es-la-extincion-de-dominio-y-que-le-falta-al-proyecto-en-debate/>].
- Volosin, N. (2019), Qué está bien y qué está mal del DNU de extinción de dominio. En *Infobae*, 22 de enero de 2019, [Disponible en: <https://www.infobae.com/opinion/2019/01/22/que-esta-bien-y-que-esta-mal-del-dnu-de-extincion-de-dominio/>].
- Walther, F. (2010). Das Korruptionsstrafrecht des StGB. *Jura*, 7/2010, 511-520.
- Wortman Jofré, H. y Sánchez Rodríguez, V. (2017). Ley de arrepentido y extinción de dominio. Avances y retrocesos. En *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017* (pp. 190-205). Buenos Aires: Eudeba.
- Zaffaroni, R., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed. Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia

- Dictamen fiscal en la causa n.º 8.284/2016, [Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/08/Dictamen-de-la-fiscal%C3%ADa.pdf>]
- Proyecto de Ley. Expediente 31/2016, [Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/31.16/CD/PL>]

Otras Referencias

- Centro de Información Judicial. Condenaron a José López a 6 años de prisión en un juicio oral por enriquecimiento ilícito. 12 de junio de 2019, [Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-34901-Condenaron-a-Jos-Lopez-a-6-a-os-de-prisi-n-en-un-juicio-oral-por-enriquecimiento-il-cito.html>]
- Clarín. Juicios por enriquecimiento ilícito. La primera condena después de 35 años, 16 de octubre de 1999, [Disponible en: https://www.clarin.com/politica/primera-condena-despues-35-anos_0_Hk6eGK3e0Fx.html]
- Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Argentina (2017), [Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf>]
- Transparency International (2018). Informe sobre Índice de Percepción de Corrupción, [Disponible en: <https://www.transparency.org/cpi2018>]

Capítulo V

BRASIL

Fábio Ramazzini Bechara

Thamara Duarte Cunha Medeiros

INTRODUCCIÓN

Desde la redemocratización en los años 80, cuyo marco es la Constitución Federal de 1988, Brasil se encuentra en un proceso continuo de apertura y afirmación de derechos. El país se ha adherido a las principales pautas y agendas internacionales, y buscado, además de su valor simbólico y político, promover cambios estructurales tanto en el plano institucional como en el plano normativo.

Los casos de corrupción que se han revelado en las últimas décadas, en diferentes contextos, siempre se han caracterizado por la incapacidad de las instituciones para responder de forma efectiva. La impunidad fue una característica notable por mucho tiempo. Las razones para ello se atribuyen a diferentes factores, como la falta de un aparato investigativo adecuado, una legislación obsoleta, la falta de independencia y compromiso y el espíritu corporativo de ciertas instituciones del Estado, el régimen de contratación pública, el bajo nivel de control y transparencia y el sistema político nacional.

Si, por un lado, la Operación “Lava Jato” y el Caso “Mensalão”¹ constituyen dos momentos relevantes en esta historia porque rompieron el mito de la impunidad en los altos escalones de la política nacional; por otro lado, también es cierto que todavía hay un significativo número de casos y denuncias de corrupción que permanecen o quedan impunes, y que desafían permanentemente la capacidad de respuesta de las instituciones.

¹ Escándalo de las mensualidades o caso mensalón (adaptado al español) es el nombre dado a la crisis política sufrida por el gobierno brasileño en 2005 en relación con un caso de corrupción política en la Cámara de Diputados de Brasil.

La Operación “Lava Jato” en particular, al mismo tiempo que se benefició de un conjunto de avances institucionales y legislativos, que garantizaron su efectividad, también generó preocupaciones y reflexiones acerca de sus límites, y supuso todo un proceso de aprendizaje para que nuevos casos de corrupción puedan ser evitados en el futuro.

En este contexto, el objetivo de este capítulo consiste en analizar la trayectoria de los avances institucionales y legislativos en Brasil, que ha impulsado la agenda anticorrupción y han tenido un alto impacto, alcanzado en casos como la operación “Lava Jato” una reconocida dimensión transnacional.

Teniendo en cuenta la complejidad del tema, el alcance del estudio también comprende una reflexión sobre los desafíos y las perspectivas en la lucha contra la corrupción, especialmente desde el punto de vista del diseño institucional, considerando las grandes dificultades que caracterizan la cooperación y coordinación entre diferentes órganos, y que constituyen, a nuestro entender, el principal obstáculo a ser superado.

Así mismo, aunque los avances en el control y lucha contra la corrupción son notables, aún persisten desafíos desde el punto de vista del perfeccionamiento normativo, que no son objeto de análisis, como la regulación de la actividad de cabildeo (*lobby*), la ampliación de la figura de la confiscación de bienes, la extinción del dominio, la delación (*whistleblowing*), o el crimen de enriquecimiento ilícito, entre otros.

1. NOTAS CONCEPTUALES SOBRE LA CORRUPCIÓN: PERSPECTIVAS PERSONALISTA E INSTITUCIONAL

Es cierto que la corrupción aún carece de una definición exacta y su estudio demanda múltiples planteamientos bajo diversas perspectivas. Comúnmente, su concepto se confunde con sus tipologías, especialmente el soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y de organizaciones internacionales, el soborno privado, la malversación o el peculado en el sector público y privado, la apropiación indebida y otras formas de desviación de bienes, el tráfico de influencias,

el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el lavado de dinero, el encubrimiento o la obstrucción de la justicia.

Sin embargo, en el presente trabajo, se tomará el término corrupción tan sólo en el sentido jurídico-formal, y teniendo como referencia las directrices de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, de la que Brasil es signatario, y que ha impulsado las principales modificaciones en el plano legislativo nacional. En este sentido, la corrupción comprende todo comportamiento, público o privado, de personas físicas o jurídicas, nacionales, extranjeras o internacionales, potencialmente capaz de comprometer el patrón ético y moral.

Mário Vinicius Claussem Spinelli (2016) propone en su tesis doctoral “*Street-level corruption: fatores institucionais e políticos da corrupção burocrática*” dos planteamientos para abordar la corrupción, el personalista y el institucional, con el objetivo de orientar las directrices que deben guiar el enfrentamiento del problema, principalmente desde el punto de vista del Estado.

El enfoque personalista comprende, según el autor, las causas que llevan, o que pueden llevar, a una persona a incurrir en un acto de corrupción, como la oportunidad de obtener una ventaja (asociada a una elección racional de costo y beneficio), la presión recibida, la posición o función ocupada, la capacidad intelectual, la autoconfianza, la capacidad coercitiva y de simulación, y la facultad de manejar el estrés (Spinelli, 2016, p. 42).

Por su parte, el enfoque institucional comprende las condiciones institucionales que favorecen, o dificultan, la realización de actos de corrupción, como el poder discrecional y la discrecionalidad burocrática, las ventajas económicas asociadas a ese poder y la baja probabilidad de tener que responder por el hecho ilícito a la luz de la normativa aplicable y del sistema judicial (Spinelli, 2016, p. 46).

Los dos enfoques influyen en la comprensión del fenómeno de la corrupción en Brasil. Así mismo, también tienen un impacto en el diseño institucional brasileño, ya sea en el plano legislativo o en el organizacional, aunque no siempre es posible identificar la sinergia, la coordinación y la unidad que sería deseable entre ambos.

2. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA CORRUPCIÓN EN BRASIL: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS Y ACTUALES

Abordar el tema de la corrupción no es una tarea fácil, sobre todo si la ubicamos en el contexto político-económico y social de Brasil, donde son múltiples los casos relacionados con el desvío de recursos públicos, fraudes, sobornos, malversación, abuso de poder, tráfico de influencias y evasión de impuestos, entre otros. Pero lo que sí se puede afirmar es que la corrupción no es un fenómeno reciente en la sociedad brasileña. Por el contrario, existe desde hace siglos, precisamente, desde el inicio de la colonización portuguesa, sobre todo, en razón de las prácticas clientelistas, patriarcales y patrimoniales que marcaron el desarrollo del país, a partir de una confusa relación entre lo público y lo privado (Holanda, S., 2014; Faoro, R., 2001).

A este respecto, Luiz Henrique Urquh Cademartori y Raísa Carvalho Simões (2009) señalan que “[d]urante o processo de formação do Estado e, sobretudo, desde o início da modernização da administração pública do país, já se evidenciavam práticas de favorecimento indevido imperando na esfera pública e seu entorno de relações privadas” (p. 225). En el mismo sentido, Salomão Ribas Junior (2014) advierte que:

Brasil é um país em que se aceita o pagamento de propina para se obter mais facilmente um documento em uma repartição pública. É o caso da figura do despachante de trânsito (...). É uma prática tão comum e tão pacificamente aceita que não exige maiores demonstrações. O que se paga, e sabendo-se que parte vai complementar a remuneração de algum servidor, não é considerada corrupção administrativa. É incluída entre as pequenas corrupções aceitas com naturalidade pela sociedade. A celeridade na expedição do documento desejado é benefício muito mais significativo do que o custo da corrupção para si próprio e para a sociedade (p. 72).

De hecho, el legado ibérico impuso a la sociedad brasileña una organización político social marcada por rasgos culturales involucrados en prácticas que corrompen valores morales y éticos y, aunque ya hayan pasados siglos y múltiples cambios de gobierno, la corrupción aún es parte de la estructura política de Brasil. Esto permite comprender como, además de la herencia de la colonización, la fragilidad de

las instituciones democráticas también ha colaborado al desarrollo de una corrupción sistémica y endémica en el país.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que, pese a los fundamentos históricos, atribuir el fenómeno de la corrupción únicamente a la dominación colonial es “huir de la realidad e intentar ocultar los verdaderos motivos y reales beneficiarios de los tan comunes desvíos y fraudes practicados a lo largo del siglo XX y que se perpetúan en este inicio del siglo XXI” (Furtado, 2015, p. 18). Es necesario, por tanto, considerar que “la corrupción está directamente relacionada a la eficiencia y al funcionamiento de las instituciones establecidas por cada sociedad” (Guizzo Neto, 2016, p. 33).

Aún desde esta perspectiva, Filgueiras (2009) señala que la corrupción no está relacionada con el carácter del brasileño, sino con una construcción social que permite que sea tolerada como práctica. Según este autor:

[n]ão se pode dizer, portanto, que o brasileiro típico represente um caso de ausência de virtudes. As democracias não podem confiar apenas nas virtudes dos cidadãos, uma vez que é fundamental pensar a efetividade das leis. As virtudes são necessárias, mas não representam uma condição suficiente para manter o funcionamento da democracia. É necessário pensar, porém, no caso brasileiro, um processo de democratização no plano da sociabilidade e da cultura, tendo como horizonte uma democracia que não se resume a seus ritos formais, mas que seja capaz de garantir a adesão do cidadão comum às instituições democráticas, tendo em vista a efetividade da lei e mecanismos democráticos de controle da corrupção (p. 417).

No obstante, aunque la democracia en Brasil se encuentre consolidada, y la sociedad civil sea articulada, la crisis política que marca la historia reciente del país revela las raíces profundas de la corrupción. El último Informe de Transparencia Internacional sobre el Índice de Percepción de Corrupción, publicado en enero de 2019, sitúa a Brasil en la 105ª posición entre los 180 países participantes, su peor índice desde 2012. El país obtuvo una calificación de 35 puntos, lo que significó un descenso de 9 puntos en relación con 2018. Esto demuestra una amplia insatisfacción social hacia la corrupción, que puede justificarse como consecuencia de la transcendencia pública del mayor y más grave escándalo de corrupción de la historia de Brasil: la operación *Lava Jato*, cuyos detalles se abordan a continuación.

3. LA OPERACIÓN *LAVA JATO*

La operación *Lava Jato* debe su nombre al descubrimiento del uso de una red de gasolineras y lavaderos de coches para mover recursos ilícitos pertenecientes a una de las organizaciones criminales inicialmente investigadas. Aunque la investigación haya avanzado hacia otras organizaciones criminales, el nombre inicial de la operación se ha mantenido.

La operación *Lava Jato* es la mayor investigación de corrupción y lavado de dinero de la historia de Brasil. Las estimaciones iniciales apuntan que la cantidad de recursos desviados de Petrobras, la mayor de las empresas estatales del país, se aproxima a billones de dólares. A ello se suma, la importancia económica y política de los sospechosos de participar en el esquema de corrupción.

En un primer momento de la investigación, iniciada en marzo de 2014 en la Justicia Federal de Curitiba, fueron investigadas y procesadas cuatro organizaciones criminales lideradas por cambistas, que negociaban con dólares en el mercado de cambio no oficial. En la investigación, el Ministerio Público Federal reunió pruebas de un inmenso esquema criminal de corrupción involucrando a Petrobras. En este esquema, que se ha prolongado, por lo menos, por diez años, grandes empresas contratistas organizadas en un cartel pagaban coimas a altos ejecutivos de Petrobras y otros agentes públicos. El valor de la coima oscilaba entre el 1% y el 5% del importe total de los contratos multimillonarios concedidos. Estos sobornos se distribuían a través de los operadores financieros del esquema, incluidos los cambistas investigados en la primera etapa. De esta manera, entre los principales involucrados en el esquema de corrupción de Petrobras se encontraban las empresas contratistas, los funcionarios de Petrobras, los operadores financieros y los agentes políticos (Ministério público Federal, 2019).

El *modus operandi* revelado por las investigaciones de la operación *Lava Jato* demuestra una madurez compleja en los esquemas de soborno y coima de Petrobras. En un escenario normal, las empresas contratistas competían entre sí en licitaciones públicas para conseguir los contratos de Petrobras. Sin embargo, dichas empresas se organizaron en un “cartel” para sustituir la competencia real por una aparente. Así, los precios ofrecidos a Petrobras eran calculados y ajustados

en reuniones secretas en las que se definía quién ganaría el contrato y cuál sería el precio, inflando el beneficio privado y perjudicando los intereses de Petrobras. El cartel tenía hasta un reglamento, que simulaba las reglas de un campeonato de fútbol, para definir cómo las obras serían distribuidas. Para disimular la actividad delictiva, el registro escrito de la distribución de las obras era, a veces, realizado como si se tratase de la distribución de premios en un bingo (Ministerio público Federal, 2019).

Para garantizar que solo aquellas empresas contratistas del cártel fuesen invitadas a participar en las licitaciones, los funcionarios de Petrobras coaptaban a los agentes públicos que tenían conocimiento del cartel, y los favorecían, restringiendo la participación de otras empresas e incluyendo a la ganadora entre las contratistas participantes, en un juego de cartas marcadas. De acuerdo con la información obtenida de Petrobras, se realizaban negociaciones directas injustificadas, se filtraban informaciones confidenciales, se aceleraban contrataciones suprimiendo ciertas etapas procedimentales relevantes y se celebraban contratos complementarios innecesarios y con precios excesivos, entre otras irregularidades (Ministerio público Federal, 2019).

La participación de los operadores financieros era estratégica, porque, además de responsables por intermediar el pago de las coimas, también eran responsables por la entrega de sobornos con apariencia de dinero limpio a los beneficiarios.

En cuanto a los agentes políticos, estos fueron vinculados a la investigación a partir de marzo de 2015, cuando el Fiscal General de la República presentó al Tribunal Supremo Federal 28 peticiones para la apertura de investigaciones penales destinadas a investigar hechos imputados a 55 personas, de las cuales 49 se encontraban aforadas. Se trataba de personas que integraban o estaban relacionadas con partidos políticos responsables por nombrar y mantener a los directores de Petrobras. Los principales crímenes que se les imputaban eran corrupción pasiva por la aceptación de más de seis mil millones de reales (aproximadamente US\$1'447.113) en sobornos, organización criminal, lavado de dinero y crímenes contra el sistema financiero.

Los resultados alcanzados por la operación, que ya ha completado 5 años, son notables. Fueron recuperados más de US\$ 1 billón. Ha habido 244 condenas penales, que sumadas, totalizan más de mil años

de pena privativa de libertad. Han sido firmados 11 acuerdos administrativos de reconocimiento de responsabilidad (Carvalhosa, 2014)² y 184 acuerdos de colaboración premiada. Así mismo, han sido enviadas ciento treinta solicitudes de cooperación jurídica internacional a 33 países distintos (Ministério público Federal, 2019).

Además de los resultados ya señalados, la operación también ha impulsado las preocupaciones y reflexiones acerca de sus límites. Así mismo, ha promovido el aprendizaje para que nuevos casos de corrupción puedan ser evitados en el futuro, poniendo de relieve algunos importantes desafíos para el control y combate de la corrupción. En particular, se ha puesto de manifiesto la necesidad de invertir en el control del gasto público, lo que significa que el control y combate a la corrupción requiere necesariamente el perfeccionamiento de los instrumentos de transparencia y de los sistemas de auditorías para controlar los recursos públicos en Brasil.

4. AVANCES INSTITUCIONALES EN EL CONTROL Y EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Importantes avances institucionales han tenido lugar a partir de la Constitución Federal Brasileña de 1988 (CF). La apertura democrática del país impuso nuevos paradigmas para la Administración Pública

² El acuerdo de indulgencia ha sido incorporado por la legislación brasileña por medio de la Ley 10.149/00 que, al reformar la antigua Ley Antitrust (Ley n.º 8.884/94), previó, en su artículo 35-B, la posibilidad de celebración de acuerdos entre el Poder Público y una empresa miembro de un cártel o de sus empleados. Esta previsión fue mantenida por la nueva Ley Antitrust (Ley n.º 12.529/11) y, recientemente, con la Ley de la Empresa Limpia (Ley n.º 12.846/13), pasó a ser admitida también con relación a cualquier acto de corrupción practicado por la empresa y no sólo los de formación de cárteles. El acuerdo de indulgencia previsto en la Ley Antitrust brasileña de 2011 consiste en un pacto firmado entre el miembro del cártel que lo denuncie y el Estado —por intermedio del Ministerio de Justicia—, por medio del cual se consigna que en caso de que el solicitante proporcione elementos de convicción suficientes para desbaratar el referido cártel, tendrá asegurada inmunidad penal y administrativa (artículo 87, párrafo único). El acuerdo de indulgencia de la Ley de la Empresa Limpia, a diferencia de aquel introducido en la Ley Antitrust, no otorga inmunidad penal u otro tipo de protección a sus beneficiarios, en contrapartida al hecho de confesar haber practicado actos ilegales.

en el ámbito de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Tras 30 años de democracia es posible constatar avances institucionales en el ámbito de la transparencia y el control.

Estos avances han implicado la creación de órganos e iniciativas que han aumentado la gestión y el control sobre la información, y por lo tanto la vigilancia y la capacidad de reacción para identificar el “camino del dinero”, y de las cadenas y vínculos de relación de naturaleza personal, empresarial y política.

En este escenario, se destacan el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU), la Contraloría General de la Unión (CGU), el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF) y el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional (DRCI). Cada uno de esos órganos, dentro de su ámbito de competencia, han producido conocimiento cualificado para identificar las actividades ilícitas reveladas a lo largo de toda la operación.

En el ámbito del Tribunal de Cuentas de la Unión, hay que destacar la auditoría financiera sobre las prestaciones de cuentas de órganos y entidades públicas, y la auditoría operacional en la recolección y análisis sistemático de la información sobre las características, los procesos y los resultados de los programas, actividades y organizaciones. Ambos tipos de auditorías han permitido identificar los detalles en las construcciones públicas de carreteras, ferrocarriles y aeropuertos.

La Contraloría General de la Unión, órgano vinculado al Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Contraloría General de la Unión, ha sumado sus esfuerzos al TCU. Sin embargo, como elemento diferencial, su actuación comprende todo el ciclo de la contratación pública, ya que es responsable por las acciones de control interno, auditoría pública, corrección, prevención y lucha contra la corrupción. Entre los temas monitoreados se incluyen las licitaciones públicas, los gastos con tarjeta corporativa, los gastos de dietas y transporte y la tercerización. La CGU emite alertas cuando encuentra transacciones que se encuadran en alguno de los múltiples tipos de ilícitos previamente identificados por la propia CGU.

En cuanto al Consejo de Control de Actividades Financieras, este es el órgano que actúa en la prevención y represión del lavado de dinero, siendo, por lo tanto, el responsable por el monitoreo de las operaciones financieras atípicas. El COAF coopera con unidades de

inteligencia financiera (UIF) de todo el mundo, a través de informaciones interoperativas relacionadas con transacciones financieras y operaciones patrimoniales. En la operación Lava Jato, el COAF cooperó compartiendo el Informe de inteligencia Financiera (RIF), que documenta las hipótesis de atipicidad financiera.

En el 2003 fue creado el Departamento de Recuperación Activos y Cooperación Judicial Internacional, órgano que se integra en la estructura del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, y que es el responsable por los procedimientos de asistencia judicial internacional en materia civil y penal. El establecimiento de una única Autoridad Central para gestionar los dos tipos de procedimientos internacionales de cooperación surge de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada (Convención de Palermo), así como de los acuerdos bilaterales de cooperación, que transfieren la competencia para gestionar los mismos del Ministerio de Asuntos Exteriores al Ministerio de Justicia, como una forma de mejorar la capacidad de articulación y simplificar los procedimientos.

Por último, hay que destacar la Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción y el Lavado de Dinero (ENCCLA), creada en 2003 en el ámbito del Ministerio de Justicia, con la función de promover la articulación interinstitucional en el control y la lucha contra la corrupción. La acción de la ENCCLA ha supuesto, entre otros resultados, la reducción de las diferencias de criterio entre los organismos involucrados a la hora entender toda una serie de cuestiones técnicas. Además, ha involucrado a dichos organismos en toda una serie de proyectos de ley, como, por ejemplo, la Ley de las Organizaciones criminales (Ley núm. 12850/2013)³. En este sentido, es importante

³ Outros resultados obtidos pela ENCCLA: a Criação do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD), que desde 2004 já qualificou cerca de 15 mil agentes em todas as regiões do País; a Criação do Cadastro Nacional de Clientes do Sistema Financeiro (CCS), sob gestão do Banco Central do Brasil (BACEN); a padronização da forma de solicitação/resposta de quebras de sigilo bancário e respectivos rastreamentos e desenvolvimento do Sistema de Investigação de Movimentação Bancária (SIMBA); a criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro, visando à otimização das investigações e ações penais, por meio da simplificação da análise de dados de grande volume; a elaboração do anteprojeto de sindicância patrimonial, para regulamentar a declaração de bens e valores que

resaltar que la ENCCLA ha sido reconocida por las Naciones Unidas (Unodc, 2011, p. 11). y por el Grupo de Acción Financiera Internacional (Gafi, 2010) como una buena práctica brasileña en el desarrollo de políticas de lucha contra la corrupción.

5. AVANCES NORMATIVOS EN EL CONTROL Y EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Es posible reconocer en el sistema judicial brasileño un modelo judicial normativo cada vez más amplio y sinérgico, que permite cohibir las desviaciones comportamentales, aumentar la transparencia, reducir los espacios de oportunidad, establecer controles y restricciones, racionalizar objetivamente el proceso de toma de decisiones y aumentar el riesgo de tener que hacer frente a las responsabilidades en que se incurre.

En el plano internacional, “el creciente enfoque de las organizaciones internacionales sobre el vínculo entre instituciones efectivas, corrupción y crecimiento condujo a una proliferación de acuerdos internacionales en la década de 1990 que se centraron en actividades y organismos anticorrupción” (Recanati, 2011, p. 532). En este contexto, han sido de particular relevancia para Brasil las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y contra la Corrupción, la Convención de la Organización de los

compõem o patrimônio privado do agente público. O anteprojeto culminou com a edição do Decreto 5.483/2005 no âmbito federal: a Criação do Sistema Nacional de Bens Apreendidos, gerido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e o fomento à alienação antecipada de bens, permitindo, assim, maior efetividade no corte dos fluxos financeiros das organizações criminosas; a criação do Cadastro de Entidades Inidôneas e Suspeitas (CEIS), mantido pela Controladoria Geral da União, assegurando maior publicidade, transparência e controle social em relação às empresas que contratam com o poder público; a criação do Cadastro Nacional de Entidades (CNEs), sob gestão do Ministério da Justiça; a consolidação de uma autoridade central para fins de cooperação jurídica internacional-maior efetividade da justiça com a possibilidade de se buscar provas no exterior; a elaboração de diversos anteprojotos de lei e propostas de emenda, notadamente o projeto de lei sobre organizações criminosas (Lei n. 12850/2013), lavagem de dinheiro (Lei n. 12863/2012), extinção de domínio (perdimento civil de bens relacionados a atos ilícitos), intermediação de interesses (lobby).

Estados para el Desarrollo Económico (OCDE), todas ellas ratificadas por Brasil, y, en lo que se refiere al intercambio de información en materia fiscal, las recomendaciones del Grupo de Actuación (GAFI), y los acuerdos bilaterales de asistencia mutua en materia penal que Brasil ha suscrito con veinte países, incluyendo a Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México, Reino Unido y Suiza.

Estos últimos, así como los tratados multilaterales de cooperación judicial ratificados por Brasil, se han ido paulatinamente incorporando a la cultura judicial brasileña. De esta manera, en el ámbito de la operación *Lava Jato*, los acuerdos de cooperación judicial internacional han sido utilizados en más de 180 pedidos de asistencia (130 pedidos emitidos por Brasil a 33 países y 53 solicitudes recibidas por Brasil de 24 Estados) para el intercambio de información y pruebas, producción de pruebas en el extranjero, acceso a datos bancarios, rastreo, congelación y repatriación de bienes y extradición, entre otros.

En el plano nacional, el principal sistema normativo utilizado para investigar los ilícitos administrativos, civiles y penales en la operación *Lava Jato* ha sido inspirado en los compromisos internacionales asumidos por Brasil. Así, la colaboración premiada ha sido particularmente utilizada en la operación, teniendo en cuenta los más de 150 acuerdos firmados con los investigadores. Además, en lo que respecta a los avances normativos para el control y lucha contra la corrupción, se destacan las siguientes leyes:

- i) Ley núm. 8429/1992: Ley de improbidad administrativa, que castiga los actos que atentan contra los principios de la administración pública, causan perjuicio a las arcas públicas o generan enriquecimiento ilícito;
- ii) Ley núm. 8.666/1993: Ley de licitación, que establece el régimen jurídico de contratación pública a través de la competición, partiendo de la premisa que esa es la mejor forma de protección del interés público;
- iii) Ley núm. 9.613/1998: Ley que instituye el sistema brasileño antilavado de dinero, define el crimen de lavado de dinero, crea el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF) y define la responsabilidad administrativa de una serie de personas obligadas a informar de operaciones financieras

sospechosas. Esta ley ha sido modificada por la Ley núm. 12683/2012.

- iv) Ley núm. 12527/2011: Ley de acceso a la información, que regula el derecho a la información en el ámbito de la Administración Pública, en razón del principio de la publicidad, por el cual el secreto pasa a ser excepcional, temporal y sólo aplicable en las hipótesis previstas por la ley;
- v) Ley núm. 12.813/2013: Ley relativa a los conflictos de intereses en el ejercicio del cargo o empleo en el Poder Ejecutivo Federal, y a los impedimentos posteriores al ejercicio del cargo o empleo;
- vi) Ley núm. 12.846/2013: Ley brasileña anticorrupción, que regula la responsabilidad objetiva, civil y administrativa, de las personas jurídicas involucradas en actos de corrupción, y establece toda una serie de procedimientos de gestión, un código de conducta e integridad, una regulación de la comunicación interna y programas de capacitación y entrenamiento, que deben ser adoptados por dichas personas jurídicas;
- vii) Ley núm. 12.850/2013: Ley que define el crimen de organización delictiva y regula diversos instrumentos procesales con miras a calificar la investigación penal, incluyendo, entre otros, la infiltración de agentes, la colaboración premiada, el acceso a datos catastrales de empresas de telefonía y del sistema financiero;
- viii) Ley núm. 13.260/2016: Ley que regula lo dispuesto en el inciso XLIII del art. 5° de la Constitución Federal, y reformulando el concepto de organización terrorista, modifica las Leyes núm. 7.960, de 21 de diciembre de 1989, y 12.850, de 2 de agosto de 2013, introduciendo varias disposiciones para la investigación y enjuiciamiento del terrorismo;
- ix) Ley núm. 13.303/2016: Ley que trata sobre el estatuto jurídico de las empresas que tienen capital público en la participación accionarial. Esta ley exige la adopción de códigos de conducta e integridad y de criterios objetivos y de meritocracia para la ocupación de cargos de dirección, y prohíbe el apadrinamiento político partidista para tales nombramientos, así como para los relativos a cargos públicos de confianza en el consejo de ad-

ministración. Así mismo, establece el sometimiento a toda una serie de requisitos de transparencia y gestión de riesgos.

De los avances legislativos señalados, cabe destacar en particular dos instrumentos procesales, la colaboración premiada y la cooperación judicial internacional, los cuales entendemos que han sido factores determinantes para el buen desempeño de las investigaciones en el curso de la operación *Lava Jato*.

También hay que mencionar la Ley Anticorrupción Empresarial, conocida como Ley de la Empresa Limpia (Ley n. 12.846/13). Aunque sea la primera norma que dispone la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública (nacional o extranjera), su introducción en el ordenamiento jurídico brasileño fortalece y complementa el “sistema legal de defensa de la moralidad” (Moreira Neto y Freitas, 2014), que ya había sido incorporado en: (i) la Ley de Combate a la Improbidad Administrativa (Ley núm. 8.429/1992); (ii) las disposiciones penales de la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos; (iii) la Ley de Defensa de la Competencia (Ley n° 12.259/2011); (iv) la denominada Ley de la ‘Ficha Limpia’ (Ley Complementaria n° 135/2010); y (v) los tipos penales previstos en el código penal que disponen sobre los delitos contra la administración pública. En este contexto, además de innovar al proponer el endurecimiento de las sanciones a las personas jurídicas involucradas en los actos de corrupción contra la administración pública, la nueva Ley instituye, como mecanismo de atenuación a sanciones impuestas a las empresas, los programas de cumplimiento/conformidad y la adopción de los acuerdos administrativos de reconocimiento de responsabilidad.

De esta manera, el nuevo marco de control y lucha contra la corrupción ha introducido cambios significativos en la estructura normativa del país. Las leyes mencionadas están, en gran medida, inspiradas en premisas e iniciativas internacionales previstas en convenciones y tratados. No obstante, pese a todas las conquistas normativas, cabe subrayar que:

[c]ontudo, falta, à democracia brasileira, um senso maior de publicidade, pelo qual a transparência esteja referida a uma ativação da cidadania, à *accountability* e à participação, sem os quais os esforços de combate e controle da corrupção ficarão emperrados em meio a uma cultura política tolerante às delinquências do homem público (Filgueiras, 2009, p. 418).

6. DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS EN EL CONTROL Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN

La corrupción, el lavado de dinero, la seguridad, la defensa, el crimen organizado, son todos ellos problemas complejos sometidos a un régimen de competencia concurrente y fragmentado dada su interdisciplinaridad. Por lo tanto, requieren del compromiso de personas e instituciones, la existencia de un modelo de gobernanza colaborativa que sea capaz de reducir el riesgo de decisiones contradictorias, una mayor seguridad jurídica y el incremento en los niveles de control regulatorio y prevención.

Ni la delincuencia organizada logra formarse y sobrevivir, ni los mercados ilegales prosperan, si no hay cooptación de agentes públicos y capital que los financie (Levi, 2009). No hay duda de que las reformas legislativas son necesarias, así como el aumento de la transparencia y el control, el monitoreo financiero y la recolección y procesamiento sistemático de datos. Pero lo que efectivamente puede hacer la gran diferencia es cambiar el nivel de interacción y cooperación entre los organismos involucrados. En este sentido, Klitgaard, MacLean-Abaroa y Parris (2001) afirman:

Para prevenir e impedir la corrupción se requiere de la excelencia conjunta de muchas entidades gubernamentales [...] la experiencia nos demuestra que hay otra necesidad en las campañas contra la corrupción: la necesidad de contar con un punto focal. Alguien, o algún cuerpo oficial, tiene que estar a cargo de la campaña contra la corrupción —debe tener la autoridad política, estar bajo el ojo público y poseer prestigio personal (p. 92).

El mundial de fútbol de 2014 y las olimpiadas de 2016 en Brasil son dos ejemplos importantes para nuestro análisis, especialmente en lo que se refiere a la seguridad pública y la defensa nacional, puesto que decenas de instituciones públicas y privadas interactuaron de forma dinámica no solo a nivel operativo, sino también en el nivel estratégico, en el intercambio de datos sensibles y en el desarrollo de protocolos. Todas estas situaciones tienen en común la acción conjunta de múltiples instituciones.

Chris Ansell y Alison Cash (2008), al analizar 137 casos de modelos de gobernanza colaborativa en sectores públicos tan diversos como la salud, la educación y la seguridad, han identificado una se-

rie de variables críticas que tienen influencia en el éxito o fracaso de las distintas iniciativas: desequilibrio de poderes y recursos, falta de incentivos, antagonismos históricos entre diversos organismos que han de colaborar, liderazgo facilitador, diseño institucional a través de protocolos y reglas básicas de cooperación, procesos colaborativos que requieren un diálogo cara a cara, construcción de confianza, compromiso con el proceso, alineación de las formas de comprender el problema, y valoración de las pequeñas y rápidas victorias. Otro factor de riesgo importante destacado por Frederick M. Kaiser (2011) en su informe para el Congreso de los Estados Unidos son los cambios en el ámbito político y gubernamental.

Entre todos los elementos apuntados en la literatura, en un proceso de cambio efectivo como el que Brasil está comenzando a realizar en este momento, el liderazgo facilitador, fuerte y activo, tiene particular importancia para inducir a la construcción de la deseada cultura del compromiso. Más allá de la voluntad de cambio, la competencia técnica, los acuerdos de cooperación y las normas, aparece como esencial el establecimiento de un liderazgo que consiga, con respecto a los actores involucrados: (i) generar el temor a la pérdida de poder; (ii) fomentar el desarrollo de oportunidades de fortalecimiento y crecimiento; (iii) reafirmar la comunión de propósitos y la confianza mutua; (iv) disuadir las resistencias corporativas; (v) construir la sinergia, el consenso y la alineación adecuada en la toma de decisiones; y (vi) generar el impulso para perseguir una visión conjunta.

Específicamente, en el contexto del combate a la corrupción, la operación *Lava Jato* y el COAF son dos ejemplos de iniciativas colaborativas exitosas, sostenibles a lo largo del tiempo, que han sobrevivido a pesar de las alternancias en el poder y los intentos de injerencia, y que se han caracterizado fundamentalmente por un liderazgo fuerte y activo.

En contraste, las iniciativas colaborativas puestas en marcha para el mundial de fútbol de 2014 y las olimpiadas de 2016, a pesar de su eficiencia constatada durante los eventos, y de las grandes inversiones en infraestructura, no pudieron sobrevivir porque, a diferencia de la operación *Lava Jato* y del COAF, no había detrás de las mismas un liderazgo fuerte y activo mínimamente capaz de construir un legado.

Existen otros factores que pueden contribuir también en estos procesos. Así, por ejemplo, hay doce centros integrados de mando y control, repartidos por el país, que fueron construidos para el mundial de fútbol de 2014. Además, se ha fortalecido la interoperabilidad tecnológica entre bases de datos que contribuye a consolidar el acceso conjunto a la información, el desarrollo del conocimiento, y la dirección en la toma de decisiones (por ejemplo, el Lab Contas del TCU y el Cerebro del Consejo de Administración de Defensa Económica).

Así mismo, constituyen también iniciativas de referencia, construidas a partir del reconocimiento de problemas complejos que demandan un gran esfuerzo cooperativo, y que pueden auxiliar en la construcción de la agenda brasileña, las experiencias de la Unión Europea (Europol y Eurojust), las Naciones Unidas, el Banco Mundial (STAR), y los Estados Unidos (*National Counter Terrorism Center, Stolen Asset Recovery Initiative*).

7. CONCLUSIÓN

La corrupción es parte de la estructura político-social y económica de Brasil desde sus orígenes. No cabe duda de que la herencia ibérica impuso su sello en la dinámica público-privada característica de la sociedad brasileña. Por ello, durante décadas, el destino del país ha estado marcado por los sobornos, los favorecimientos, los pagos ilícitos y otras prácticas de corrupción. Además del legado de la colonización, la corrupción ha prosperado de forma sistémica y endémica en razón de la fragilidad de las instituciones federales y estatales. No obstante, la madurez democrática que el país está alcanzando alumbrará nuevas posibilidades de gobernanza pública y corporativa y, en este escenario, la corrupción empieza a encontrar sus límites.

En los últimos cinco años, la operación *Lava Jato* ha develado al mundo el mayor esquema de corrupción de América Latina. Sus consecuencias se pueden observar ya en el sistema político brasileño. Aún no es posible saber con precisión el destino de la operación, pero sí se puede afirmar que su legado está promoviendo un cambio significativo en el ámbito de las relaciones público-privadas.

Las nuevas estrategias normativas e institucionales han promovido avances concretos en el control y lucha contra la corrupción, sobre

todo en lo que respecta a la transparencia, el monitoreo del sistema financiero, el control social y el perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos de investigación y persecución en los ámbitos penal y administrativo.

Finalmente, aunque las leyes y las políticas públicas hayan promovido cambios en la prevención y represión de la corrupción, la percepción social aún presenta índices negativos por los enormes daños económicos y sociales que la corrupción ha generado. Por ello, para combatir la corrupción estructural, más que prevenir y reprimir, es necesario promover un cambio de cultura de las relaciones público-privadas en la sociedad brasileña.

REFERENCIAS

Doctrina

- Ansell, C. & Cash, A. (2008) Collaborative Governance in Theory and Practice”-Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART, Vol. 18, No. 4.
- Cademartori, L.H., Simões, R. (2010). A sobrevivência do modelo patrimonial na reforma administrativa gerencial do estado brasileiro. *Revista Panóptica*, v. 3, n. 18, pp. 27-153.
- Carvalhosa, M. (2014) La nueva ley anticorrupción brasileña. Disponible en: revistas.usal.es/index.php/ais/article/download/11967/12330.
- Faoro, R. (2001) *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Editora Globo.
- Filgueiras, F. (2009) A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2.
- Furtado, L. (2015). *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- Ghizzo Neto, A. (2016). O combate à corrupção e a educação como instrumento de ação coletiva. En Cunha Filho, A. J., Araújo, G. R., Livianu, R., Pascolati Junior, U. A. (coords.). *48 visões sobre corrupção*. São Paulo: Quartier Latin.
- Holanda, S. B. (2014). *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Kaiser. F. M. (2011) *Interagency Collaborative Arrangements and Activities: Types, Rationales, Considerations*. Congressional Research Service.
- Klitgaard, R., MacLean-Abaroa, R. & Parris, H. L. (2001). *Corrupción en las ciudades: Una guía práctica para la cura y la prevención*. Bolivia: Aguilar.

- Levi, M. (2009) Corruption and money laundering by Dr. Chaikin and J. C. Sharman. *Journal of Law and Society* 36 (4), pp. 589-591. [Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-6478.2009.00486.x>]
- Moreira Neto, D., Freitas, R. (2014) A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. [Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140211-10.pdf>]
- Recanatini F. (2011) Anti-Corruption authorities: an effective tool to curb corruption? En Rose-Ackerman, S. y Søreide, T. *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*. UK: Edward Elgar Publishing.
- Ribas Junior, S. (2014). *Corrupção pública e privada-quatro aspectos: ética no serviço público, contratos, financiamento eleitoral e controle*. Belo Horizonte: Editora Fórum.
- Spinelli Claussem, M. V. (2016) Street-level corruption: fatores institucionais e políticos da corrupção burocrática. [Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17601/Street-level%20corruption%20fatores%20institucionais%20e%20politicos%20da%20corrupcao%20burocratica-Tese%20de%20Doutorado%20Mario%20Vinicius%20Claussen%20Spinelli%20-%20FGV EAESP.pdf?sequence=6&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17601/Street-level%20corruption%20fatores%20institucionais%20e%20politicos%20da%20corrupcao%20burocratica-Tese%20de%20Doutorado%20Mario%20Vinicius%20Claussen%20Spinelli%20-%20FGV%20EAESP.pdf?sequence=6&isAllowed=y)]

Otras referencias

- Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI (2010). Mutual evaluation report. Federative Republic of Brazil. [Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>]
- Ministerio Público Federal. (2019) Entenda o caso Lava Jato. [Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>]
- United Nations Office On Drugs And Crime-Unodc (2011). [Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf]

Capítulo VI

CHILE

Héctor Hernández Basualto*

INTRODUCCIÓN

En el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional correspondiente a 2018, Chile mantiene su puntaje del año anterior (67 puntos) pero desciende en un puesto en el *ranking* de los países menos corruptos del mundo y alcanza su peor ubicación histórica (pasa del 26° al 27° puesto), ubicándose en el segundo lugar de Sudamérica, luego de Uruguay (70 puntos, puesto 23°). No se trata, probablemente, de un resultado catastrófico, pero la cuarta baja sucesiva en el *ranking* coincide con el estado de ánimo pesimista que al respecto se aprecia en un país que cultivó por largo tiempo una orgullosa autopercepción de probidad¹ y que una serie creciente de escándalos de corrupción durante los últimos años ha demostrado que era cuando menos exagerada, si no ilusoria.

En la actualidad se está viviendo en Chile una crisis de confianza que comienza en febrero de 2015 con la irrupción del llamado “caso Caval”, en que se imputaba tráfico de influencias al entorno familiar de la Presidenta Michelle Bachelet, coincidiendo con el descubrimiento de prácticas masivas de financiamiento ilegal por parte de grandes empresas a campañas políticas de todos los sectores (casos “Penta” y “SQM”, entre muchos casos similares descubiertos en el mismo contexto que, sin embargo, no tuvieron tanta notoriedad), y que se man-

* Trabajo elaborado por el autor como Investigador responsable del Proyecto de Investigación FONDECYT Regular (Chile) N° 1191683 (Sub-inclusión y sobre-inclusión en el tratamiento jurídico-penal de la corrupción).

¹ Un país en el que, por ejemplo, para un sector relevante de la sociedad que podía comprender y hasta aceptar las graves violaciones a los Derechos Humanos durante la dictadura militar, el descubrimiento de las cuentas secretas de Augusto Pinochet en bancos extranjeros fue algo sencillamente inaceptable.

tiene alimentada por una serie de escándalos posteriores². Todo indica que no existe una relación directa entre estos casos y que, además, se ha sobrevalorado la gravedad de algunos de ellos, pero el hecho de que hayan ido surgiendo uno tras otro, en una cadena que parece interminable, ha generado una impresión de verdadera descomposición.

La existencia de la crisis y de respuestas (también) jurídico-penales frente a ella invita no solo al análisis de estas respuestas, sino que permite, además, caracterizar lo que a estas alturas podría llamarse el *mos chilenicus* de hacer frente a la corrupción desde la recuperación de la democracia en marzo de 1990. Si bien sería algo injusto hablar de ausencia de una política pública y, en particular, de una política criminal contra la corrupción en Chile, porque es notorio el perfeccionamiento y profundización de mecanismos que exhiben una continuidad de al menos un par de décadas, se ha hecho evidente, al mismo tiempo, que el impulso para los cambios favorables siempre ha estado en una crisis o escándalo ante el cual se ha reaccionado simbólicamente con la constitución de una comisión técnica con representación o apoyo político de alto nivel, cuyo trabajo ha marcado el punto de partida para una suerte de nuevo trato, con una fuerza que, sin embargo y a pesar de que en general se materializan cambios de importancia, va decreciendo en la medida en que la crisis se supera... hasta la próxima crisis (Muñoz, 2009, p. 117).

En las páginas que siguen se dará cuenta de estas sucesivas crisis o escándalos de corrupción ocurridos desde 1990 y se describirá y analizará críticamente la respuesta estatal, tanto en términos normativos como institucionales, a dichas crisis, con especial énfasis en la política criminal desarrollada por el Estado chileno, especialmente en el plano legislativo. Con esto queda en evidencia que por “política criminal”

² Entre ellos un inédito caso de fraude colectivo entre la oficialidad de Carabineros de Chile por al menos 22 millones de Euros, caso en curso, con más de un centenar de sujetos con investigación formalizada, varios condenados en procedimientos abreviados y una treintena de acusados esperando por un juicio oral. La gravedad del caso radica principalmente en el efecto devastador que puede tener en la moral institucional de un cuerpo policial que, al margen de cualquier otra posible crítica, se consideraba un ejemplo de probidad. Desde 2014 se investiga una serie de casos similares en el Ejército, aunque (al parecer) de menores proporciones, donde se habría defraudado mediante el uso abusivo de fondos reservados y de billetes aéreos y viáticos, así como mediante adquisiciones falsas.

se entenderá aquí el conjunto de medidas y acciones adoptadas por el Estado para hacer frente a un fenómeno delictivo, y no la disciplina que pretende orientar sobre base científica la adopción de tales medidas (Roxin, 2006, p. 194).

1. LAS CRISIS SUCESIVAS Y SUS IMPULSOS

1.1. *El “caso CODELCO” y la Comisión Nacional de Ética Pública (1994)*

En abril de 1994, antes de cumplir un mes en el gobierno, el presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle constituyó una Comisión Nacional de Ética Pública con el encargo de realizar un diagnóstico de la situación en materia de probidad y proponer perfeccionamientos y reformas sobre el particular³. El contexto estuvo dado por el descubrimiento, un par de meses antes, de la defraudación por 200 millones de dólares de que fue víctima la empresa cuprífera estatal CODELCO (la más importante empresa pública chilena) de manos de uno de sus operadores de mercados futuros⁴, caso que no tenía conexiones con el mundo político, pero sugería un grado preocupante de vulnerabilidad del aparato público. La comisión evacuó un detallado informe (ver en referencias) que concluye con 41 recomendaciones con énfasis en medidas de prevención y fiscalización (en materia de incompatibilidades e inhabilidades, de deber de declarar patrimonio e intereses, regulación de donativos, desasimiento patrimonial o fideicomiso ciego del patrimonio de las máximas autoridades durante su desempeño, sistemas de control, control de gastos reservados, ley de contratación pública, financiamiento de la actividad política, ley de acceso a la información pública, entre otras), pero también específicamente penales, tales como la revisión de una legislación (en el Código penal) que no había sufrido modificaciones desde su aprobación en 1874 y que, por tanto, era en buena medida anacrónica y, en particular, la

³ Por Decreto Supremo (Ministerio del Interior) N° 423, de 18 de abril de 1994.

⁴ No habría habido aprovechamiento personal, sino sólo la irrogación de perjuicio patrimonial procurando revertir, extralimitándose en el ejercicio de sus facultades, una pérdida inicial menor imputable a un error. El operador fue condenado a 7 años de privación de libertad.

introducción de nuevos delitos como el de tráfico de influencias, el de uso indebido de información privilegiada por parte de funcionarios y, aunque con dudas, el de enriquecimiento ilícito, así como la reforma del proceso penal, el establecimiento de una fiscalía anticorrupción y el establecimiento de canales adecuados de denuncia.

La principal consecuencia legislativa del trabajo de la comisión en el plano extrapenal fue la Ley N° 19.653, de 14 de diciembre de 1999, que modificó una serie de leyes administrativas, modernizando el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, estableciendo el primer sistema de declaraciones juradas de patrimonio e intereses y el primer sistema de acceso a la información pública, así como mecanismos de control y sanciones.

En materia penal, se produjo una profunda reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999 (Bustos & Medina, 2000, p. 681). En cuanto a lo preexistente, los tipos penales tradicionales consistentes en la irrogación de perjuicio al patrimonio estatal (malversación y fraude al Estado, arts. 233 a 235, 238 y 239⁵ del Código penal⁶) no presentaban, a pesar de sus múltiples dificultades interpretativas⁷, problemas relevantes ni de cobertura ni de penalidad⁸. Respecto del cohecho (arts. 248 a 251), en cambio, el juicio lapidario del informe era acertado y la reforma lo reformuló completamente. Junto con precisarse el sentido de las conductas típicas, se adelantó el momento consumativo (basta ahora

⁵ Debe mencionarse que también es delito, aunque no haya perjuicio fiscal, la sola aplicación pública de recursos públicos que sea arbitrariamente diferente de la prevista (art. 236 del Código penal).

⁶ En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal chileno.

⁷ Se discute doctrinariamente sobre el sentido del delito de fraude al Estado, lo que impacta en su debida delimitación con la malversación, en tanto que respecto de esta última figura es problemática la relación entre los tipos de los arts. 233 y 235, entre otras cuestiones menores. Como fuera, estas dificultades no han tenido mayor incidencia en una aplicación que no exhibe lagunas.

⁸ La malversación de caudales públicos por una suma que exceda de 400 unidades tributarias mensuales (al día de hoy: algo menos de 25 mil Euros) acarrea en principio la pena privativa de libertad del homicidio simple: de 10 años y un día a 15 años, más una multa (arts. 233 N° 3 y 238 inciso segundo). La pena del fraude al Estado era considerablemente menor en todos los casos, más en la línea de lo que se considera normal para delitos patrimoniales.

la sola solicitud o aceptación y el solo ofrecimiento o consentimiento en dar un beneficio), se independizaron entre sí las conductas activas y pasivas y, de la mano de una jerarquización de las distintas hipótesis (cohecho respecto de un acto de servicio correcto, de un acto con infracción de deberes, de la comisión de un delito funcionario)⁹, se aumentaron las penas aplicables, lo que, sin embargo, al mismo tiempo tornó superflua o disfuncional la figura conceptualmente más grave de concusión (art. 241), que no fue tocada por la reforma¹⁰. La ley perfeccionó además el tipo penal de negociación incompatible (art. 240) e introdujo, con menos acierto técnico, los delitos de uso de información privilegiada por parte de funcionario (art. 247 bis) y, con la curiosa forma de variante de los delitos de negociación incompatible y cohecho pasivo con infracción de deberes, de tráfico de influencias (arts. 240 bis y 248 bis inciso segundo, Ossandón, 2003; Vera, 2004).

Con posterioridad a la reforma de 1999 y respondiendo más bien al impulso de la Convención de la OCDE, para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, que había sido aprobada en Chile en 2001, se introdujeron en 2002 los primeros tipos de soborno de funcionarios extranjeros¹¹.

1.2. Los casos “Coimas” y “MOP-Gate” y la Agenda de modernización del Estado (2003)

Un par de años después, el escándalo por el llamado caso “coimas” (denuncias por cohecho en relación con concesiones para la operación de plantas de revisión técnica automotriz, que afectaron al Subsecretario de Transportes¹² y a varios connotados dirigentes políticos oficialistas) y por el descubrimiento del pago más o menos generaliza-

⁹ Un detallado análisis de la nueva configuración del cohecho luego de la reforma de 1999 puede verse en Oliver (2005).

¹⁰ La concusión no tenía más pena que el cohecho, pero se consumaba con la sola exigencia, diferencia que desapareció con la reforma.

¹¹ Mediante la Ley N° 19.829, de 8 de octubre de 2002, arts. 250 bis A y 250 bis B, reemplazados y reubicados luego en un nuevo § 9 bis del Título V del Libro Segundo, como arts. 251 bis y 251 ter, por la Ley N° 20.341, de 22 de abril de 2009. Sobre la ley de 2002 puede verse el análisis de Oliver (2003).

¹² Quien fue condenado en las instancias previas, pero absuelto por la Corte Suprema en 2007.

do a autoridades y profesionales del sector público de “sobresueldos” (aumento del sueldo con cargo a fondos reservados u otras fórmulas), contexto en el que destaca el llamado “caso MOP-Gate” (sobresueldo a través de pagos abultados a empresas contratistas), que afectó al Ministro de Obras Públicas (MOP)¹³, provocó una grave crisis política que hizo tambalear al gobierno del Presidente Ricardo Lagos. En ese contexto, en enero de 2003 se alcanzó un acuerdo político entre el gobierno y la oposición con el propósito de superar la crisis abordando una ambiciosa agenda de modernización del Estado¹⁴. La agenda de 49 iniciativas a desarrollarse ese año consideraba avances, entre otras materias, en la profesionalización del servicio público, especialmente de la alta dirección pública, modernización de la contratación pública, financiamiento de la política y acceso a la información pública. A este impulso se debe la Ley N° 19.886, de 30 de julio de 2003, sobre compras públicas; la Ley N° 19.882, de 23 de junio de 2003, que crea tanto el Servicio Civil, órgano competente para el desarrollo del personal del sector público, como el sistema de Alta Dirección Pública; la Ley N° 19.884, de 5 de agosto de 2003 (modificada en el mismo período por la Ley N° 20.053, de 6 de septiembre de 2005), sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, entre otras. En paralelo, debe destacarse, además, que mediante la reforma constitucional verificada por Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, se consagra en el art. 8° de la Constitución Política el principio de

¹³ Fue condenado a 3 años y un día de presidio, con pena remitida. Se ha discutido si en estos casos, en que se mejoraban sueldos (por sobre lo permitido por las escalas de remuneraciones vigentes) ejecutando pagos autorizados (pero abultados) a empresas que, a su vez, les pagaban a los funcionarios por tareas efectivamente ejecutadas, al margen del carácter inequívocamente ilícito de las operaciones, existió realmente perjuicio patrimonial para el Estado, que pagó por servicios profesionales efectivamente prestados y a precios que podían considerarse de mercado (Matthei & Rojas, 2019, p. 147).

¹⁴ Tras un encuentro el 16 de enero entre el Presidente Lagos y Pablo Longueira, presidente de la Unión Demócrata Independiente (UDI), principal partido de oposición en ese momento, el 30 de enero se presenta el acuerdo suscrito por todos los partidos con representación parlamentaria en orden a despachar durante 2003 un paquete de 49 iniciativas sobre reforma del Estado, transparencia y probidad y agenda pro-crecimiento, en lo que trabajó una comisión de alto nivel político con apoyo directo de expertos. A comienzos del mismo mes se había presentado otra comisión de carácter más técnico que prepararía propuestas, pero éstas carecieron de mayor relevancia ante el acuerdo político alcanzado.

publicidad de los actos del Estado, lo que pronto tendrá importantes consecuencias prácticas.

A diferencia del impulso anterior, no hay leyes importantes en materia penal para destacar. Con todo, debe mencionarse un proceso paralelo que resulta tanto o más importante, como es que desde diciembre de 2000 empieza a regir gradualmente (solo respecto de hechos acaecidos a partir de su entrada en vigencia) el nuevo Código procesal penal que implanta un modelo acusatorio de justicia penal en Chile, proceso que culmina en junio de 2005 con el comienzo de la vigencia del nuevo sistema en la Región Metropolitana de Santiago.

1.3. El caso “Chiledeportes” y el Grupo de trabajo sobre probidad y transparencia (2006)

Durante el primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, hacia fines de 2006, esta debió hacer frente al escándalo por el caso “Chiledeportes” (servicio público competente para el desarrollo de la actividad deportiva), referido a recursos públicos que habrían sido desviados al financiamiento de campañas políticas de partidos de gobierno. En ese momento se designó a un Grupo de trabajo sobre probidad y transparencia que preparó propuestas (ver Informe en referencias) que, en general, profundizaban y perfeccionaban las instituciones establecidas en años anteriores. Como fruto de las iniciativas de este período debe destacarse especialmente la Ley N° 20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública, conocida popularmente como “Ley de transparencia”, que permite a los ciudadanos acceder a prácticamente cualquier información en poder de los órganos del Estado y que no se encuentre en alguna de las pocas excepciones previstas. Debe mencionarse también la Ley N° 20.205, de 24 de julio de 2007, que protege por distintas vías a los funcionarios que denuncian irregularidades y faltas al principio de probidad. Por último, durante el mismo período se inició la tramitación del proyecto de ley que regula el “lobby”, que llegará a ser ley a fines del primer gobierno del presidente Sebastián Piñera, la Ley N° 20.730, de 8 de marzo de 2014.

En materia estrictamente penal, debe mencionarse la Ley N° 20.088, de 5 de enero de 2006, por la que se introduce el polémico delito de enriquecimiento ilícito (art. 241 bis). Con posterioridad hu-

bo modificaciones puntuales al régimen de los delitos de corrupción, como es el acercamiento, aunque todavía no equiparación, entre el régimen penológico del fraude al Estado y el de la malversación de caudales públicos, mediante la Ley N° 20.341, de 22 de abril de 2009.

1.4. La actual crisis: los casos “Caval”, “Penta”, “SQM” y la Comisión Engel (2015)

Como se adelantó, la crisis actual comienza con el descubrimiento del llamado “caso Caval”, cuyo núcleo es el siguiente: la empresa Caval, de la cual era socia la nuera de la entonces ex presidenta y candidata presidencial Michelle Bachelet (que se daba por segura ganadora en las nuevas elecciones), compró y luego vendió unos terrenos agrícolas cerca de la ciudad de Rancagua, cuya plusvalía debía aumentar significativamente si se modificaba la regulación del uso del suelo, lo que dependía de la decisión de la administración comunal del lugar. Esto último nunca ocurrió, pero se cree que la posterior venta se realizó sobre la base de que el cambio era seguro, por la influencia que ejercía o podía ejercer la nuera de la futura presidenta, el hijo de esta última o ambos. Se agrega a esto que, a pesar de la débil situación financiera de la empresa (y de reiterados rechazos por parte de otros bancos por esa razón), obtuvo un préstamo por 6.500 millones de pesos (unos 8,2 millones de Euros) para la compra de los predios luego de una entrevista privada entre la nuera, el hijo y el presidente de un importante banco, lo que, se cree también, solo se explica por la influencia que implicaba la relación familiar con la futura presidenta. La noticia estalló hacia fines del primer año del segundo gobierno de Bachelet en febrero de 2015 y, en parte también por una lenta y torpe reacción de La Moneda, sentó la idea de tráfico de influencias, abuso de poder y aprovechamiento económico por parte de la familia misma de la presidenta, lesionando gravemente su popularidad y sellando el destino del resto de su gobierno. Judicialmente, sin embargo, contra el entorno familiar de Bachelet solo se imputaron estafas contra particulares y delitos tributarios, sin que se le pudiera vincular con los otros delitos imputados, específicamente con el de cohecho imputado a funcionarios municipales y a otros interesados en el cambio del uso del suelo.

A esto se sumó el cambio de cariz que adoptaron los casos conocidos a partir del llamado “caso Penta”, que ya se conocía desde el año anterior. El caso surge a partir de una investigación por una masiva obtención fraudulenta de devoluciones de impuestos, contexto en el que se descubre casi por casualidad, a mediados de 2014, que entidades del importante grupo empresarial Penta habrían presentado declaraciones de impuestos falsas, en cuanto declaraban como gastos, con el respaldo de boletas de honorarios auténticas pero por servicios que nunca se prestaron (esto es, ideológicamente falsas), lo que en verdad eran donaciones, con lo cual se alteraba tanto la base imponible como el impuesto a pagar. La nota política del caso aparece cuando se descubre que las donaciones eran aportes para campañas políticas, principalmente de candidatos de derecha, entre ellos una serie de parlamentarios en ejercicio, a quienes se podía imputar una figura de peligro consistente en la facilitación de boletas falsas con el objeto de posibilitar delitos tributarios (Art. 97 N° 4 inciso final del Código Tributario). Ahora bien, la percepción pública del asunto da un giro cuando a partir de comienzos de 2015 se empezó a investigar el mismo tipo de prácticas en la empresa de minería no metálica SQM, con la diferencia de que, en este caso, los involucrados serían también dirigentes de la coalición de gobierno, parlamentarios en ejercicio y hasta un recaudador de fondos para la campaña presidencial de Bachelet, entre otros. La masividad del caso (180 imputados), la transversalidad política que alcanzó, los intentos del Ministro del Interior de la época por bloquear la investigación influyendo en el Servicio de Impuestos Internos, del que depende en exclusiva que el Ministerio Público pueda perseguir delitos tributarios, y los posteriores obstáculos que efectivamente puso este organismo a una más amplia investigación, todo esto sazonado con el detalle simbólico de ser SQM una empresa controlada por quien fuera yerno de Augusto Pinochet, no podían sino transmitir la sensación de podredumbre.

Cabe destacar, con todo, que estos no fueron los únicos casos de financiamiento ilegal de la política. Al contrario, muchos otros fueron descubiertos en la misma época, pero no tuvieron la misma notoriedad, salvo tal vez el llamado caso “Corpesca”, por la empresa pesquera homónima, que se destacó porque el financiamiento habría sido un medio para influir directamente en la tramitación parlamentaria

de modificaciones a la Ley general de pesca, de un modo favorable a intereses empresariales (Arís, Engel & Jaraquemada, 2019, p. 15).

Es en este escenario que se constituyó en marzo de 2015 una nueva comisión con el nombre de “Consejo asesor presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción”, conocida en general como la “Comisión Engel”, por el apellido del economista que la dirigió. La comisión presentó su informe (ver en referencias) a fines de abril de 2015, con diagnósticos y 236 propuestas en materia de prevención, regulación de conflictos de intereses y financiamiento de la política, e involucrando al sector privado bajo las ideas de confianza en los mercados e integridad (Arís et al., 2019, p. 22).

Si se prescinde por ahora de las iniciativas legales a que dio lugar el informe en materia penal, a las que se dedican las páginas siguientes, se deben destacar como frutos de su trabajo la Ley N° 20.880, de 5 de enero de 2016, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés, que junto con ampliar y profundizar el sistema de declaraciones de patrimonio e intereses impone a una serie de autoridades una suerte de “fideicomiso ciego” (“mandato especial de administración de cartera de valores”), así como la obligación de deshacerse de ciertos valores; y la Ley N° 20.870, de 9 de noviembre de 2015, de reforma constitucional, que prevé el cese del cargo de una serie de autoridades por infringir gravemente las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral. Por último, el 25 de junio de 2015 se presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley contra la “puerta giratoria” entre el sector público y privado (Boletín N° 10.140-07), el que, sin embargo, ha tenido una muy lenta tramitación. A las respuestas estrictamente penales y a su análisis detallado se dedica el apartado siguiente.

2. EN PARTICULAR: PROPUESTAS Y CONSECUENCIAS DE LA COMISIÓN ENGEL EN MATERIA PENAL

En materia penal, el informe de la Comisión Engel es más bien parco. Junto con razonables propuestas de fortalecimiento del Ministerio Público y de la Policía de Investigaciones de Chile para su actividad de investigación y persecución de estos delitos, así como en orden a

permitir el empleo de técnicas especiales de investigación como las permitidas en materia de lavado de dinero (interceptaciones telefónicas, actuación de agentes encubiertos, etc.), del diagnóstico y propuestas de la comisión se desprende su preocupación por el bajo nivel de penas, por la consecuente brevedad de los plazos de prescripción y por supuestos vacíos legales, para lo cual se hace una referencia genérica al derecho comparado y a la Convención de Mérida de 2003, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), mencionándose la necesidad de introducir los delitos de “abuso de funciones”, de tráfico de influencias de particular y de corrupción entre privados (Informe, p. 45). Respecto de estas últimas propuestas de tipificación, la comisión no aporta mayores fundamentos ni sugiere la fisonomía básica que deberían adoptar los respectivos tipos penales.

Como fuera, a partir de esta base, el Ejecutivo elaboró y presentó con fecha 17 de junio de 2015 un proyecto de ley (Boletín 10.155-07, refundido luego con una moción de diputados sobre las mismas materias, el Boletín N° 9956-07) que empezó a ser tramitado en la Cámara de Diputados. El proyecto introducía los delitos de cohecho en el sector privado, ampliaba el delito de negociación incompatible, perfeccionaba el delito de cohecho activo de funcionario público extranjero y aumentaba una serie de penas. Aunque este proyecto, enriquecido durante la discusión parlamentaria, alcanzó a ser despachado por la Cámara, no prosperó porque en definitiva se impuso otro proyecto sobre las mismas materias, iniciado por los senadores miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (Boletín N° 10.739-07), al cual adhirió el Ejecutivo. Como hubo diferencias entre ambas cámaras, se debió constituir una Comisión Mixta de senadores y diputados, que comenzó sus labores bajo el actual gobierno y con una distinta conformación del Parlamento. Fruto del trabajo de esa Comisión Mixta en conjunto con el Ejecutivo es la Ley N° 21.121, de 20 de noviembre de 2018, que es objeto de análisis más adelante.

Paralelamente, en diciembre de 2014, se había iniciado la tramitación de la que llegaría a ser la Ley N° 20.900, de 14 de abril de 2016, sobre transparencia y fortalecimiento de la democracia, que modificó varias leyes atinentes en general al gasto electoral y al financiamiento público y privado de la actividad política. El proyecto original del Ejecutivo no consideraba reacciones penales, pero durante su tramitación, con la crisis en su apogeo, se incluyeron tipos penales en la Ley

N° 19.884, de 5 de agosto de 2003¹⁵, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, cuyo texto original consideraba sólo sanciones administrativas para funcionarios públicos.

2.1. Financiamiento ilegal de la actividad política (Ley N° 20.900 de 2016)

Desde un punto de vista sustantivo, la mencionada Ley N° 20.900 introdujo en la Ley N° 19.884 el delito de obtención u otorgamiento de aportes para candidaturas o partidos políticos cuyo monto exceda en un 40% por ciento lo permitido por la ley, sea de manera individual o en el conjunto de los aportes permitidos; el delito de obtención u otorgamiento de aportes de parte de o por personas jurídicas¹⁶, cualquiera sea el monto; el delito de utilización de aportes estatales a los partidos políticos con una finalidad distinta de la prevista, todos ellos en el artículo 30, en tanto que el artículo 31 reprime las falsedades en las rendiciones de cuentas al Servicio Electoral.

La persecución de estos delitos supone necesariamente denuncia o querrela del Servicio Electoral (art. 32), y la responsabilidad penal por ellos prescribe en un plazo de 2 años desde la comisión del delito (art. 60 inciso segundo), en vez de hacerlo en el plazo normal de 5 años que corresponde a los simples delitos (los artículos se citan de acuerdo con su actual numeración en la ley) (Torres, 2016, p. 25).

Si bien se trata de un avance muy relevante para la prevención de posibles conductas corruptas, se ha criticado, con razón, tanto que la persecución penal dependa de un órgano distinto del Ministerio Público, sin perjuicio de que el Servicio Electoral goce de autonomía respecto del gobierno, y esto con rango constitucional desde la Ley N° 20.860, de 20 de octubre de 2015, como sobre todo que se haya establecido un plazo de prescripción especial y ridículamente breve (Torres, 2016, pp. 48-52).

¹⁵ Texto refundido por Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio Secretaría General de la Presidencia) N° 3, de 6 de septiembre de 2017.

¹⁶ Estos aportes están prohibidos por la ley (con excepción de aportes de partidos políticos).

2.2. *Modificaciones a los delitos tradicionales de corrupción (Ley N° 21.121 de 2018)*

2.2.1. Tipificaciones

Debe destacarse que las innovaciones más relevantes que en definitiva trajo consigo la Ley N° 21.121, no dicen relación con los delitos cometidos por funcionarios públicos sino más bien con el reforzamiento jurídico-penal de los estándares de probidad que deben imperar en el sector *privado*, particularmente en el mundo empresarial. En efecto, a la histórica introducción de un genuino delito de administración desleal en el Código penal (nuevo art. 470 N° 11), con la que se vino a superar una de las falencias más acusadas del derecho penal chileno¹⁷, se suma una significativa ampliación del delito de negociación incompatible hacia sujetos que se desempeñan en el mundo privado¹⁸ y la introducción del delito de cohecho, tanto activo como pasivo, entre privados (“corrupción entre particulares”), adoptando el legislador chileno una tipificación que responde a la concepción de este delito, como uno de administración desleal¹⁹.

En lo que concierne específicamente al tratamiento de la corrupción de funcionarios, la modificación de mayor trascendencia consiste en la tipificación del simple cohecho, tanto activo como pasivo, “en

¹⁷ Se habla de un “genuino” delito de administración desleal para significar un tipo penal concebido con esa función específica, sin perjuicio de que algunas hipótesis de administración desleal fueran subsumibles bajo el art. 470 N° 1 (“apropiación indebida”) en su variante de distracción indebida de dinero, con las limitaciones que dicho tipo penal impone. Sobre la situación antes de la Ley N° 21.121, Hernández (2005), p. 201; sobre la interpretación de la distracción indebida de dinero como tipo capaz de cumplir las funciones de un delito de administración desleal, reconociendo mayores o menores limitaciones, Bascuñán (2004), p. 338; De la Fuente (2005), p. 603; Hernández (2005), p. 228.

¹⁸ Que el tipo penal del art. 240 alcance también a agentes privados no es, en rigor, una novedad, porque desde su versión original el tipo ya se refería también a los curadores de incapaces y a los liquidadores de sociedades comerciales. La innovación mayor consiste en la extensión hacia los directores y gerentes de sociedades anónimas que o bien toman interés o bien dejan que lo tome una persona relacionada con ellos en operaciones de la sociedad sin dar cumplimiento a los requisitos previstos por la ley para la procedencia de la operación en estos casos de conflictos de interés.

¹⁹ Sobre los nuevos delitos de los arts. 287 bis y 287 ter, Hernández (2019).

razón del cargo”, esto es, de la hipótesis en la que el beneficio solicitado u ofrecido no representa la contraprestación (siquiera potencial) de un acto más o menos determinado del funcionario, sino que basta con que la solicitud u ofrecimiento se explique por su calidad de empleado público. De este modo, el derecho chileno relaja considerablemente (si no es que prescinde de) la exigencia de un “acuerdo ilícito” en el cohecho, a la que había adherido en la formulación inicial decimonónica del tipo penal, apartándose en aquella época conscientemente de su modelo español (Hernández, 2016, p. 17). Las razones de este cambio son coincidentes con aquellas que justificaron un giro similar en los ordenamientos de tradición germánica o en Italia en las últimas décadas: junto con las dificultades probatorias para conectar el beneficio solicitado u ofrecido con actos determinados del funcionario, particularmente en el contexto de relaciones ambiguas entre agentes públicos y privados, se tienen a la vista los riesgos profundos que encierra el desarrollo mismo de ese tipo de relaciones ambiguas, en las que se captura la objetividad del funcionario a pesar de que, al menos en principio, no se le pida nada a cambio (Hernández, 2016, p. 23).

La introducción de la nueva tipificación, respecto de la cual los tres tipos preexistentes (cohecho activo o pasivo para o por haber realizado el funcionario un acto propio de su cargo, para o por haber realizado un acto con infracción de sus deberes y para o por haber cometido un determinado delito funcionario) pasan a ser tipos calificados, resultó sorpresiva, pues no estaba prevista ni en el proyecto del Ejecutivo ni en el de los senadores. Fue recién la Comisión Mixta de diputados y senadores la que consensuó un cambio que había sido propuesto desde antes por un sector de la doctrina. Si bien la modificación legal se ha recibido en general con beneplácito, desde la práctica también se han planteado dudas y objeciones de signo contradictorio.

Por una parte, existe el temor de que la reforma incida negativamente en procesos judiciales en curso, favoreciendo la impunidad de imputados que alegan que las prestaciones económicas que de algún modo pueden entenderse beneficiosas para un funcionario no guardaban, sin embargo, relación alguna con actos determinados de su desempeño ministerial. El temor es comprensible pero infundado. Que la intervención legislativa confirme el dato ineludible de que el cohecho sin “acuerdo ilícito” no era punible antes de la Ley N° 21.121 no

debería tener ningún efecto sobre el curso de un proceso judicial en el que lo que se imputa es, precisamente, un cohecho *con* “acuerdo ilícito”, respecto del cual las dificultades probatorias siguen siendo las mismas que antes.

Por otra parte, desde la perspectiva inversa, surgen dudas sobre los límites que necesariamente debe reconocer un tipo penal que, en ausencia de ellos, amenazaría con desbordar cualquier concepto razonable de corrupción. En efecto, si ya no se requiere que el cohecho sea siquiera potencialmente a cambio de algo, cualquier forma de contribución privada a un servicio público (pues el beneficio solicitado u ofrecido no necesita ser para el funcionario, sino que puede también ser para un tercero cualquiera) satisface literalmente las exigencias del tipo penal, a lo que hay que sumar otra de las modificaciones debidas a la Ley N° 21.121, como es que el beneficio en cuestión ya no necesita ser de carácter económico, como hasta ahora, sino que puede ser de cualquier otra naturaleza²⁰. En esto es escasa la ayuda que presta el nuevo art. 251 sexies, en cuanto a que no son delictivas las conductas referidas a “donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación”. Existe ciertamente un consenso de base en cuanto a que una interpretación literalista que criminalice toda forma de cooperación público-privada no puede ser correcta, pero no son evidentes los caminos que debe transitar una interpretación alternativa si no se quiere defraudar los propósitos del cambio legal, tomando en cuenta que muchas de esas formas de cooperación encierran el riesgo de captura de la buena voluntad y de la imparcialidad de los funcionarios, que es precisamente lo que se quería evitar con el nuevo tipo penal. La fijación interpretativa de límites razonables es uno de los grandes desafíos que impone la reforma.

Modificaciones de menor calado dicen relación con el delito de concusión, del artículo 241. Por concusión se entiende un delito más grave que el cohecho pasivo, porque en vez de simplemente solicitar o aceptar un beneficio improcedente para sí o para un tercero, el funcio-

²⁰ La modificación tiene su origen en el propósito de equiparar en este punto los tipos de cohecho doméstico con el tipo de soborno de funcionario público extranjero o internacional, que por mandato de derecho internacional (la Convención de la OCDE contra el delito) se refiere a beneficios de cualquier naturaleza.

nario en este caso *exige* tal beneficio, con lo cual se trata de un delito coactivo, en el cual el particular es más bien víctima. Históricamente, el artículo 241 representaba un régimen más severo que el aplicable al cohecho, porque se consumaba con la sola exigencia, mientras que el cohecho requería la efectiva realización de un acto de servicio y el pago efectivo del beneficio. Con la transformación radical de la regulación del cohecho el año 1999 (*supra* 1.1), al no modificarse simultáneamente el artículo 241, se produjo el despropósito de que este pasó a ser una figura privilegiada frente a la figura menos grave. La práctica ignoró ese efecto y simplemente dejó de aplicar dicho artículo. Con la nueva ley se enmienda en parte el defecto, en la medida en que se eleva la pena de la concusión, equiparándose esta con la de las formas calificadas de cohecho pasivo de los artículos 248 bis y 249. De este modo, si la exigencia es simplemente en razón del cargo o para ejecutar o por haber ejecutado correctamente un acto de servicio debido, se aplicará el delito de concusión y no el de cohecho del artículo 248. Con todo, el legislador sigue sin tener un concepto claro de concusión como un delito distinto del de cohecho, como lo demuestra el que se haya previsto en el artículo 241 una cláusula expresa de subsidiariedad frente a figuras que contemplen una pena mayor, de modo que de concurrir con una hipótesis calificada de cohecho debe aplicarse esta última (porque la pena de inhabilitación del cohecho es mayor que la de la concusión).

Se mejoró también la redacción del delito de cohecho activo de funcionario público extranjero, del artículo 251 bis, para dar cuenta a cabalidad de los casos tenidos en mente por la Convención de la OCDE, lo que no ocurriría con la referencia exclusiva a la obtención o mantención de cualquier negocio o ventaja indebidamente en el ámbito de cualesquiera “transacciones internacionales”, lo que sugeriría fuertemente un constreñimiento al ámbito del comercio internacional (importaciones y exportaciones). La nueva redacción²¹ del artículo

²¹ “El que, con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero, ofreciere, prometiére, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido

menciona ahora expresamente, como alternativa, el ámbito “de una actividad económica desempeñada en el extranjero”²².

2.2.2. Aumento de las penas

Con todo, el corazón de los esfuerzos tanto del Ejecutivo como de los parlamentarios, si bien con diferencias de énfasis entre los distintos actores, era bastante más primario y se concentraba básicamente en el aumento generalizado de las penas aplicables²³. Para entender adecuadamente los alcances de la discusión y de sus resultados se requiere una breve explicación previa sobre el régimen de determinación judicial y de ejecución de las penas privativas de libertad en Chile.

Si se prescinde de las faltas, la gran mayoría de los delitos en Chile (crímenes y simples delitos) tiene prevista una pena privativa de libertad (reclusión o presidio)²⁴, sea como pena única, sea como pena conjunta con una pena pecuniaria o privativa de otros derechos²⁵.

o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales. (...) Los bienes recibidos por el funcionario público caerán siempre en comiso”.

²² Si bien la única condena por este delito en Chile se refiere, en efecto, al pago de beneficios en el contexto de importaciones de material bélico (soborno a funcionario de la embajada de Corea del Sur en Santiago, asesor del agregado militar de ese país), los otros casos conocidos versan sobre pagos a funcionarios competentes para algún aspecto de la actividad de empresas chilenas en el extranjero.

²³ En efecto, buena parte de las innovaciones en materia de tipificación no estuvieron en las iniciativas originales y responden más bien a comentarios críticos y propuestas de académicos que acompañaron el proceso y que fueron asumidas por los órganos colegisladores durante la tramitación parlamentaria.

²⁴ Formalmente la pena de presidio es más gravosa porque impone la obligación de trabajar; en la medida, sin embargo, en que más que una obligación el acceso a alguna actividad laboral es un beneficio que se procura poner a disposición de todos quienes cumplen efectivamente su pena privativa de libertad, en los hechos no existe ninguna diferencia entre ambas penas.

²⁵ Puede ser también como pena facultativa en algunos pocos casos, pero el ejercicio de esa facultad es sumamente inusual, al punto de ser despreciable en la práctica.

En consecuencia, prácticamente toda condena acarrea la imposición de una pena de encierro. Las penas privativas de libertad asociadas a un delito se expresan en uno o más grados. La tendencia judicial es a fijar como pena concreta una coincidente o cercana al límite inferior del grado más bajo. Se prevén abundantes circunstancias atenuantes, algunas de las cuales son recurrentes y fáciles de configurar, como la de irreprochable conducta anterior, que se entiende como ausencia de condenas firmes previas, la de procurar con celo reparar el mal causado o la de cooperación eficaz (art. 11 N° 6, 7 y 9), y la presencia de dos circunstancias atenuantes²⁶ (o de su subsistencia luego de su “compensación racional” con eventuales circunstancias agravantes) permite (y en los hechos impone) la rebaja de pena en uno o más grados (arts. 65 a 68), rebaja que opera a partir del grado inmediatamente inferior al mínimo, con lo cual deja de ser aplicable en absoluto el marco penal originalmente previsto por la ley. Por otra parte, una vez impuesta la condena, tratándose de penas privativas de libertad que no excedan de 5 años y de sujetos sin condenas (recientes) previas²⁷, es prácticamente seguro que no se cumpla efectivamente con la privación de libertad, ya que debería ser procedente la imposición de una pena sustitutiva al encierro, conforme a las disposiciones de la Ley N° 18.216 sobre penas sustitutivas²⁸, imposición que a pesar de ser facultativa y con base en un cierto diagnóstico conductual, opera como si fuera obligatoria y con criterio más bien formal.

²⁶ En algunos casos con una sola circunstancia que el tribunal tenga por “muy calificada” (art. 68 bis).

²⁷ Incluso con condenas previas menores es posible acceder a una privación de libertad sólo parcial, como la reclusión nocturna.

²⁸ Hay excepciones y restricciones previstas tanto en la propia ley como en leyes especiales, respecto de delitos de privación de libertad, tortura, delitos sexuales, delitos dolosos contra la vida, robo con violencia e intimidación, delitos de la ley de control de armas y de tráfico ilícito de estupefacientes y recientemente de conducción en estado de ebriedad provocando la muerte. La constitucionalidad de algunas de estas excepciones o restricciones ha sido objeto de una intensa litigación ante el Tribunal Constitucional, que, con fundamento más que dudoso, ha declarado inaplicables disposiciones referidas a la conducción en estado de ebriedad y en materia de control de armas, aumentando con ello las dudas sobre la forma que debería adoptar una revisión integral de la materia.

En otras palabras, la ley permite que las penas que se imponen en concreto sean muy distintas de las que se previeron en abstracto, siendo la regla generalísima que sean considerablemente más bajas, en tanto que la efectiva privación de libertad es muy excepcional aun tratándose de delitos de mediana gravedad. Esto ha llevado, en los últimos años, al desarrollo de una estrategia legislativa para asegurar penas efectivas de encierro, la que, sin embargo, en vez de basarse en una revisión general del sistema, opera a través de excepciones *ad hoc* o a través de aumentos puntuales de penas que resultan irracionales desde el punto de vista de la proporcionalidad del sistema.

Pues bien, éste era el trasfondo de la discusión sobre las penas para los delitos de corrupción, concretamente para los delitos de cohecho, cuya punición era la que parecía más débil. En efecto, salvo para los delitos de malversación de caudales públicos (arts. 233 y 235) y, desde 2009, de fraude al Estado (art. 239), cuando lo malversado o defraudado supera una cierta cantidad, para ningún otro delito de corrupción se preveían penas superiores a 5 años de privación de libertad, en tanto que, como se ha dicho, la pena realmente relevante para la práctica es la mínima, tanto porque es la que suele aplicarse concretamente como porque es la que sirve de punto de partida para una eventual rebaja. Así, de un modo más o menos explícito, un sector de los parlamentarios aspiraba a que la mayor parte de los delitos de corrupción tuviera una pena mínima de 5 años y un día, que en lo posible no pudiera ser rebajada por la concurrencia de circunstancias atenuantes, y de ese modo asegurar penas efectivas de privación de libertad. Ahora bien, si se considera que 5 años y un día es la pena mínima del homicidio simple frustrado (arts. 391 N° 2, 51), de las lesiones gravísimas (aquéllas que dejan secuelas inhabilitantes permanentes en la víctima, art. 397 N° 1), de la violación (art. 361) o del robo con violencia o intimidación (art. 436 inciso primero), se advierte que, al margen de cualquier posible consenso social sobre la gravedad de estos delitos, esa pretensión resultaba absolutamente desproporcionada en el contexto de los umbrales de pena dominantes en el derecho penal chileno. En medio de esa discusión que tuvo lugar en la Comisión Mixta de senadores y diputados, se abrió paso una propuesta del Ejecutivo que elevaba todos los mínimos pero los mantenía bajo los 5 años, mientras que al mismo tiempo consideraba una pena máxima por sobre ese límite para los casos más graves de cohecho

(cohecho pasivo con infracción de deberes del cargo, cohecho pasivo para cometer un delito funcionario y concusión, es decir, exigencia y no mera solicitud o aceptación de un beneficio), previéndose que, bajo ciertas circunstancias taxativamente descritas por la ley, era esta última pena la que debía aplicarse (por exclusión del grado mínimo), en principio sin posibilidad de sustitución²⁹. Esto es lo que hace el novedoso artículo 251 quinquies³⁰.

Con la formulación de los presupuestos de aplicación de este artículo 251 quinquies se intentó caracterizar, con mayor o menor fortuna, los casos más graves de corrupción, con base en dos criterios alternativos. Por una parte, la *relevancia* del cargo, incluyendo a todas las autoridades elegidas por el voto popular (presidente de la república, senadores, diputados, los futuros gobernadores regionales, así

²⁹ En los demás casos debe excluirse el *mínimum* del grado, es decir, su mitad inferior, lo que, sin embargo, al no sobrepasarse los límites externos del grado, no altera el régimen aplicable de cumplimiento.

³⁰ “En el caso de los delitos previstos en los artículos 241, 248, 248 bis y 249, se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos: 1° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el General Director de Carabineros o el Director General de la Policía de Investigaciones, o 2° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos: a) La designación de una persona en un cargo o función pública; b) Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las mil unidades tributarias mensuales en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos; c) El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento, o d) La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento. (...) Para los efectos de este artículo, se determinará el valor de la unidad de fomento considerando el vigente a la fecha de comisión del delito”.

como alcaldes y concejales), todos los cargos de exclusiva confianza de los anteriores (ministros y subsecretarios de Estado, por ejemplo), los cargos de alta dirección pública del primer nivel jerárquico (básicamente jefes de servicios públicos), fiscales del Ministerio Público, jueces y las máximas autoridades de las Fuerzas Armadas y de las policías. Y, por la otra, el *tipo de función* desempeñada y en la que tiene lugar el hecho, identificándose los procesos más proclives a la obtención de beneficios indebidos, como la designación de personas en cargos públicos, la contratación pública, el otorgamiento de permisos para el desarrollo de actividades económicas y la fiscalización de ese tipo de actividades. Ante el riesgo de una descripción tan comprensiva que hiciera de lo que debe ser excepción la regla general, se incluyeron algunas restricciones referidas a la relevancia económica de las actividades en cuestión, sin que, con todo, se pueda afirmar que tales restricciones hayan sido suficientes para evitar ese efecto indeseado de sobreinclusión.

En todo caso, es manifiesto que la formulación no fue feliz a la hora de hacerse cargo del agente privado que incurre en cohecho activo o soborno, puesto que, a pesar de que la ley alude a la exclusión del *mínimum* o del grado mínimo “respecto de todos sus responsables”, ello no alcanza al sobornador, respecto de quien no son aplicables (de modo que no puede ser “responsable” por ellos) los delitos de cohecho pasivo, los únicos mencionados en el precepto (arts. 241, 248, 248 bis y 249), sino sólo el art. 250, no considerado en el listado de delitos relevantes.

2.2.3. Penas adicionales y circunstancias modificatorias, en especial la delación compensada

La Comisión Mixta de senadores y diputados también introdujo, junto con penas adicionales de inhabilitación (art. 251 quáter) y la circunstancia agravante de actuar formando parte de una agrupación u organización que no alcance a constituir una asociación ilícita (art. 260 ter), una regla de “cooperación eficaz” o delación compensada,

que, respecto de una serie de delitos de corrupción³¹, permite rebajar hasta en dos grados la pena (art. 260 quáter)³². La cooperación requerida consiste en la aportación de antecedentes que permitan esclarecer los hechos, identificar a sus responsables, prevenir o impedir tales hechos o facilitar el comiso a su respecto, en tanto que la “eficacia” de los antecedentes aportados (que han de ser “precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados”) debe ser calificada por el Ministerio Público.

La introducción de mecanismos *premiales* para favorecer la denuncia y prueba de ciertos delitos es polémica, pero si se prescinde de consideraciones exageradamente moralizantes, es indudable que, bajo ciertas condiciones, puede contribuir de un modo eficaz y legítimo al descubrimiento y sanción de hechos que suelen ser de muy difícil detección³³, y en materia de corrupción, además de los buenos

³¹ Con exclusión expresa (inciso quinto y final del art. 260 quáter) respecto de los cometidos por quienes ostentan cargos de elección popular, de exclusiva confianza, pertenecientes a los máximos niveles jerárquicos, del Ministerio Público y del poder judicial.

³² Cuyos cuatro primeros incisos son del siguiente tenor: “Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal de los delitos contemplados en los Párrafos 5 [malversación de caudales público], 6 [fraudes y exacciones ilegales], 9 [cohecho] y 9 bis [cohecho a funcionarios públicos extranjeros] la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de estos delitos, o facilite el comiso de los bienes, instrumentos, efectos o productos del delito. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados. (...) Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso anterior. (...) El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero. (...) La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurren; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales”.

³³ Estos instrumentos son conocidos desde hace algún tiempo por el derecho chileno. Paradigmático fue el caso de la Ley N° 19.172, de 4 de noviembre de 1992, sobre arrepentimiento eficaz, ley temporal que, por la vía de la exención o atenuación (según la gravedad del hecho) de la responsabilidad por delitos terroristas, buscaba desmovilizar grupos armados contra la dictadura militar que siguieron actuando después de marzo de 1990. Normas de este tipo existen

resultados que habrían tenido estos instrumentos en el contexto regional reciente, pareciera haber menos riesgos de abuso que los que se advierten en otros contextos.

Los riesgos de este tipo de mecanismos suelen estar asociados, como se sabe, a una de las claves para su éxito práctico, como es la amenaza de penas tan altas que hagan especialmente atractivo el premio ofrecido a cambio de la delación. Que esto puede llevar a autoincriminaciones que parezcan preferibles a enfrentar el riesgo de condena asociado al ejercicio del derecho a un juicio contradictorio es algo que, por ejemplo, no se ha podido refutar convincentemente para la práctica del *plea bargaining* en el sistema de justicia estadounidense (Langbein, 1978), en tanto que testigos que deponen a cambio de un premio que se mide en términos de cantidades considerables de libertad ambulatoria son ciertamente testigos muy sospechosos. En la medida, sin embargo, en que las penas se mantengan en un nivel moderado, asumiendo el menor atractivo que ello implica para la efectividad del mecanismo, el espacio para posibles abusos resulta suficientemente reducido. Es lo que puede decirse, en principio, para el caso chileno en materia de corrupción, pues si bien, como se ha dicho, se aumentaron las penas en general (*supra* 2.2.2), estas no alcanzan los niveles que alcanzan las de otros delitos respecto de los cuales el legislador chileno ha abrazado derechamente la lógica extorsiva³⁴.

también en materia de tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (art. 22 de la Ley N° 20.000), entre otras.

³⁴ Es lo que, por ejemplo, hace en materia de hurto y robo (configurando así una de las soluciones *ad hoc* para asegurar el efecto de ciertas penas a que se hizo referencia *supra* 2.2.2) la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, conforme a la cual se rigidiza el régimen de determinación de la pena respecto de una serie de delitos, algunos de los cuales (los robos) tienen penas muy altas (art. 449), previéndose al mismo tiempo como única posibilidad de atenuación la aceptación expresa de los hechos imputados y de los antecedentes de la imputación en un procedimiento abreviado (art. 407 inciso cuarto del Código procesal penal) y ampliándose el campo de negociación, en la medida en que ahora la pena máxima a solicitar en el procedimiento abreviado por estos delitos ya no es de 5 años de privación de libertad sino de 10 años (art. 406 inciso primero del Código procesal penal) (Riego, 2017). En cambio, en materia de corrupción, si bien sigue habiendo penas considerablemente altas en lo que respecta a la afectación del patrimonio estatal, a su respecto siguen en pie las reglas generales de determinación de pena, en tanto que la ya mencionada regla de exasperación del art. 251 quinquies (*supra*

Con todo, se debe estar atento al riesgo de que esto cambie a consecuencia de poner la regulación sustantiva al servicio del instrumento procesal, que es lo que ocurriría si, como ya se propone en ciertos círculos a propósito de los delitos de corrupción, se aumentarían las penas asignadas a un hecho no por su gravedad intrínseca ni por la culpabilidad del agente, sino con el exclusivo propósito de aumentar los incentivos para la delación, lo que resulta del todo inadmisibles. Se podrá decir que precisamente gracias al beneficio ofrecido, las penas serán en concreto muy menores, pero lo decisivo es la pena aplicable al que no coopera, en un ámbito en el que la falta de cooperación (consagrada como un derecho en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos), no puede implicar un aumento de la pena.

Ahora, desde la perspectiva exactamente opuesta, se debe evitar también el riesgo de concesiones excesiva e innecesariamente generosas para los cooperadores. Se requiere un diagnóstico fino sobre el punto en el que se encuentre el interés general en que el delito no le salga “gratis” o ridículamente barato al infractor y el interés de este en un beneficio que siga siendo atractivo. La búsqueda de ese punto de encuentro se vería favorecida si se permitiera más ampliamente el uso de técnicas especiales de investigación para el esclarecimiento de estos delitos, lo que incluso puede presentarse como una alternativa a la adopción de mecanismos premiales (sobre esto *infra* 3.2.2). En todo caso, la fórmula adoptada en Chile es moderada y parece aceptable desde este punto de vista específico, pues solo se considera la posibilidad de atenuación de las penas, no de exención de responsabilidad, como se ha visto en otras materias recientemente³⁵.

2.2.2), además de no dar lugar a penas exageradas, sólo se refiere a supuestos de cohecho y concusión.

³⁵ En el caso de los atentados contra la libre competencia (sancionados en primera línea con sanciones administrativas, pero también con penas bajo ciertos presupuestos procesales), la delación del primer delator implica exención absoluta de responsabilidad en tanto que la del segundo (aunque sean sólo dos los infractores) implica una reducción que puede alcanzar hasta el 50% de la multa aplicable (art. 39 bis del Decreto con Fuerza de Ley [Ministerio de Economía] N° 1, de 7 de marzo de 2005, texto refundido del Decreto Ley N° 211 de 1973, sobre libre competencia). Por su parte, en materia de delitos del mercado de valores, la Ley N° 21.000, de 23 de febrero de 2017, que crea la Comisión para el Mercado

2.2.4. Prescripción de los delitos

Una modificación importante se concretó también en materia de prescripción de los delitos de corrupción mediante la introducción del artículo 260 bis, que dispone, respecto de una serie de delitos de corrupción (malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, cohecho doméstico y de funcionarios públicos extranjeros), que “el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr desde que el empleado público que intervino en ellos cesare en su cargo o función”, a lo que se agrega que “si el empleado, dentro de los seis meses que siguen al cese de su cargo o función, asumiere uno nuevo con facultades de dirección, supervigilancia o control respecto del anterior, el plazo de prescripción empezará a correr desde que cesare en este último”.

La disposición fue también fruto de la Comisión Mixta de senadores y diputados en la etapa final de tramitación de la ley. Su objetivo es claro: evitar que la permanencia en el cargo o en una posición de poder dentro del aparato público, con las posibilidades de auto-encubrimiento que ello implica, permita que el simple paso del tiempo garantice la impunidad de los responsables³⁶. Es significativo que en la identificación del hecho a partir del cual empieza a correr el plazo de prescripción no se mencione solo el cese del desempeño en el cargo o función, sino que se considere también la circunstancia del funcionario que, no obstante dicho cese, permanece en el sector público y con facultades que le permiten el auto-encubrimiento, previéndose para ello un posible

Financiero en reemplazo de la Superintendencia de Valores y Seguros, introduce en el Decreto Ley N° 3.538, de 23 de diciembre de 1980, un nuevo art. 58 sobre “cooperación del presunto infractor”, que en principio sólo admite una rebaja de pena, pero deja la puerta abierta para una exención total de responsabilidad en casos calificados. Estas disposiciones sugieren que, más que la introducción resignada de un mecanismo indispensable, podría tratarse de un dispositivo de seguridad para los infractores, y esto, naturalmente, es algo que debería evitarse en la persecución de la corrupción.

³⁶ Debe considerarse que varios de los delitos en cuestión, aquellos que contemplan una pena máxima no superior a los 5 años de privación de libertad, siguen siendo “simples delitos”, respecto de los cuales la acción penal prescribe en 5 años (art. 94). La prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el imputado (art. 96), pero es perfectamente imaginable que la *notitia criminis* aparezca recién al cabo del plazo de prescripción.

“período de transición” entre un cargo y otro, no solo porque es usual que a cierto nivel el paso entre cargos no sea directo, sino también porque con ello se cierra una posible vía, muy sencilla por lo demás, de eludir la aplicación de la norma. Por el contrario, no se quiso supeditar el comienzo del plazo de prescripción al cese de la calidad de funcionario en términos absolutos, sino solo en la medida en que un nuevo cargo conllevara facultades de dirección, supervigilancia o control respecto del anterior, con lo que no están cubiertos los casos en que el nuevo cargo, a pesar de suponer poder e influencia, carezca de tales facultades.

Cabe destacar, en todo caso, que, por el solo aumento general de las penas, varios delitos que hasta ahora eran simples delitos que prescribían en 5 años han pasado a ser crímenes, con el correspondiente aumento del plazo de prescripción a 10 años.

3. BALANCE Y CUESTIONES PENDIENTES

3.1. *Punto de llegada (hasta ahora)*

Como se ha podido ver, las sucesivas crisis asociadas a escándalos de corrupción le han dado impulso a una serie de modificaciones legales e institucionales que le dan a lo que se podría llamar el sistema anticorrupción chileno la siguiente fisonomía:

A la labor de *fiscalización* de la legalidad del gasto público a través de programas periódicos de fiscalización que tradicionalmente ha ejercido la Contraloría General de la República³⁷, en los últimos años se han añadido otros *mecanismos preventivos* tales como los sistemas de compras públicas (a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública), de selección de personal y directivos (a cargo del Servicio Civil y del sistema de Alta Dirección Pública), de declaraciones juradas de patrimonio e intereses y de fideicomiso ciego, así como la “ley de transparencia” (a cargo del Consejo para la transparencia), la ley de “lobby” y la limitación y control del gasto electoral y del financiamiento a partidos y campañas políticas (a cargo del Servicio Electoral), entre otros.

³⁷ Organismo creado en 1927 mediante Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Hacienda) N° 400 bis, de 12 de mayo de 1927, con rango constitucional desde la Ley N° 7.727, de 23 de noviembre de 1943, de reforma constitucional.

En materia *penal sustantiva*, se cuenta con los tipos penales habituales en el derecho comparado y, al menos en términos generales, con los previstos en los tratados internacionales que obligan al Estado de Chile. Se cuenta, en efecto con tipos penales contra el patrimonio estatal (malversación de caudales públicos, fraude al Estado, aplicación pública arbitrariamente diferente), con tipos de cohecho y soborno considerablemente amplios y diferenciados (incluyendo la respectiva tipificación del soborno de funcionario público extranjero, además de la figura coactiva de concusión), con el delito de uso de información privilegiada, con un tipo de negociación incompatible recientemente ampliado, con una tipificación del tráfico de influencias como variante del cohecho y de la negociación incompatible y con un tipo de enriquecimiento ilícito.

Debe mencionarse, además, que los delitos de malversación de caudales públicos, fraude al Estado, negociación incompatible, concusión, enriquecimiento ilícito y cohecho tanto doméstico como de funcionario público extranjero, son delitos-base del delito de lavado de dinero³⁸ tipificado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913, de 18 de diciembre de 2003, y que los delitos de cohecho activo o soborno tanto de empleados públicos chilenos como de funcionarios extranjeros (arts. 250 y 251 bis) son delitos que dan lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009. Sin perjuicio de lo que se dirá en el apartado siguiente, la cobertura parece en general adecuada, y el nivel de penas, racional.

En cuanto a la *persecución penal* de los hechos de corrupción, esta compete, desde luego, al Ministerio Público, el que cuenta a nivel central (Fiscalía Nacional), con una unidad especializada en materia de corrupción, aunque no operativa, sino solo con tareas de estudio y asesoría, en tanto que las labores concretas de persecución recaen en fiscales locales, generalmente en fiscales “de alta complejidad”. Excepcionalmente, en casos de especial trascendencia pública, el Fiscal Nacional puede disponer que la persecución la asuma un Fiscal Re-

³⁸ Debe tenerse presente que en Chile el delito de lavado de dinero sólo es posible respecto de un catálogo más bien reducido de delitos-base.

gional (art. 19 de la ley orgánica del Ministerio Público³⁹), y que el mismo personero puede asumir él mismo la tarea “cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciere necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía” (art. 18 de la misma ley). Para el desarrollo de sus tareas, el Ministerio Público puede contar con una unidad especializada en la investigación de este tipo de delitos en la Policía de Investigaciones de Chile (si bien la Brigada investigadora de delitos funcionarios comienza a funcionar recién en enero de 2016, desde antes estos delitos eran objeto del trabajo de las Brigadas investigadoras de delitos económicos, dependientes ambas de la misma Jefatura Nacional de Delitos Económicos y Medio Ambiente).

Adicionalmente, debe destacarse el rol del Consejo de Defensa del Estado⁴⁰, entre cuyas funciones se cuenta la de ejercer la acción penal como querellante respecto de delitos que puedan acarrear perjuicios económicos para el Estado, como los de malversación o defraudación de caudales públicos, así como respecto de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o empleos por funcionarios públicos o empleados de organismos del Estado (art. 3° N° 4 y 5 de su Ley orgánica)⁴¹. Para asegurar su posible intervención se establece la obligación legal del Ministerio Público de informarle de los antecedentes relacionados con delitos que puedan dar lugar a su intervención (art. 41 de la misma ley). La intervención del Consejo es selectiva, atendiendo a la gravedad del hecho y a la existencia o no de una intervención suficientemente adecuada por parte de otro organismo público, lo que garantiza por regla general un aporte efectivo a la persecución penal.

Y si bien no se trata de un organismo de persecución penal, es muy relevante el papel que en esta materia puede jugar la Contraloría General de la República, siendo usual que los procedimientos penales en

³⁹ Ley N° 19.640, de 15 de octubre de 1999, orgánica constitucional del Ministerio Público.

⁴⁰ Servicio de abogados del Estado, creado, principalmente para defender judicialmente los intereses patrimoniales del fisco, en 1895, con personalidad jurídica y orgánica definida desde 1925 y con ese nombre desde 1958.

⁴¹ Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Hacienda) N° 1, de 7 de agosto de 1993, texto refundido de la Ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado.

materia de malversación de caudales públicos o de fraude al Estado se inicien precisamente a consecuencia de una fiscalización de la Contraloría. Algo similar puede decirse, aunque no parece haber jugado un papel tan relevante en la materia hasta ahora, la Unidad de Análisis Financiero (UAF), órgano que recibe y procesa, entre otras fuentes de información, los informes de operaciones sospechosas de lavado de dinero que deben remitirle los sujetos obligados conforme a la legislación anti-lavado de dinero (Ley N° 19.913), lo que puede contribuir significativamente a la detección de casos de corrupción, en la medida en que estos delitos son, como se ha dicho precedentemente, delitos-base de lavado (Albertz, 2019, p. 5).

Por último, en lo concerniente a la *cooperación internacional* en materia penal, indispensable para hacer frente adecuadamente a formas de delincuencia no convencional que, como la corrupción, tienden a desarrollarse a la par de las actividades económicas, más allá de las fronteras nacionales. Se ha venido haciendo uso creciente en Chile de los mecanismos previstos en distintos instrumentos internacionales sobre delincuencia transnacional⁴², entre los que cabe destacar aquí, por su relevancia para la persecución de la corrupción pública, las disposiciones de la Convención de Palermo de 2000 (Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional, arts. 16 y siguientes) y de la ya mencionada UNCAC (arts. 43 y siguientes)⁴³, sin perjuicio de una serie de otros convenios bilaterales y multilaterales genéricos sobre asistencia recíproca en materia penal. Respecto de la gran mayoría de estos instrumentos el Ministerio Público funge como Autoridad Central a través de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional (Segovia, 2018, p. 75). Sería deseable, con todo, una regulación legal sistemática que, por la vía de definir y precisar competencias, requisitos y procedimientos, facilite el uso expedito y seguro de estos mecanismos por parte de los órganos competentes chilenos⁴⁴.

⁴² Un esbozo de panorama al respecto, con foco en la formación de equipos conjuntos de investigación, en el instructivo trabajo de Segovia (2018).

⁴³ Menos útil resulta, en cambio, por su considerable menor desarrollo normativo al respecto, la Convención Interamericana contra la corrupción.

⁴⁴ Para lo cual un buen modelo podría ser la ley alemana sobre cooperación jurídica internacional en materia penal (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in*

3.2. *Asuntos pendientes*

3.2.1. Cuestiones sustantivas

De las propuestas legislativas sustantivas de la comisión Engel contra la corrupción pública, si se prescinde de aquella que sugiere la tipificación de un inasible y apenas justificable delito de “abuso de funciones”⁴⁵, la que puede tomarse en serio es la tendiente a introducir un delito de *tráfico de influencias* por parte de particulares, aunque no sea claro qué quería decir la comisión, porque, como sugiere su referencia genérica a la UNCAC, si tenía en mente el artículo 18 a) de dicho instrumento internacional, la propuesta no tenía sentido, porque la conducta allí descrita ya es típica bajo el artículo 250. Ahora bien, aunque no se trata de una figura delictiva tan extendida en el derecho comparado, los ordenamientos que contemplan un delito de tráfico de influencias suelen incluir una hipótesis en que incurrir particulares: tal es el caso de España, Italia, Francia o Canadá. A primera vista la prescindencia de una hipótesis de tráfico de influencias de particulares resulta contraintuitiva considerando que son precisamente particulares no atados por deberes funcionarios quienes están en mejores condiciones de influir en funcionarios públicos, en virtud de infinidad de posibles vínculos con el aparato del Estado. Por otra parte, sin embargo, la criminalización del simple ejercicio de influencias, aun en favor de otros, resulta muy problemática, por las dificultades para justificar un deber de abstención por parte de quien, sin ejercer funciones públicas, se encuentra en una posición que le permite ejercer influencia sobre la autoridad, sin que ni en la obtención de esa posición ni en el ejercicio de la influencia haya empleado medios ilícitos. La Constitución chilena, como muchas otras, garantiza a todas las personas el derecho de presentar peticiones a la autoridad también sobre asuntos

Strafsachen, IRG).

⁴⁵ Definido en el art. 19 de la UNCAC, ni más ni menos que como toda acción u omisión de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, contra la ley, y con el fin de obtener un beneficio para sí o para un tercero. Con semejante redacción comete delito el funcionario que dedica momentos de su jornada a atender asuntos comerciales propios. Debe reconocerse, con todo, que tipos penales en esta línea se encuentran, si bien en términos mucho más circunscritos, en el derecho penal suizo (Art. 312 StGB, Heimgartner, 2018) y austriaco (§ 302 StGB, Marek & Jarabek, 2018, p. 4).

de interés privado (art. 19 N° 14 CPR). De ahí que una posible tipificación debería concentrarse en la *venta* de la influencia, esto es, en la conducta de quien solicita o acepta recibir beneficios para ejercer (en algunos ordenamientos también por haber ejercido) influencia real o presunta sobre una autoridad o funcionario con miras a una decisión de éste art. 430 del Código español (Mir Puig, 2015, p. 1434.)⁴⁶; art. 346 bis del Código italiano (Romano, 2013)⁴⁷; art. 433-2 del Código francés (para la versión previa a 2013 Larguier & Conte, 2004, p. 270); sección 121 [1] [d] del Código canadiense), en parte como una forma indirecta de cohecho (no se vende el acto, se vende la influencia sobre el que debe realizar el acto), conducta que está más allá del ejercicio legítimo del derecho de petición (Cugat Mauri, 2006, p. 66; en contra Cury, 1996, p. 102). Adicionalmente, cabría preguntarse sobre la posible justificación de una reacción penal ante el *ejercicio* de influencia que pudiera considerarse abusivo o indebido, a partir de las infracciones a la regulación legal del *lobby* (Ley N° 20.730, de 8 de marzo de 2014), lo que supondría, en todo caso, el perfeccionamiento de una regulación extrapenal muy deficiente y fácil de eludir.

Más allá de las propuestas de la comisión Engel, cabe mencionar una ampliación del tipo penal de cohecho que no llegó a consumarse. Se trata de la posible extensión del tipo penal hacia la actividad de ciertos agentes privados que, actuando en instituciones igualmente privadas, desarrollan, sin embargo, actividades eminentemente públicas, al punto que resultaría consecuente que la solicitud u ofrecimiento de beneficios que pudieran redundar en un ejercicio parcial o discriminatorio estuviera sometido al mismo régimen que el cohecho o soborno de empleados públicos⁴⁸. Como se sabe, este desfase entre el

⁴⁶ El Código español contiene, además, un tipo penal de simple ejercicio de influencias por parte de particulares en su art. 429, el que, como se dice en el cuerpo de este trabajo, resulta de difícil justificación.

⁴⁷ Antes de la introducción de este delito de tráfico de influencias ilícitas el año 2012, en Italia se aplicaba a estos supuestos el delito de “millantato credito” (crédito simulado respecto de un funcionario) del art. 346 del Código, también a casos en que el crédito era real, lo que resultaba a lo menos dudoso. La incorporación del nuevo tipo penal en 2012 produjo la obsolescencia del art. 346, lo que se formalizó mediante su abrogación en enero de 2019.

⁴⁸ Si bien se suele decir que la definición legal de empleado público para efectos penales del art. 260 (“se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o

tipo penal tradicional de cohecho de funcionarios del sector público y la forma en que se dispone la provisión de servicios o bienes públicos como educación, salud o servicios básicos ha generado en distintos países una discusión sobre la definición legal del sujeto calificado que debe incurrir en la conducta o respecto de quien ésta se realiza. En el caso chileno podría creerse que el asunto proviene de los procesos de privatización iniciados a mediados de la década de 1970, aunque esto sería sólo parcialmente correcto, pues en muchas áreas relevantes, como es, por ejemplo, paradigmáticamente el ámbito de la educación, Chile tiene una larga tradición de provisión mixta. En ese contexto, resulta paradójico, por ejemplo, que el profesor universitario que se desempeña en una universidad estatal y solicita beneficios de sus estudiantes a cambio de una evaluación favorable incurre en el delito de cohecho, específicamente en la figura calificada por una actuación con infracción de deberes del cargo, mientras que el profesor de una universidad privada que hace lo mismo no comete delito alguno, a pesar de que sus evaluaciones y los grados y títulos otorgados por la universidad privada tienen exactamente el mismo valor oficial. Nótese, por otra parte, que lo que hace reprochables estas conductas obedece a la misma lógica de la punición del cohecho de funcionarios públicos (el ejercicio con fines privados de un poder de interés público), no así a la de los nuevos tipos penales de corrupción entre particulares, que protegen las condiciones de una competencia leal entre agentes privados en el mercado.

Con estas situaciones en mente se alcanzó a aprobar por la Cámara de Diputados (en los citados Boletines refundidos N° 10.155-07 y N° 9956-07, que no llegaron a ser ley) una ampliación específica para el

función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”) consagra un concepto “funcional” para el cual lo decisivo sería si el sujeto realiza o no una “función pública” (Etcheberry, 1998, p. 205), lo cierto es que la definición exige además, inequívocamente, la adscripción a un órgano perteneciente o vinculado orgánicamente al Estado, con lo cual quien se desempeña en una empresa o institución privada no es empleado público con independencia de su función, consecuencia que en rigor nadie discute.

delito de cohecho⁴⁹, a través de un art. 250 ter cuyo inciso primero se refería al cohecho pasivo del “particular que en su desempeño en una persona jurídica cuyo objeto sea la provisión de bienes o servicios públicos tales como educación, salud, infraestructura, servicios básicos u otros de utilidad pública” incurriera en la conducta típica “para ejercer o por haber ejercido sus funciones de modo parcial o arbitrario” (el inciso segundo contenía el tipo correlativo de cohecho activo). Esta formulación resulta, por cierto, considerablemente más acotada que la de la legislación que sirvió en un primer momento de inspiración, la *Bribery Act 2010* del Reino Unido, que no distingue, en principio, entre cohecho de funcionarios y cohecho de agentes privados y hace depender la relevancia jurídico-penal del hecho de conceptos sumamente amplios y vagos como los de “función o actividad relevante” y “desempeño impropio”⁵⁰. Ante semejante indeterminación se hizo un esfuerzo de precisión que, sin embargo, no fue suficiente para concitar el respaldo que la iniciativa requería, con lo cual la necesaria extensión de ciertos tipos penales a agentes privados que ejercen funciones

⁴⁹ Se consideró que una modificación de la definición legal de “empleado público” para efectos penales del art. 260 requeriría un estudio mayor que no se estaba en condiciones de solventar en ese momento.

⁵⁰ La ley se limita a disponer el castigo del ofrecimiento, promesa o entrega de una ventaja financiera o de otro tipo a otra persona para inducirla a que desempeñe impropriamente una función o actividad relevante o para recompensarla por haber desempeñado impropriamente una tal función o actividad, o sabiendo o creyendo que la aceptación misma de la ventaja constituiría el desempeño impropio de una función o actividad relevante, así como las conductas correlativas de exigir, estar de acuerdo en recibir o recibir una ventaja financiera o de otro tipo de otra persona bajo las mismas circunstancias (secciones 1 y 2). Los conceptos clave de “función o actividad relevante” y de “desempeño impropio” se definen, el primero, como cualquier función de una naturaleza pública, conectada con un negocio, desempeñada en el curso del empleo de una persona o desempeñada por o en nombre de un cuerpo de personas, siempre que se espere que la persona que la desempeña lo haga de buena fe, con imparcialidad o cuando esté en una posición de confianza en virtud de ese desempeño (sección 3); y el segundo, como el desempeño que no satisface una expectativa relevante o la falta de desempeño cuando ésta en sí misma defrauda una expectativa relevante (sección 4), y para todos los efectos se aclara que aquello que se espera (tanto en términos de expectativa relevante como de la expectativa de desempeño de buena fe o con imparcialidad, esto es, para los efectos de las secciones 3 y 4) es “lo que una persona razonable en el Reino Unido esperaría en relación con el desempeño del tipo de función o actividad en cuestión” (sección 5) (Bean & MacGuidwin, 2013).

públicas en el sector privado subsiste como una tarea pendiente de la legislación chilena anticorrupción.

Con todo, probablemente el defecto sustantivo más grave de la actual legislación sea la ausencia de un sistema mínimamente adecuado para perseguir las *ganancias* de la actividad ilícita. La regulación del comiso en Chile es simplemente deplorable. La única regla general es la del artículo 31, que lo regula exclusivamente como consecuencia de una pena, con la consiguiente exigencia de condena bajo los estándares de convicción del proceso penal, y sin que ni siquiera sea del todo claro que se extienda también a las ganancias del delito (Guzmán Dalbora, 2008, p. 266; Ananías, 2014, p. 183)⁵¹. La legislación en materia de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (actualmente Ley N° 20.000, de 16 de febrero de 2005) y, por remisión a ella, algunas pocas regulaciones adicionales⁵² entre las que no se encuentran las referidas a los delitos de corrupción, conocen normas especiales explícitas sobre comiso de ganancias, que sugieren implicar también el comiso sustitutivo (“cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las *transformaciones* que hubieren experimentado”, art. 45 de la Ley N° 20.000), pero que, respecto de efectos e instrumentos, no contemplan normas sobre comiso de un valor equivalente, como tampoco sobre el más polémico comiso ampliado. La norma más comprensiva es la que rige respecto de personas jurídicas (art. 13 N° 2 de la Ley 20.393), que junto con incluir explícitamente el comiso de ganancias, dispone el comiso de valor respecto de instrumentos y efectos⁵³. Como fuera, en todos los casos el comiso está regulado

⁵¹ El precepto se refiere al comiso de los *efectos e instrumentos* del delito. Si bien el comiso de ganancias (bajo un concepto amplio de “efectos”) es usual en la práctica, hay buenos argumentos en contra y debe reconocerse que respecto de genuinos efectos e instrumentos la regulación legal es conceptualmente consistente, porque a menos de tratarse de objetos de posesión prohibida, la pérdida de cosas a las que se tiene derecho constituye necesariamente una pena y debe estar sometida a las garantías penales.

⁵² Como, por ejemplo, en materia de lavado de dinero, art. 33, letra d) de la Ley N° 19.913, de 18 de diciembre de 2003.

⁵³ Según esta disposición, “[p]enas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes: [...] 2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo serán decomisados. Cuando por cualquier circunstancia no sea posible decomisar estas especies, se podrá aplicar el comiso a una suma de dinero

como pena o consecuencia de una condena, en tanto que las normas procesales sobre la práctica y posterior aprovechamiento del comiso son muy insuficientes y no garantizan una aplicación fluida.

En consecuencia, urge una nueva regulación integral del comiso, ineludiblemente al menos del comiso de ganancias, no como pena sino como reacción al enriquecimiento ilícito, esto es, como simple mecanismo de supresión de una situación patrimonial injusta y que, en cuanto tal, no requiere condena penal y puede tener lugar bajo el estándar probatorio de la preponderancia de la prueba o, en todo caso, bajo uno menos exigente que el de la duda razonable que rige en materia penal⁵⁴. En esto no hay fraude de etiquetas porque, al tratarse, a diferencia de los efectos e instrumentos, de objetos o valores a los que no se tiene derecho, su pérdida no constituye pena sino restablecimiento de un orden patrimonial justo, de modo que no hay razón para asociarlo a una eventual responsabilidad penal. De paso, un mecanismo eficiente de comiso de ganancias así concebido agregaría razones para suprimir el lamentable delito de enriquecimiento ilícito (art. 241 bis)^{55/56}. Por tratarse de ganancias, esto es, de una cantidad o valor, no sería necesario regular especialmente un comiso sustitutivo

equivalente a su valor. // Asimismo, en todos los casos, se decomisarán los activos patrimoniales cuyo valor correspondiere a la cuantía de las ganancias obtenidas a través de la perpetración del delito. // Dichas ganancias comprenden los frutos obtenidos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. // Sin embargo, no podrá imponerse el comiso respecto de las ganancias obtenidas por o para una persona jurídica y que hubieren sido distribuidas entre sus socios, accionistas o beneficiarios que no hubieren tenido conocimiento de su procedencia ilícita al momento de su adquisición”.

⁵⁴ En esta línea avanzan en Chile los últimos Anteproyectos de nuevo Código penal y, en particular, el Proyecto de Código penal de 2014, los que, sin embargo, aún no han sido objeto de discusión parlamentaria. Al respecto, contrastando críticamente el Proyecto con la legislación de los Estados Unidos, Hasbún (2018).

⁵⁵ El delito se incorporó en Chile mediante la Ley N° 20.088, de 5 de enero de 2006. Salvo un caso reciente en que sirvió de imputación residual (se prescindió de los otros cargos) para un procedimiento abreviado pactado entre el Ministerio Público y la defensa, no ha tenido aplicación práctica, básicamente porque se reconoce que no es más que el sucedáneo de una imputación fundada, y ha sido muy criticado por razones de constitucionalidad (Hernández, 2006, p. 183; Oliver, 2008, p. 463; de otra opinión Matus & Ramírez, 2019, p. 442).

⁵⁶ En la misma línea (comiso administrativo o civil en vez de delito de enriquecimiento ilícito) Blanco Cordero, (2017), p. 34.

o sobre un valor equivalente. Si el procedimiento queda en manos de la justicia penal o de instancias administrativas o civiles es una cuestión opinable de diseño, aunque lo primero puede resultar más conveniente por la cercanía con el probable origen de las ganancias. Avances más allá, por ejemplo, la introducción de un comiso sustitutivo o sobre un valor equivalente respecto de instrumentos o efectos o la introducción de un comiso ampliado, requerirían una reflexión adicional.

Otro problema común al conjunto del derecho penal chileno que debe abordarse, y que los casos de corrupción muestran con especial claridad, es el del *sistema de penas*. Como se ha dicho, las penas legales suelen ser potencialmente ilusorias porque o bien no se imponen o bien no se cumplen efectivamente, con lo cual, para asegurar que se ejecuten, se tiende a establecer penas desproporcionadas. Urge una revisión general del sistema, que aquí, naturalmente, no se puede esbozar siquiera.

3.2.2. Cuestiones procesales

En materia procesal, la Comisión Engel acierta cuando propone que se extienda a la investigación de los delitos de corrupción, la aplicación de las técnicas especiales de investigación que rigen respeto del lavado de dinero y otros delitos. En efecto, por el carácter oculto de las conductas, sobre todo de aquellas que no implican perjuicio patrimonial para el Estado, medidas intrusivas especiales tales como interceptaciones telefónicas o la acción de agentes encubiertos parecen tener pleno sentido⁵⁷. Es cierto que, por el mencionado aumento de penas, algunos delitos han pasado a ser crímenes, respecto de los cuales, en cuanto tales, proceden las interceptaciones telefónicas de acuerdo con las reglas generales (art. 222 del Código procesal penal), pero sería preferible que las medidas estuvieran disponibles para la investigación de todos los supuestos.

⁵⁷ No se aprecia que lo tuviera, en cambio, el recurso a la llamada “entrega vigilada o controlada”, prevista tanto en la Ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, como en otros cuerpos normativos.

En particular, sería conveniente que se autorizara la intervención de agentes encubiertos, informantes y, especialmente, de “agentes reveladores”. El origen de estas figuras en el derecho chileno se encuentra en la legislación contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, estando reguladas en la actualidad en el art. 25 de la Ley N° 20.000, la ley que se hace cargo integralmente de esta materia. Conforme a la ley, el agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación, en tanto que el agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga. Por último, el informante es el particular que suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos propios de un agente encubierto o revelador⁵⁸. Con remisión expresa a la Ley N° 20.000 como regulación supletoria, se prevé también la intervención de agentes encubiertos e informantes en otros cuerpos legales, como es el caso del Código penal, para la investigación de delitos relativos a la prostitución de personas menores de edad y a la pornografía infantil (art. 369 ter en relación con los arts. 366 quinquies, 367, 367 ter y 374 bis inciso primero), así como de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas (art. 411 octies), y de la Ley N° 19.913 para el delito de lavado de dinero (art. 33 letra a). Ninguna de estas regulaciones fuera de la Ley N° 20.000 se refiere expresamente al agente revelador, sin perjuicio de lo cual se puede entender, como se entendía antes de la introducción del concepto mediante dicha ley, que era inherente a la actividad propia del agente encubierto (y, por

⁵⁸ Sobre la regulación del agente encubierto y del informante, figuras introducidas por primera vez mediante el art. 34 de la Ley N° 19.366, de 30 de enero de 1995, antecesora de la actual Ley N° 20.000, Politoff (1998); Diban (2000), p. 220. La regulación del agente revelador se debe a la Ley N° 20.000.

extensión, a la del informante que actuara como tal) similar interés en la comisión del delito en cuestión (Politoff, 1998, p. 56)⁵⁹.

En Chile, desde la perspectiva específica del imputado, la figura del agente revelador también ha sido ciertamente polémica (Riquelme, 2006; García, 2014), en la misma medida en que lo ha sido la del *agent provocateur*, de la cual no parece poder distinguirse con facilidad. Que el Estado pretenda castigar penalmente a ciudadanos que él mismo ha incitado a delinquir suscita naturales objeciones de legitimidad que, como se sabe, han llevado en distintos ordenamientos a reconocer la atenuación o hasta la exención de la responsabilidad penal del sujeto inducido⁶⁰. Con todo, argumentando de un modo similar a como discurre la jurisprudencia estadounidense en materia de *entrapment* (Dressler, 2002, 580), las objeciones parecen ceder cuando consta la existencia de una *predisposición* favorable a la comisión delictiva, de modo que una simulación que se limita a ofrecer la posibilidad de tal comisión debiera resultar aceptable (Politoff, 1998, pp. 60-77). La utilidad que podría tener la figura del agente revelador en la persecución de la corrupción pública resulta en cualquier caso manifiesta, a lo que cabría agregar que constituiría una alternativa al empleo de mecanismos premiales, una alternativa plausible y exenta de los inconvenientes de tales mecanismos (*supra* 2.2.3).

⁵⁹ La preocupación de Politoff bajo el imperio de la antigua Ley N° 19.366 giraba en torno a si era admisible que agentes encubiertos e informantes, simulando tener interés en el delito, indujeran a él o tomaran parte en él, y a la forma de justificar que en tal caso no fueran penalmente responsables. La preocupación fue despejada por el art. 25 de la actual Ley N° 20.000, que, junto con regular específicamente la figura del agente revelador, dispone que estos sujetos “estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”.

⁶⁰ En el caso alemán, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal tendió a reconocer la caducidad de la pretensión punitiva del Estado en casos de una presión significativa sobre ciudadanos sin antecedentes delictivos previos, si bien cambió de rumbo a mediados de la década de 1980, con su sentencia BGHSt 33, 356, a partir de la cual, en general, sólo se considera una posible atenuación (Roxin & Schönemann, 2012, p. 306). En el caso de los Estados Unidos, se reconoce judicialmente, tanto a nivel federal como estadual la defensa de *entrapment* (Dressler, 2002, p. 579).

Por último, siempre en el plano de las cuestiones procesales, es muy problemático que la decisión sobre la persecución penal respecto de ciertos delitos que, si bien no son estrictamente de corrupción, pueden cumplir la función de normas de flaqueo de los tipos penales referidos a la corrupción, esté supeditada a la decisión de un órgano distinto del Ministerio Público, específicamente de órganos que dependen directamente del gobierno de turno, como es el caso del Servicio de Impuestos Internos respecto de los delitos tributarios (y del Servicio Nacional de Aduanas respecto de los delitos asociados a los derechos de importación), pero también de otros respecto de los cuales no se aprecia ninguna razón para que deban resolver al respecto, como es el caso del Servicio Electoral. Las supuestas razones técnicas para esta supeditación no son plausibles (el juicio realizado por tales servicios no versa sobre el carácter ilícito de las conductas, lo que en rigor constituye un presupuesto del juicio mismo, sino sobre su gravedad y la conveniencia de su persecución penal, lo que se adentra plenamente en una valoración político-criminal que es propia del Ministerio Público) y ha quedado demostrado en la práctica que el modelo es perjudicial para una persecución penal eficaz y transparente.

REFERENCIAS

Doctrina

- Albertz, P. (2019). *Delito de lavado de activos y deberes positivos*. Santiago, Chile: DER.
- Arís, M., Engel, E. y Jaraquemada, M. (2019). *Reformas anticorrupción en Chile 2105-2017. Cómo se hizo para mejorar la democracia*. Santiago, Chile: Konrad Adenauer Stiftung-Espacio Público.
- Ananías, I. (2014). El comiso de ganancias. *Revista de Estudios de la Justicia*, 21, 153-196.
- Bascuñán, A. (2004). Delitos contra intereses instrumentales. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 1, 291-345.
- Bean, B.W. y MacGuidwin, E.H. (2013). Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010. *Indiana International & Comparative Law Review*, 23, 63-109.
- Blanco Cordero, I. (2017). El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19(16), 1-35.

- Bustos, J. y Medina, R. (2000). Aspectos de la reforma penal de la probidad en la Ley N° 19.645, de 1999, que modifica disposiciones del Código penal que sancionan casos de corrupción. En Varios Autores, *La administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000* (pp. 681-702), Santiago, Chile: ConoSur.
- Cugat Mauri, M. (2006). Tráfico de influencias (art. 8). En L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (pp. 61-77). Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Cury, E. (1996). Notas sobre el tráfico de influencias. *Revista de Ciencia Política*, 18(1-2), 99-104.
- De la Fuente, F. (2005). Delitos contra bienes instrumentales. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2, 557-617.
- Diban, M. (2000). Las nuevas técnicas de investigación en la Ley N° 19.366. En S. Politoff y J.P. Matus (Coord.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 207-235). Santiago, Chile: ConoSur.
- Dressler, J. (2002). *Understanding Criminal Procedure*. Newark y San Francisco, Estados Unidos de América: LexisNexis.
- Etcheberry, A. (1998). *Derecho penal, T. IV*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- García, F. (2014). Agente revelador, derecho penal del enemigo y fallos de la Corte Suprema. *Noventa y tres. Revista de la Defensoría penal pública*, 10, 26-31.
- Guzmán Dalbora, J.L. (2008). *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago, Chile: LegalPublishing.
- Hasbún, C. (2018). El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al Proyecto de Nuevo Código Penal. *Ius et Praxis*, 23(3), 421-452.
- Heimgartner, S. (2018). Art. 312. En M.A. Niggli y H. Wiprächtiger (Ed.), *Basler Kommentar. Strafrecht II* (pp. 5403-5411), Basel, Suiza: Helbing Lichtenhahn.
- Hernández, H. (2005). La administración desleal en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 26(1), 201-258.
- Hernández, H. (2006). El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27(2), 183-222.
- Hernández, H. (2016). La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho. *Revista de Ciencias Penales*, 43(4), 15-27.

- Hernández, H. (2019). Arts. 287 bis y 287 ter. En J. Couso y H. Hernández (Dir.), *Código penal comentado. Parte especial. Título VI del Libro Segundo* (pp. 183-196). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Langbein, J. (1978). Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, 46(3), 3-22.
- Larguier, J. y Conte, P. (2004). *Droit pénal des affaires*. Paris, Francia: Armand Colin.
- Marek, E. y Jarabek, R. (2018). *Korruption und Amtsmissbrauch*. Wien, Austria: Manz.
- Matthei, E. y Rojas, L.E. (2019). Caso “MOP-GATE”. En T. Vargas (Dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte especial* (pp. 133-155). Santiago, Chile: DER.
- Matus, J.P. y Ramírez, M.C. (2019). *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, C. (2015). Arts. 404 a 445. En S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (Dir.), *Comentarios al Código penal* (pp. 1365-1488). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, A. (2008). Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. El caso de Chile. En J. Zalaquett y A. Muñoz (Ed.), *Transparencia y probidad pública. Estudios de caso en América Latina* (pp. 113-129). Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Oliver, G. (2003). Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho. *Revista Chilena de Derecho*, 30(1), 39-53.
- Oliver, G. (2004). Aproximación al delito de cohecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, 5, 83-115.
- Oliver, G. (2008). Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito. En L. Rodríguez (Coord.), *Delito, pena y proceso. Libro Homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta* (pp. 463-480). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ossandón, M.M. (2003). Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 10, 161-180.
- Politoff, S. (1998). El agente encubierto y el informante “infiltrado” en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En S. Politoff y J.P. Matus (Coord.), *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes* (pp. 53-87). Santiago, Chile: ConoSur.
- Riego, C. (2017). El procedimiento abreviado en la ley 20.931. *Política Criminal*, 12(24), 1085-1105.

- Riquelme, E. (2006). El agente encubierto en la ley de drogas. La lucha contra la droga en la sociedad del riesgo. *Política Criminal*, 1(2), A2, 1-17.
- Romano, M. (2013). Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 56(3), 1397-1410.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*. München, Alemania: Beck.
- Roxin, C. y Schünemann, B. (2012). *Strafverfahrensrecht*. München, Alemania: Beck.
- Segovia, A. (2018). Los equipos conjuntos de investigación como herramienta de cooperación internacional. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 72, 69-93.
- Torres, A. (2016). Los tipos penales creados por la Ley N° 20.900 para el fortalecimiento de la democracia. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 68, 25-53.
- Vera, J. (2004). *El delito de tráfico de influencias*. Santiago, Chile: La Ley.

Otras referencias

- Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción (1994), en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 18 (1996) [Disponible en: <http://www.revistacienciapolitica.cl/index.php/rcp/article/view/1029>]
- Informe del Grupo de trabajo sobre probidad y transparencia (2006), *Estudios Públicos*, Vol. 105 (2007) [Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-91-a-la-120/estudios-publicos-n-105-2007/informe-sobre-medidas-para-favorecer-la-probidad-y-eficiencia-de-la>]
- Informe Final del Consejo asesor presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción (2015) [Disponible en: <https://consejoanticorrupcion.cl/informe/>]

Capítulo VII

COLOMBIA

Fernando León Tamayo Arboleda*

Libardo José Ariza

INTRODUCCIÓN

El 15 de junio de 2020, U.S. News publicó una noticia afirmando que Colombia era percibido como el país más corrupto del mundo (Leins, junio 15, 2020). Aunque la metodología utilizada por dicho portal no fue claramente explicitada, y la medición, lejos de incluir a todos los países del mundo, valoró una muestra de apenas setenta países, al consultar otras fuentes la situación no parece prometedora. Según Transparencia Internacional, en el año 2019, Colombia ocupó el puesto 96 entre 183 países en el índice de percepción de corrupción, pese a lo cual es percibido como un país menos corrupto que algunos otros países de la región como Panamá, Perú, El Salvador, Nicaragua, México, Bolivia, Paraguay y Venezuela (Transparency International, 2020a).

Otros organismos han intentado medir el uso adecuado de los recursos públicos. En estos casos, la transparencia para la gestión de los dineros del Estado se ha utilizado como variable en mediciones sobre la competitividad económica o los riesgos de inversión¹, y Colombia, al igual que en los cálculos mencionados anteriormente, no suele salir bien librada. Sin embargo, a pesar de que existen diferentes metodologías, que suelen incorporar mediciones de percepción, datos cualitativos y cuantitativos e, incluso, análisis de expertos en la materia, la corrupción sigue apareciendo como un fenómeno difícil de detectar.

* El presente texto es resultado de una investigación conducidas por los autores, denominada “Dogmática penal y discursos constitucionales: hacia una comprensión de la expansión del derecho penal en Colombia”.

¹ Esto sucede en diversos índices, como los conducidos por el Global Insights Business Conditions and Risk Indicators, o el IMD Competitiveness Yearbook (Transparency International, 2020b).

En efecto, como ha sido admitido en la literatura, uno de los problemas principales para diagnosticar el fenómeno de la corrupción es la dificultad para construir datos fiables sobre el asunto (Villoria y Jiménez, 2012; Cetina, 2016). Esta situación, que en cierto modo se comparte con todas las conductas desviadas de la norma, se deriva de la incapacidad estatal para detectar, medir y perseguir cada una de las infracciones que suceden en los países. Usando la expresión de Hulsman (Font, 1994; Melossi, 2018), es necesario asumir que existe una cifra negra en las conductas desviadas, esto es, una cantidad relativamente grande de actuaciones contrarias a la norma que no logran ser detectadas y que esto, por supuesto, impacta también los casos de corrupción.

A pesar de las limitaciones de estos estudios y de su dificultad para detectar la corrupción real, la elaboración de este tipo de análisis conducidos por medios independientes, como Transparencia Internacional u otras organizaciones transnacionales, no sólo tienen una capacidad aproximada de diagnosticar el fenómeno, sino que, aún más, apuntan a la relevancia social que tiene la corrupción. Por un lado, más allá de la exactitud de las cifras, este tipo de ránquines no sólo captan una parte de lo que es el mundo real, sino que condicionan las decisiones que se toman para gobernar el asunto. Por otro lado, los enfoques de las mediciones revelan diversos aspectos que son fundamentales para comprender la relevancia social de la corrupción en el mundo actual y, con ello, interpretar y explicar las políticas adoptadas para combatirla.

Al observar el conjunto de mediciones y sus propósitos, así como la literatura especializada, es posible señalar al menos dos cuestiones clave cuando se trata de comprender la importancia social de la corrupción. En primer lugar, esta se relaciona con un problema de construcción del Estado de Derecho al menos en dos niveles. Por un lado, en la capacidad de administrar adecuadamente el presupuesto para fortalecer las instituciones básicas del Estado y la prestación de los servicios públicos fundamentales. Por otro lado, en la posibilidad de reflejar una imagen y estabilidad institucional que logre dar legitimidad a las actuaciones estatales (Gamarra Vergara, 2006). En segundo lugar, la corrupción se vincula con el desarrollo económico también a través de dos cuestiones fundamentales: (i) el problema de la eficiencia del gasto público como una cuestión vinculada con el crecimiento económico y el desarrollo social (Portilla, 2002); y (ii) la

relación entre la corrupción y la capacidad de los Estados para atraer inversión económica privada (Portilla, 2002; Rueda y Mora, 2008).

La forma en que socialmente se observa el problema de la corrupción condiciona las estrategias políticas y jurídicas utilizadas para contrarrestarla. La centralidad de los problemas de construcción del Estado, eficiencia de recursos y desarrollo económico, como se verá, juegan un papel central para el tipo de estrategias que en Colombia se han puesto en acción para controlar el fenómeno. Pero también, es necesario considerar que el problema de la corrupción en Colombia ha mostrado, históricamente, ciertos matices que no sólo determinan sus formas de ocurrencia, sino que cuestionan y limitan la capacidad del Estado para controlar el problema. La tradición política clientelista, la extensión del narcotráfico y el paramilitarismo en las estructuras del Estado y el nepotismo son puntos clave para comprender la corrupción en el país, pero también para entender las formas en que el fenómeno ha sido gobernado y el limitado éxito de estos esfuerzos (Leal, 1989).

Este texto, enfocado en estudiar la política criminal del Estado colombiano para lidiar con la corrupción, explora estas cuestiones. En primer lugar, presentamos algunos de los principales casos de corrupción en el país, y los diferentes factores que incidieron en la forma en que sucedieron, así como las acciones que se tomaron en cada caso. En segundo lugar, analizamos las políticas públicas estatales dirigidas a disminuir la corrupción. En tercer lugar, estudiamos la política penal emprendida en el país para enfrentar el fenómeno. Finalmente, presentamos una discusión sobre la complejidad de gobernar la corrupción en un país en que las instituciones estatales han sido cooptadas por diferentes actores que, desde la política, las economías ilegales o el accionar violento logran no sólo que la corrupción permanezca poco detectada, sino que tienen una inmensa capacidad de neutralizar las acciones penales del Estado.

1. LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Los casos de corrupción en Colombia muestran algunos rasgos comunes que revelan la forma en que estas prácticas se han arraigado en el arreglo institucional de la sociedad colombiana contemporánea. Parafraseando a Daniel Pecaut, que a mediados de la década de

los noventa señaló que la violencia se había convertido en el modo de funcionamiento de la sociedad colombiana, podríamos decir que la corrupción se ha instalado en el modo de funcionamiento de las relaciones entre la sociedad civil, los actores económicos y las instituciones públicas en Colombia (Pecaut, 1991; 1997). La influencia del narcotráfico y el poder de los grupos armados ilegales, acompañada de un clientelismo que tradicionalmente ha permitido que las élites nacionales y regionales se beneficien del andamiaje estatal para aumentar su propio capital, son algunos de los elementos recurrentes en los escándalos del país. Este acápite se dedica, precisamente, a mostrar estas cuestiones siguiendo algunos de los sucesos más relevantes de las últimas décadas.

1.1. Un elefante en la casa de Nariño

A mediados del año 1995 se dieron a conocer unas grabaciones en las que los hermanos Rodríguez Orejuela, jefes del cartel de Cali, hablaban sobre el apoyo económico a la campaña del ya electo presidente de Colombia Ernesto Samper Pizano (Radio Nacional de Colombia, 2011). Los llamados “narco-casetes” revelaron de manera definitiva una realidad que había aparecido desde los años ochenta y que no sólo moldeó la forma de hacer política en Colombia, sino que creó un conjunto de prácticas de corrupción que terminaron por enquistarse en el andamiaje institucional de la nación. Un corto seguimiento a este caso muestra una particular relación entre narcotráfico y corrupción en Colombia, que condiciona las formas en que este último fenómeno ha aparecido en el país desde hace ya casi medio siglo.

Antes de la aparición de los narco-casetes, el entonces fiscal Gustavo de Greiff ya había tenido conocimiento del posible ingreso de dineros del narcotráfico a la campaña de Samper Pizano, debido al allanamiento de las oficinas de Guillermo Pallomari, contador del cartel de Cali (Redacción El Tiempo, 1996). Sin embargo, el entonces fiscal estaba lejos de ser una persona neutral en el caso. No sólo su hija formó parte de la campaña que debía ser investigada, sino que su relación con las organizaciones de narcotráfico ha sido reconocida, principalmente, con el cartel de Cali —financiadores de la campaña de Samper Pizano—, a quienes favoreció de manera recurrente (Redacción El Tiempo, 1996). Por ello, no resultó extraño que el proceso

en contra de la campaña del candidato del partido liberal quedara rápidamente archivado y que, sólo ante el escándalo público y la sustitución del fiscal de Greiff, se lograran iniciar las acciones judiciales en el caso.

La salida de Gustavo de Greiff dio lugar a una larga lista de procesos judiciales contra diferentes implicados en lo que se conocería como el “Proceso 8000”, en el que terminaron condenados Fernando Zea Botero (gerente general de la campaña de Samper Pizano), Santiago Medina Serna (tesorero de la campaña), Juan Manuel Avella (gerente administrativo de la campaña), Miguel Francisco Becerra (Contralor General de la Nación), Orlando Vásquez (Procurador General de la Nación), y los congresistas Gustavo Espinosa, Álvaro Benedetti, Carlos Herney Abadía, Jaime Lara Arjona y Rodrigo Garavito. Sin embargo, a pesar de la cercanía de los implicados con el partido liberal y la campaña presidencial, el expresidente Samper Pizano logró salir adelante con la defensa de que nunca se enteró de la procedencia de ninguno de los dineros que financiaron su campaña, pues esa labor estaba legada en los gerentes y administradores de esta, y con la famosa afirmación de que el ingreso de los dineros prohibidos fue “a sus espaldas” (Radio Nacional de Colombia, 2016). Ante esto, se decía que un elefante —los dineros del narcotráfico— entró a la casa de Nariño y el presidente Samper Pizano no se enteró (Radio Nacional de Colombia, 2016).

El proceso 8000 desnudó una relación entre el narcotráfico y la operación de la institucionalidad en Colombia que ya había aparecido desde una década atrás y que se mantiene hasta nuestros días. La incidencia de las organizaciones de narcotráfico en diferentes niveles de la política colombiana había comenzado a ser visible desde principios de los años ochenta cuando el capo del cartel de Medellín, Pablo Escobar Gaviria, logró ser elegido congresista suplente en la Cámara de Representantes. En dicha elección, según han documentado agencias de inteligencias estadounidenses, sería definitivo el apoyo del entonces joven político liberal Álvaro Uribe Vélez (Forero, 2004), quien luego llegaría a ser presidente del país en dos oportunidades y que, no sólo se encuentra actualmente privado de la libertad bajo investigación por sobornar testigos para que cambien sus declaraciones en procesos judiciales contra sus contendientes políticos (Unidad Investigativa El Tiempo, 2020) sino que, como mostraremos más adelante, también

se especializó en no ver el elefante de la corrupción transitando por la casa de Nariño.

Aunque los grandes carteles del narcotráfico en Colombia desaparecieron, y el negocio fue asumido por diferentes agrupaciones, el impacto de este en la operación institucional en Colombia sigue siendo un tema candente. La campaña del actual presidente Iván Duque se encuentra bajo un fuerte cuestionamiento derivado de la aparente compra de votos en su favor por parte del narcotraficante José Guillermo Hernández, y que parece involucrar a diversos miembros del partido Centro Democrático, entre ellos, nuevamente al expresidente Uribe Vélez. Así como en el caso del proceso 8000, las pruebas en contra de los miembros del partido de gobierno estuvieron sepultadas en la Fiscalía sin una explicación sobre el por qué no se había iniciado una pesquisa, y nuevamente el escándalo fue el motor que comenzó a mover al aparato judicial (Revista Semana, 2020).

1.2. Una corta historia sobre el altruismo

El 27 de diciembre de 2004 se hizo oficial la reforma de la Constitución colombiana. El Acto Legislativo 02 de 2004 modificó los artículos 127, 197 y 204 de la carta magna para, entre otras cosas, hacer posible la reelección inmediata del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, quien, sin dicha reforma, no podía legalmente aspirar a ser nuevamente presidente de la nación. Cerca de cuatro años después, se conoció que la reforma constitucional había sido sólo posible gracias a uno de los casos de corrupción más emblemáticos de la historia reciente de Colombia.

En abril de 2008, la congresista Yidis Medina admitió que, para llevar a buen término el trámite legislativo de la reforma constitucional, ofreció a varios congresistas la posibilidad de disponer de manera directa de algunos cargos institucionales en diferentes niveles de la administración estatal, a cambio de que estos votaran a favor del proyecto. Según lo recoge la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en su contra (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 26 de junio, 2008) los hechos comenzarían el primero de julio de 2004, cuando los dieciocho congresistas que se oponían al proyecto de reforma constitucional se reunieron y decidieron archivar el proyecto. Sin embargo, sospechosamente, al día siguiente Yidis Medina se au-

sentó de la sesión en que se discutiría el proyecto para, en su lugar, atender una reunión en la casa de Nariño.

Luego de dicha misteriosa reunión, la posición de Yidis frente al proyecto cambió, pasando a ser una defensora del mismo. Según se documentó, Yidis recibió beneficios en favor de terceros para modificar su voto, al igual que otros congresistas. Como resultado, la mencionada fue condenada, al igual que los congresistas Teodolindo Avendaño y Omar Díaz Mateus, y se condenó además a los ministros Sabas Pretelt de la Vega y Diego Palacio Betancourt, y el secretario de la Presidencia de la República, Alberto Velásquez por ser quienes impulsaron los ofrecimientos ilícitos. A pesar de las repetidas acusaciones de Yidis en contra del expresidente Uribe, a quien señalaba de haber participado de los ofrecimientos (El Tiempo, 2015), y del reconocimiento del exsecretario de la presidencia de la vinculación del expresidente con los hechos (Justicia El tiempo, 2015), el proceso en su contra se encuentra detenido. Aparentemente, si se sigue el proceso judicial por la denominada “Yidispolítica” los ministros del gobierno Uribe Vélez y su secretario general confabularon a espaldas del expresidente para que este fuera reelegido, mientras que el máximo beneficiario de esta estrategia desconocía los ofrecimientos realizados a los congresistas.

1.3. Cosas de familia: clientelismo y narcotráfico en Colombia

Al analizar el primer caso presentado, un asunto, que en dicho momento fue poco analizado, resalta, y es que la hija del Fiscal General de la Nación Gustavo de Greiff hiciera parte de la campaña investigada. Aunque el subtítulo de *cosas de familia* hace referencia a una relación más amplia entre la corrupción, las élites políticas y el funcionamiento administrativo del Estado, esta cuestión es una buena forma de presentar la manera en la que el Estado colombiano funciona como una suerte de mafia para la manutención del poder económico y político de ciertos grupos.

Mientras en el proceso 8000 esta relación de consanguinidad fue, sin duda, uno de los elementos que permitían sospechar de la decisión del Fiscal de Greiff de detener la investigación, los lazos de la Yidispolítica, aunque más difíciles de trazar, revelan también la forma en que las relaciones personales determinan el movimiento político y la

corrupción en Colombia. Yidis Medina había llegado a ocupar el cargo como congresista luego de que el titular de dicha posición, Omar Díaz Mateus, fuera elegido ministro y sería él, precisamente, uno de los condenados en el caso. Yidis fue patrocinada por Bernardo Hoyos Pérez, político tradicional de la zona atlántica colombiana, que también apoyaba a Díaz Mateus. Hoyos Pérez fue alcalde de Barranquilla y estuvo implicado en diversos escándalos de corrupción, siendo finalmente condenado por la apropiación de dineros públicos durante la adquisición irregular de predios para la construcción de viviendas de interés social (Judicial Caracol, 2011). La relación entre la élite de la política de la región atlántica seguía apareciendo en este caso con la presencia de Sabas Pretelt de la Vega, cuya carrera política dependía de su relación con las élites cartageneras, y de Teodolindo Avendaño, político del departamento de Córdoba.

Por su parte, Alberto Velásquez no sólo apareció referenciado dentro de la Yidispolítica, sino que su nombre es objeto de investigación en otro de los escándalos más relevantes de los últimos tiempos “El cartel de la toga” (Justicia El Tiempo, 2018), en el que diversos funcionarios judiciales de alto rango estuvieron involucrados en la recepción de dineros para favorecer políticos, paramilitares y empresas colombianas.

Estas relaciones cercanas entre políticos y escándalos de corrupción no parece ser un problema aislado sino parte de una historia de la forma en que el país se fue organizado política y administrativamente. Como lo muestra Fajardo (2002), está documentado que las élites criollas y los representantes de la corona española tenían fuertes lazos con las familias locales, a quienes favorecían con los poderes conferidos por España. La aristocracia colonial desarrolló prácticas de clientelismo que les permitían reproducir a través de la corrupción el capital construido. Por otro Lado, Zuluaga Nieto (1996) muestra como esto llevó a una privatización de facto de la institucionalidad colombiana, en que las élites regionales y nacionales podían configurar impunemente redes de corrupción para favorecer y mantener sus intereses. Además de los casos mencionados, patrones similares, en los que convergen el clientelismo y la presencia de grupos organizados ilegales, pueden detectarse en otros casos relevantes de corrupción en el país, como el desfalco de Reficar, la adjudicación de la Ruta de Sol o la construcción de la Hidroeléctrica “Hidroituango”.

Esta construcción de un Estado clientelista, que permite reproducir el poder a través de la corrupción, fue potenciada por la presencia de las organizaciones criminales que dieron protección y financiación a estos sistemas de manutención del poder de las élites regionales y nacionales. La mencionada llegada de Pablo Escobar Gaviria al congreso y el proceso 8000 son ejemplos claros de esto. Pero el poder de los grupos organizados para respaldar los actos de corrupción puede verse en otros escenarios, muchas veces relacionados con las amenazas o muertes violentas de las personas que se atreven a denunciar u oponerse a estas situaciones².

2. LA MANO BLANDA DE LA POLÍTICA CRIMINAL: COMBATIR LA CORRUPCIÓN SIN CASTIGAR

La política criminal en materia de corrupción en Colombia se ha dividido tradicionalmente en mecanismos punitivos y no punitivos de gobierno. Los primeros serán analizados en la siguiente sección. En cuanto a los segundos, estos se han materializado de diversas maneras. En este acápite exploraremos dos cuestiones que han sido fundamentales para el gobierno no punitivo de la corrupción el país: la reorganización de los sistemas de recolección y acceso a la información y la reestructuración del Estado.

2.1. La vigilancia de lo público: información y control en materia de corrupción

Uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho es la posibilidad no sólo de que la ciudadanía ejerza control sobre las actuaciones estatales, sino que existan mecanismos que permitan someter al Estado a los parámetros normativos dictados por el legislador (Ferrajoli, 2011). En esta línea, uno de los mecanismos utilizados para atender el problema de la corrupción ha sido incrementar las posibili-

² Un ejemplo de esto, entre muchos posibles, puede verse en los mencionados casos de corrupción que involucraron a Bernardo Hoyos, quien también fue involucrado en casos de homicidio de los denunciantes de los hechos que terminaron en su condena (Justicia El Tiempo, 2018).

dades de auscultar las actuaciones de los funcionarios estatales y, con ello, aumentar los riesgos que pueden enfrentar quienes pretenden cometer una conducta desviada. Esta estrategia tiene un presupuesto teórico fundamental: la teoría de la elección racional; y dos procedimientos claves para su materialización: la creación de sistemas de vigilancia y control.

La idea de que la corrupción puede prevenirse a través del fortalecimiento de los sistemas de seguimiento de la función pública tiene asidero en el supuesto aumento de los riesgos a los que está sometido quien podría ejecutar una conducta desviada. Se cree que un estricto seguimiento de todo lo que hace el Estado conlleva en los potenciales autores un mayor cuidado, al saber que sus acciones pueden ser más fácilmente descubiertas que si no existieran estos sistemas de control y, por tanto, existen más probabilidades de que al incurrir en un delito exista un ulterior castigo. Esto, en términos simples, parte de la idea del actor racional, quien, calculando las consecuencias que podría conllevar la ejecución de una acción desviada, debería verse desincentivado a cometerla si comprende que los costos superan los potenciales beneficios (Paternoster y Simpson, 1996; Cusson y Pisonneault, 2014). Aquí, en cierta forma, se repite de una manera contemporánea la tradicional formulación de Beccaria fundada en que la prevención del delito se logra de manera más eficaz cuando se construyen sistemas con mayor capacidad para identificar las conductas desviadas y reprimir un mayor número de conductas (Beccaria, 2011, pp. 181-183). Para materializar este ideal, en Colombia se han puesto dos grandes procesos dirigidos a fortalecer la capacidad de hacer seguimiento y control de la función pública.

Por un lado, se han incrementado los sistemas de recolección de información, mejorado los sistemas de gestión y creado herramientas para el acceso público a los datos. El documento CONPES [Consejo Nacional de Política Económica y Social] 167 de 2013, referido a la Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción, proyectó la necesidad de fortalecer diversos sistemas de información de la nación. En sus términos, se consideraba inaplazable “generar nueva información sobre el fenómeno, a través de herramientas como los indicadores producidos por el Observatorio de Transparencia y Anticorrupción a cargo de la Secretaría de Transparencia; la creación de una línea de investigación en temas de corrupción y grupos de

carácter académico que permitan el análisis interdisciplinario de este fenómeno; resultados de las encuestas de desempeño institucional y cultura política del DANE con nuevas variables relacionadas con transparencia y anticorrupción; el análisis cuantitativo y cualitativo de los procesos penales relacionados con hechos de corrupción; y la construcción de un sistema de indicadores de seguimiento a las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción, con el apoyo técnico del DNP [Departamento Nacional de Planeación]” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013, p. 63).

Por otro lado, esta preocupación por generar información confiable sobre el tema fue acompañada por la puesta en acción del sistema público de contratación SECOP [Sistema Electrónico de Contratación Pública] I y SECOP II —Creado a través de la Ley 4170 de 2011—, que permite rastrear todos los procesos de contratación realizada por el Estado con personas jurídicas o naturales. Estas acciones fueron seguidas por la Ley 1722 de 2014, que fortaleció la capacidad de usar la información recolectada como mecanismo de control de la función pública. Dicha norma reglamenta el acceso a la información y hace públicas prácticamente todas las actuaciones del Estado en materia de administración de recursos. Así mismo, en el CONPES 3654 de 2010 se había determinado la necesidad de fortalecer los mecanismos de veeduría ciudadana y rendición de cuentas.

2.2. Reestructuración del Estado y control multiescalar de la función pública

Desde los años ochenta, a través de la Ley 14 de 1983 y el Acto Legislativo 01 de 1986, se había comenzado un proceso de descentralización que implicaba una reestructuración estatal dirigida a acabar con el centralismo de la escala de gobierno nacional para, en su lugar, maximizar las potestades de las entidades administrativas departamentales y municipales en cuanto a la administración de recursos y prestación de los servicios propios del Estado. Sin embargo, sería la Constitución de 1991 la que daría el empujón definitivo a dicho proceso, y la que facilitaría la puesta en marcha de una reorganización burocrática del Estado, que permitió fraccionar la concentración de poder localizada en las entidades de escala nacional.

Como era de esperar, la descentralización trajo enormes retos en materia de corrupción, en la medida que la administración de recursos públicos se difuminó en diferentes instituciones y niveles. Precisamente, en atención a esto, la Dirección de Desarrollo Territorial [DNP] se preocupó por conocer las posibles relaciones existentes entre el proceso de descentralización y la corrupción (González Salas, 2001). En el informe generado por consultores encargados por la entidad, se determinó que el proceso de descentralización era una buena apuesta anticorrupción, en la medida que la distribución de funciones antes centralizadas permite no sólo someter a una mayor cantidad de controles a la función pública, sino que el hecho de que los procesos de administración de recursos públicos se hagan en un nivel más directamente relacionado con la ciudadanía y no desde la burbuja del Estado central, permite que los individuos puedan realizar un mejor control social y jurídico de la forma en que son administrados los recursos.

Sin embargo, el mismo informe citado afirma que, aunque estos eran los objetivos de la descentralización, el Estado cometió un fallo importante, cual es no haber fortalecido los organismos de control al mismo ritmo que se dio el proceso de reorganización burocrática (González Salas, 2001, p. 36). Por lo anterior, la normativa y documentos de política pública citados en el acápite anterior persiguieron el fortalecimiento de las entidades de control y la creación de las veedurías³ como mecanismo para fortalecer los sistemas de control en la nueva estructura descentralizada del Estado. Como parte de esta apuesta aparecieron los sistemas de recolección y gestión del a información mencionados, y surgieron herramientas para ejercer una fiscalización ciudadana de la administración de los recursos públicos.

Para mejorar los mecanismos de control ligados a la descentralización, se dispuso además un nuevo sistema de planeación y gestión de la función pública. El Decreto 2482 de 2012 creó un sistema de seguimiento interno de la función pública que cubre todas las etapas de disposición de los recursos públicos, desde los procesos de licitación o contratación, hasta los cierres de contratos. Esta normativa fue derogada a través del Decreto 338 de 2019, que creó la denominada

³ Cfr. Leyes 563 de 2000 y Ley 850 de 2003.

Red Anticorrupción. Según el artículo 2.2.21.7.3, esta red tiene como funciones:

1. Establecer estrategias para prevenir la materialización de prácticas corruptas al interior de las instituciones públicas con el fin de detectar de manera oportuna acciones que puedan comprometer los recursos públicos o para evitar prácticas contra la administración pública y precaver acciones que merezcan reparos desde el punto de vista legal y fiscal.
2. Proponer al Consejo Asesor del Gobierno Nacional en materia de Control Interno la adopción de acciones que promuevan el fortalecimiento de los Sistemas de Control Interno de manera preventiva y proactiva en búsqueda de una mayor transparencia administrativa y de lucha contra la corrupción con el propósito de generar mecanismos interinstitucionales y de seguimiento a los procesos de mayor exposición al riesgo de corrupción.
3. Facilitar el intercambio de mejores prácticas, experiencias y metodologías que permitan mejorar la calidad, pertinencia y el trabajo de las oficinas de control interno en la identificación de tipos de corrupción, sus causas y la forma de erradicarlas.

Con la aparición de la Red Anticorrupción se pretendía lograr que los procesos de descentralización fueran acompañados de una veeduría permanente de la función pública, que permitiera mantener un control estricto bajo las diferentes actuaciones estatales. A la existencia de dicha red, se sumaba la regulación de la gestión pública y la evaluación permanente de la misma, así como el Modelo Integrado de Planeación que aparecían regulados en el mismo Decreto.

Posteriormente, sería la Ley 1474 de 2011, que será ampliamente analizada en el siguiente acápite, la que terminaría por consolidar los organismos de veeduría y control que se crearon para mejorar las capacidades de control de la función pública. A través de sus artículos 62 y 66 se crearon, respectivamente, la Comisión Nacional para la Moralización y la Comisión Nacional Para la Lucha Contra la Corrupción. Mientras que la Comisión Nacional para la Moralización era desarrollo de una perspectiva valorativa iniciada desde los años noventa —que concibe la corrupción como un problema principal-

mente de deformación moral de los funcionarios⁴— y sus funciones eran principalmente de formular y promover las políticas públicas anticorrupción, la Comisión Nacional Para la Lucha Contra la Corrupción era un organismo con mayor posibilidad de acción, en la medida que le correspondía diseñar, coordinar e implementar directrices dirigidas a prevenir la corrupción, así como realizar el control de la función pública. Aunque dicha comisión no tiene poderes sancionatorios, su deber de investigación la obligaba además a informar las posibles irregularidades a las diferentes entidades administrativas del orden nacional y regional encargadas de ejercer labores de fiscalización.

A pesar de que la Comisión Nacional Para la Lucha Contra la Corrupción tiene más posibilidades de acción, no se puede desestimar los alcances de la comisión de Moralización, en tanto esta viene acompañada, además, de un conjunto de políticas de educación en las buenas prácticas, que apuntan a la construcción de un control social informal dentro de la propia administración. En efecto, la ley mencionada hizo una apuesta importante por la pedagogía anticorrupción. En los artículos 79 y 80 del mencionado estatuto, se ordena a las instituciones de educación básica primaria y secundaria la inclusión de estrategias para desarrollar competencias ciudadanas para la participación democrática y el desarrollo de competencias ciudadanas —respeto a la diferencia y convivencia pacífica, respecto de la legalidad y cuidado de los bienes comunes—; y se crea la obligación para los servicios de radiodifusión de promover las campañas institucionales anticorrupción.

3. LA MANO DURA DE LA POLÍTICA CRIMINAL: LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN

Si bien los esfuerzos estatales por luchas contra la corrupción han pasado por diferentes estrategias, como las mostradas en la sección anterior, el derecho sancionatorio, especialmente el penal, han tenido un papel preponderante en el diseño de la política criminal. En este aparte nos centraremos en analizar los rasgos particulares que carac-

⁴ Cfr. Decreto 1860 de 1991 y Decreto 2098 de 1994.

terizan la expansión del derecho penal como mecanismo de gobierno de la corrupción: el aumento de penas, y la restricción de beneficios punitivos y derechos de los posibles implicados en actos de corrupción.

3.1. Corrupción y expansión del derecho penal

La expansión del derecho penal es un fenómeno tan debatido como aceptado por la academia penal continental (Hassemer, 1992; Silva Sánchez, 2001; Sotomayor Acosta y Tamayo Arboleda, 2014). Desde hace varias décadas se ha identificado un crecimiento del derecho penal en diferentes materias y de diferentes formas (Silva Sánchez, 2001; Sotomayor Acosta, 2008). Este crecimiento se caracteriza por el crecimiento en las sanciones penales, la hiper regulación de los riesgos que trae consigo la aparición de nuevos delitos, el crecimiento de la población penitenciaria, la restricción o flexibilización de las otras inamovibles garantías sustanciales y procesales que protegen a los ciudadanos del poder punitivo del Estado, y lo que se ha denominado como el regreso de los castigos emotivos.

Aunque es posible encontrar algunos rasgos particulares en el contexto colombiano (Sotomayor Acosta y Tamayo Arboleda, 2016; Tamayo Arboleda, 2016), podría afirmarse que todos los elementos anteriores están presentes. En cuando al aumento de penas, la reforma más emblemática es aquella introducida por la Ley 890 de 2004, que duplicó la pena para casi todos los delitos del código penal. Así mismo, han aparecido diversas normas que aumentan penas, como la Ley 1098 de 2006, la Ley 1142 de 2007, la Ley 1153 de 2011, la Ley 1474 de 2011, entre muchas otras. A esta inflación legislativa, se suma el hecho de que la Ley 599 de 2000 recogió la inmensa mayoría de la legislación de emergencia, ampliamente punitiva y restrictiva de derechos, que se había promulgado hasta la fecha (Iturralde, 2010). Esto hace que el Código Penal vigente, además de las múltiples reformas de corte punitivo que ha visto pasar, sea en si mismo el resultado de un aumento de penas que venía dándose en Colombia desde los años 80. Asimismo, también han aparecido en Colombia diversos delitos que no existían antes, como sucede con la penalización de todos los crímenes relacionados con la limitación de las acciones posibles en el marco del ejercicio del poder militar (Ley 732 de 2002 y Ley 742

de 2002), el feminicidio (Ley 1761 de 2015), el abigeato (Ley 1944 de 2018), la obtención de servicios sexuales de menores de edad a través de redes sociales (Ley 1236 de 2008), entre otros.

Este tipo de situaciones, mezcladas con los recortes de garantías analizados más adelante, y otros fenómenos sociales complejos, han llevado a un incremento importante de las personas privadas de la libertad. En Colombia, en un lapso de apenas dieciséis años la tasa de encarcelamiento pasó de ser de 128 personas por cada 100.000 habitantes, a ser de 235 (Ariza Higuera y Torres Gómez, 2019, p. 54). Este crecimiento del aparato carcelario en el país ha llevado a que la Corte Constitucional volviera a decretar el estado de cosas inconstitucional de las cárceles, a través de la Sentencia T-388 de 2013 y la sentencia T-762 de 2015⁵.

En cuanto a la restricción de garantías, el sistema punitivo colombiano se ha caracterizado, desde el siglo XIX, por hacer diversas intervenciones que restringen los derechos de los procesados, que confieren amplios poderes al ejecutivo para perseguir y sancionar delitos y que deforman principios básicos de la labor judicial (Adarve Calle, 2012). Para adicionar lo anterior, en las últimas décadas las garantías sustanciales también se han visto limitadas por decisiones que reformulan el principio de legalidad o que transforman las categorías de imputación para ampliar el ámbito de lo punible (Álvarez Álvarez, 2012; Saavedra Rojas, 2012).

También, la emotividad del derecho penal ha reaparecido en el debate nacional. Aunque el ejercicio del poder punitivo siempre ha estado cargado de las emociones intensas derivadas del daño ocasionado por el delito y el ejercicio del castigo, en los últimos años se reabrieron discusiones sobre castigos que parecían vedadas en la organización constitucional de 1991. La apertura de la discusión sobre la pena de muerte (Redacción BLU Radio, 2019) y la castración química (Re-

⁵ Si bien la Corte Constitucional consideró que el Estado de Cosas Inconstitucionales decretado en el año 1998 fue superado y que las decisiones del año 2013 y 2015 pertenecen a una nueva crisis, es posible predicar que las penitenciarias en Colombia se acercan ya a 30 años de crisis pues, salvo en un par de años, el hacinamiento siempre ha estado por encima del 20% e, incluso, cuando ha estado por dejado el problema de la vulneración masiva de derechos persiste. Al respecto, ampliamente, véase Hernández Jiménez (2018).

dación Política, 2018), y la reciente aprobación del Acto Legislativo 01 de 2020, muestran como el castigo ha dejado de formularse en los estrictos términos que proponía el derecho penal liberal, para convertirse en un ejercicio despótico del poder camuflado por lo que se ha llamado *neoretribucionismo* (Pastor, 2009) y por un regreso de un renovado interés por la prevención a través de la inocuización (Sozzo, 2007).

La corrupción no ha sido, por supuesto, la excepción de este amplio movimiento que ha expandido casi todos los contornos del castigo penal. La ley 1474 de 2011 y la Ley 2014 de 2019 representan la forma en que el derecho penal se ha transformado para atender la lucha anticorrupción. La primera regula viejos delitos, crea nuevos punibles, aumenta penas y limita los derechos procesales de los acusados. La segunda, crea una restricción casi absoluta para acceder a beneficios punitivos por actos relacionados con la corrupción.

3.2. Castigo y encierro como respuestas institucionales a la corrupción

La ley 1474 de 2011 es actualmente el cuerpo normativo más relevante en materia de regulación de la corrupción. En dicha norma no sólo se aumentaron las penas para algunos delitos, como evasión fiscal, el peculado culposo agravado, el enriquecimiento ilícito, el soborno transnacional, entre otros, sino que se agregaron diversas conductas punibles al código penal, entre las que aparecen la omisión de control en el sector de la salud o la corrupción privada. Esta línea de endurecimiento del poder punitivo a través del aumento, bien de las penas, o bien de la regulación, está enmarcada en un proyecto de “cero tolerancia” (Secretaría de Transparencia de Colombia, 2016, p. 40) contra la corrupción.

Además de la expansión punitiva ligada al aumento de penas y creación de nuevos delitos, la mencionada ley contiene otras disposiciones que endurecen la persecución de los actos corruptos. En primer lugar, el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 amplía la prescripción penal para todos los servidores públicos que cometan cualquier delito en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasiones de ella. Así mismo, esta ampliación a la prescripción, que duplica los términos ordinarios en la materia, también se aplica a los particulares que ejerzan

funciones públicas de manera transitoria o permanente, y de aquellas personas que funjan como agentes retenedores o recaudadores según el hecho punible consagrado en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

En segundo lugar, la Ley 1474 de 2011 flexibiliza los tiempos de investigación y juzgamiento de varios delitos relacionados con la corrupción. Según lo dispuesto por el artículo 35 de la mencionada ley, los términos de investigación previa a la formulación de imputación se duplican siempre que la cantidad de imputados o de delitos sea de tres, o mayor. También, de acuerdo con el artículo 38 de dicha regulación, cuando se presenta la misma cantidad de imputados o delitos mencionada anteriormente, duplica el término para la presentación del escrito de acusación, que tiene lugar una vez realizada la imputación. Esto mismo sucede para los términos que transcurren desde la formulación de acusación hasta la audiencia preparatoria, y los que se cuentan desde esta última hasta el inicio del juicio oral.

En tercer lugar, la mencionada normatividad dispone severas restricciones a la libertad de los procesados durante el curso del proceso penal. No sólo se prorrogan los términos totales que puede pasar una persona en medida de aseguramiento cuando es investigado por delitos en contra de la administración pública o delitos contra el patrimonio económico que versen sobre bienes estatales⁶, sino que se restringe la posibilidad de los procesados de acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario por la de detención domiciliaria.

Con toda esta situación, los procesos por delitos contra la administración pública o contra el patrimonio económico que versen sobre bienes del Estado tiene una duración inusitada. En el peor de los casos, los fiscales cuentan con hasta seis años para investigar antes de formular imputación o archivar el expediente. Una vez formulada la imputación, tienen hasta doscientos cuarenta días para formular acusación o pedir la preclusión del caso. Si se formula acusación, cuentan con máximo noventa días para realizar la audiencia preparatoria, mismo término que se cuenta para el inicio del juicio oral una vez acaecida la audiencia preparatoria. En cuanto a los imputados, no

⁶ Esto sería regulado nuevamente en la ley 1786 de 2016, como mostraremos más adelante.

sólo la prescripción ordinaria se duplica, sino que según la regulación del Código de Procedimiento Penal que fue reformada a través de la Ley 1474 de 2011 y que sería reformulada —pero en cierta forma refrendada— por la Ley 1786 de 2016, implica que una persona investigada por actos de corrupción puede, en condiciones normales —es decir, cuando no se identifiquen maniobras dilatorias por parte del acusado o su defensor—, pasar un máximo de dos años en prisión sin que se haya emitido sentencia condenatoria en firme en su contra.

La ampliación del poder punitivo en la materia se cierra con la exclusión de beneficios punitivos a las personas condenadas por actos de corrupción consagrados en la propia Ley 1474 de 2011 y en la Ley 2014 de 2019. La primera ley excluye la posibilidad de acceder a la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad o a la sustitución de la pena carcelaria por prisión domiciliaria. Esto implica que una persona condenada por actos de corrupción debe ser enviada, si o sí, a la cárcel. Privilegiar la prisión como mecanismo de castigo es, cuando menos, discutible. En los delitos relacionados con la corrupción es el ámbito en el cuál las medidas alternativas a la prisión, como la prohibición de contratar con el Estado o de ocupar cargos públicos tienen, no sólo mayor probabilidad de éxito, sino más sentido de cara a la prevención de la reincidencia. Valga decir que una persona que, por ejemplo, se apropió de patrimonio público puesto bajo su administración, difícilmente podrá cometer nuevamente esta conducta si se le priva de cualquier posibilidad de acceder a cargos con responsabilidades similares, sin necesidad de someterlo a los vejámenes de un régimen penitenciario con altas tasas de insatisfacción de derechos.

En el caso de la Ley 2014 de 2019 las restricciones son similares. En Colombia existe un mecanismo de reinserción que permite a los condenados que, una vez cumplida la mitad de la pena en un establecimiento carcelario, puedan acceder a la sustitución de dicha medida por una prisión domiciliaria. Sin embargo, el artículo 4 de la mencionada ley limita la posibilidad de acceder a este beneficio para servidores públicos y particulares relacionados con algunos actos de corrupción, entre los que se cuentan la concusión, el cohecho, el peculado por apropiación, el tráfico de influencias de servidor público, el enriquecimiento ilícito, entre otros.

4. CONCLUSIONES: LOS DOS CUERPOS DEL PRESIDENTE

Los mecanismos para controlar la corrupción en Colombia enfrentan diversos retos que complejizan una labor que, ya de por sí, es bastante difícil. Por un lado, la existencia de un clientelismo afianzado durante casi dos siglos ha logrado la privatización de facto de la función estatal y, con ello, abierto la posibilidad a las élites nacionales y regionales para escapar del derecho. Esta situación se ha visto ampliamente patrocinada por un régimen presidencialista que magnifica la posibilidad de negociar el poder.

Aunque por supuesto no es posible asegurar que el régimen presidencialista sea un factor que incide en la corrupción, si creemos que el diseño institucional que lo despliega, así como la cultura política en la que se ubica, bloquea los procesos posteriores de responsabilización y toma de cuentas a nivel político y jurídico, lo que deja las estrategias de política criminal trazadas con pocas posibilidades de éxito. Las responsabilidades se establecen alrededor del presidente, pero su cuerpo permanece incólume. Esta suerte de inmunidad supera cualquier diseño institucional y tiene como resorte la configuración histórica del presidencialismo colombiano y sus intersecciones con los linajes familiares, el bipartidismo fragmentado y una sociedad civil expoliada económicamente y subordinada políticamente.

Kantorowitz (2016), en su famosa obra, *The Kings Two Bodies*, mostraba que la continuidad histórica de la monarquía se perpetuaba a partir del desdoblamiento del monarca en dos cuerpos; uno atemporal, simbólico e incólume, que sobrevive al cuerpo terrenal, material y frágil del monarca de turno, cuya desaparición no afecta su divinidad. En nuestro caso, los dos cuerpos del presidente permiten, por una parte, la continuidad histórica y simbólica del cuerpo del presidente como intocable y, al mismo tiempo, que su encarnación contextual participe en actos de corrupción cuyas consecuencias jurídicas y políticas suelen tocar el cuerpo de sus subalternos. En este sentido, los esquemas de responsabilización para actos de corrupción en los que participa “El Presidente” no logran afectar ninguno de sus cuerpos y, por el contrario, sus escuderos suelen sacrificarse en distintos niveles de intensidad para conservar un régimen presidencialista que se ali-

menta de la corrupción. La corrupción termina, entonces, siendo el combustible del presidencialismo.

Esta fuerza casi inmutable que se configura en torno a unas figuras y una clase política que aparecen muchas veces por encima de la norma, ha sido fortalecida en Colombia con la aparición de actores ilegales dispuestos a respaldar y defender los intereses de las élites. La corrupción, típicamente ligada a un sistema aristocrático de gobierno que supo privatizar al Estado para el beneficio de unos pocos, se encuentra respaldada ya no sólo por los capitales social, cultural y económico de las élites regionales y nacionales, sino por la fuerza que ponen a su disposición los grupos del narcotráfico y el paramilitarismo.

Mientras que en Colombia el Estado ha trazado una política criminal que se mueve entre intervenciones no punitivas dirigidas a prevenir la corrupción, y una inflación punitiva que pretende abordar —de manera, creemos, mucho más simbólica— el problema. Lo que muestran los casos analizados no sólo es la capacidad de “El Presidente” para escapar de la ley, sino las limitaciones del derecho para afrontar unas prácticas arraigadas en un sistema clientelista, que además logró encontrar apoyo de la fuerza militar de los grupos ilegales. En un contexto tal, la capacidad del derecho para controlar el fenómeno se pone en cuestión y la pregunta sobre cómo debería trazarse la política criminal anticorrupción permanece abierta.

REFERENCIAS

Doctrina

- Adarve Calle, L. (2012). La Ley de los Caballos de 1888: entre la búsqueda del ‘orden’ y la construcción de un enemigo. *Nuevo Foro Penal*, 7(78), 146-168.
- Álvarez Álvarez, J.C. (2012). Las vicisitudes del principio de legalidad a propósito de la persecución penal de crímenes contra la humanidad. En D. Araque (Coord.), *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Ariza Higuera, L.J. y Torres Gómez, M.A. (2019). Prisiones y jueces: la constitución y la prisión en la era del encarcelamiento masivo. En J. Simon (Ed.), *Encarcelamiento masivo, derecho, raza y castigo* (pp. 11-78). Bogotá, Colombia: Uniandes-Siglo del Hombre.
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*. Madrid, España: Trotta.

- Cetina, C. (2016). *Corrupción: medición del problema y los problemas de su medición*. Bogotá, Colombia: Secretaría de Transparencia.
- Cusson, M. y Pinsonneault, P. (2014). The Decision to Give Up Crime. En D. B. Cornish y R. V. Clarke (Eds.), *The Reasoning Criminal*. New Brunswick-Londres, Reino Unido: Transaction Publishers.
- Fajardo, L. E. (2002). La corrupción heredada: pasado colonial, sistema legal y desarrollo económico en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, 12, 22-30.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
- Font, E.A. (1994). Entrevista a Louk hulsman. *Derecho Penal y Criminología*, (52), 93-113.
- Gamarra Vergara, J.R. (2006). *Pobreza, corrupción y participación política: una revisión para el caso colombiano*. Documentos de trabajo sobre economía regional (N. 70). Banco de la República de Colombia. [Disponible en: https://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/DTSER-70_%28VE%29.pdf]
- Hassemer, W. (1992). Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 45(1), 235-250.
- Hernández Jiménez, N. (2019). *El derecho penal de la cárcel: una mirada del contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Universidad Eafit.
- Iturralde, M.A. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.
- Kantorowicz, E. (2016). *The King's Two Bodies: A study in Medieval Political Theology*. Princeton, EE.UU.: Princeton University Press.
- Leal, F. (1989). *Estado y Política en Colombia*. Bogotá, Colombia: Siglo XXI.
- Melossi, D. (2018). *Controlar el delito, controlar la sociedad. Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al XXI*. Buenos Aires, Argentina: Siglo veintiuno Editores.
- Pastor, D. (2009). *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez.
- Paternoster, R. y Simpson, S. (1996). Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime. *Law & Society Review*, 30(3), 549-584.
- Pecaut, D. (1991). Colombia: Violencia y Democracia. *Análisis Político*, 13, 38-58.
- Pecaut, D. (1997). Pasado, presente y futuro de la violencia, *Análisis Político*, 30, 1-44.

- Portilla, K.G. (2002). El impacto de la corrupción sobre el crecimiento económico colombiano, 1990-1999. *Lecturas de Economía*, (57), 81-85.
- Rueda, R.A.A., y Mora, J.U.M. (2008). Factores socio-políticos y judiciales como determinantes de la inversión privada en Latinoamérica. *Economía*, 26, 93-118.
- Saavedra Rojas, E. (2012). Legalidad: ¿Un principio estricto o flexibilizado? ¿Garantía o atentado contra todos los derechos? En D. Araque (Coord.), *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Silva Sánchez, J.M. (2001). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, España: Civitas.
- Sotomayor Acosta, J.O. (2008). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. En J. L. Díez Ripollés, A. Slokar y O. García Pérez, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo, Uruguay —Buenos Aires, Argentina— Madrid, España: BdeF/Edisofer.
- Sotomayor Acosta, J.O. y Tamayo Arboleda, F.L. (2014). La ‘nueva cuestión penal’ y los retos de una ciencia penal garantista. *Nuevo Foro Penal*, 82, 177-194.
- Sozzo, M. (2007). ¿Metamorfosis de la prisión?: Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina. *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 1, 88-116.
- Tamayo Arboleda, F.L. (2016). La limitada capacidad del concepto de populismo punitivo como herramienta de interpretación del sistema penal colombiano. *Revista Criminalidad*, 58(3), 21-35.
- Villoria, M. y Jiménez, M. (2012). ¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción. *Revista de Estudios Políticos*, 156, 13-47.
- Zuluaga Nieto, J. (1996). Cuando la corrupción invade el tejido social. *Nueva Sociedad*, 145, 148-159.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia (26 de junio, 2008). Sentencia 22.453. MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

Otras Referencias

- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2013). *Documento CONPES Nro. 167*. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación.

- El Tiempo (15 de abril, 2015). ‘Yidispolítica’, el escándalo que nos dejó la reelección de Uribe. *El Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15575795>
- Forero, J. (agosto 2, 2004). ‘91 U.S. Report Calls Colombian Leader Ally of Drug Lords. *The New York Times*. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2004/08/02/world/91-us-report-calls-colombian-leader-ally-of-drug-lords.html>
- González Salas, E.A. (2001). *Archivos de economía: evaluación de la descentralización municipal en Colombia. La relación entre corrupción y proceso de descentralización en Colombia*. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación.
- Judicial Caracol (05 de octubre, 2011). Ordenan la captura de Guillermo Hoenisberg y Bernardo Hoyos. *Caracol Noticias*. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2011/10/05/judicial/1317822060_558074.html
- Justicia El Tiempo (17 de abril, 2015). Proceso por ‘Yidispolítica’ contra Uribe está muerto en la Cámara. *El Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15589231>
- Justicia El Tiempo (5 de junio, 2018). Corte pide investigar a Alberto Velásquez por ‘cartel de la toga’. *El Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/corte-suprema-pide-investigar-a-exsecretario-de-presidencia-alberto-velasquez-por-cartel-de-la-toga-226822>
- Leins, C. (15 de junio, 2020). The 10 Most Corrupt countries, Ranked By Perception. *U.S. NEWS*. Disponible en: <https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/10-most-corrupt-countries-ranked-by-perception>
- Radio Nacional de Colombia (29 de noviembre, 2016). El escándalo de los ‘narcocasetes’. *Radio Nacional de Colombia*. Disponible en: <https://www.radionacional.co/linea-tiempo-paz/narcopolitica-dineros-calientes-narcocasetes>
- Radio Nacional de Colombia (29 de noviembre, 2016). Narcopolítica: el Proceso 8000. *Radio Nacional de Colombia*. Disponible en: <https://www.radionacional.co/linea-tiempo-paz/narcopolitica-proceso-8000>
- Redacción BLU Radio (15 de septiembre, 2019). Proyecto de ley pretende revivir la pena de muerte para violadores en el país. *BLU Radio*. Disponible en: <https://www.bluradio.com/politica/proyecto-de-ley-pretende-revivir-la-pena-de-muerte-para-violadores-en-el-pais>
- Redacción El Tiempo (30 de junio, 2016). El derrumbe de Gustavo de Greiff. *El Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-448080>
- Redacción Política (24 de octubre, 2018). Progresa en el Congreso el proyecto de castración química para violadores de niños. *El Espectador*. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/progresa-en-el-congreso-el-proyecto-de-castracion-quimica-para-violadores-de-ninos/>

- Revista Semana (3 de julio, 2020). El fantasma del Ñeñe. *Revista Semana*. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-nenepolitica-escandalo-por-compra-de-votos-del-nene-hernandez/655526/>
- Secretaría de Transparencia de Colombia. (2016). *Estatuto anticorrupción Ley 1474 de 2011. Avances y desafíos tras cinco años de su expedición*. Bogotá, Colombia: Secretaría de Transparencia-Presidencia de la República.
- Transparency International (2020a). *Corruption Perception Index 2019*. Transparency International.
- Transparency International (2020b). *Corruption Perception Index 2019: Full Source Description*. Transparency International.
- Unidad Investigativa El Tiempo (9 de agosto, 2020). Las 7 cartas de la Corte para enviar a domiciliaria a Álvaro Uribe. *El Tiempo*. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/alvaro-uribe-las-7-cartas-de-la-corte-para-enviarlo-a-prision-domiciliaria-527240>

Capítulo VIII

EL SALVADOR

José Humberto Morales

INTRODUCCIÓN

El concepto de corrupción se ha utilizado en un sentido general como equivalente a destrucción, devastación o adulteración de un material orgánico y, en un sentido particular, para designar una actividad humana específica, como el soborno o la extorsión. También ha significado decadencia, suciedad, desintegración, degeneración, envilecimiento, ilegalidad o inmoralidad (Malem, 2016, p. 26). Para MacIntyre (1987, pp. 233-236), toda actividad humana o práctica social, sea pública o privada, se caracteriza por tender a alcanzar un tipo de bien, que le es propio, interno o inherente, lo cual constituye su finalidad social objetiva, le da sentido y le dota de legitimidad social. Por ejemplo, si se trata de una actividad empresarial, su finalidad sería la obtención de riqueza para la satisfacción de necesidades de quien la realiza, ese es su sentido o finalidad última; pero si se trata de una actividad en el ámbito político, esta finalidad última sería la realización del bien común.

Pero también, una actividad social, puede traer consigo unos bienes llamados externos, como el prestigio, el reconocimiento, el dinero, el poder u otro interés personal que no tenga relación alguna con su sentido o finalidad objetiva. Estos bienes externos no dotan de legitimidad ni dan sentido a la actividad social, no sirven de criterio para especificarla o diferenciarla de otras, aunque sí producen un beneficio para quien la realiza.

En el supuesto anterior, puede suceder que, quienes participan en una actividad social (empresarial, política, profesional o civil) no lo hagan por el aprecio e identificación con los bienes internos que dan sentido y legitimidad a dicha actividad, sino por los bienes externos que puedan conseguirse a través suyo: ventajas económicas, ventajas sociales y de poder (Cortina, 1997, p. 159), provocando una inversión de factores de la actividad social y, con ello, su corrupción; es decir, la

pérdida de su legitimidad y credibilidad a partir de factores externos como el dinero, el prestigio y/o el poder, los cuales se imponen o se priorizan respecto de los fines últimos que le dan sentido.

Comúnmente, la corrupción involucra a un individuo o a una empresa privada que realiza un pago a un funcionario público a cambio de un beneficio o que unos pagos o compensaciones se den a individuos o empresas privadas con el objeto de obtener ventajas o asegurar cargos o posición política por parte de quienes los buscan o quieren mantenerse en ellos (Rose-Ackerman, 2009, p. 26) o, también, que los dineros públicos fluyan en aparente sentido circular: el funcionario oportunista, malversa los presupuestos y los redirige a empresas suyas o de sus familiares. En atención a estas posibilidades, la corrupción implica a todo comportamiento éticamente cuestionable o acción abusiva por parte de funcionarios gubernamentales, o de algún miembro de una empresa, con la que se busca el beneficio individual o de un grupo específico, en detrimento del posible beneficio de otros actores (Hernaíz, Phelan & Camacho, 2004, p. 140).

En El Salvador, la corrupción, además de ser un asunto de actualidad y de grave incidencia en la configuración de la conciencia ciudadana, es también un fenómeno que impacta las ya precarias condiciones materiales y espirituales de la sociedad salvadoreña. De allí nuestro interés en: 1) analizar el fenómeno de la corrupción, en especial la corrupción política como un tipo especial de aquella, e identificar en la legislación salvadoreña los tipos delictivos que se le relacionan como las responsabilidades atribuidas por su cometimiento; y 2) mostrar la relación existente entre los hechos constitutivos de corrupción, el incremento en la percepción ciudadana de la misma y la ineficacia institucional para combatirla, así como el respaldo público a la creación de un organismo *ad hoc* o especial para que investigue la corrupción que se produce en el ámbito de la administración público estatal.

Tal como lo recoge la literatura, existe una riqueza conceptual sobre corrupción y corrupción política (Laporta & Álvarez, 1997; Arjona, 2002; Malem, 2002; Mendez, 2004; Alonso, & Garcimartín, 2011), y resulta que, para efectos de la comprensión de esta última, todos los conceptos propuestos son válidos dado que la estructura descriptiva que presentan siempre es la misma: un individuo investido de autoridad pública toma una decisión respecto de un ciudadano o

persona jurídica privada o pública, de forma que esa decisión genera para el individuo, organización, partido político o círculo al que pertenezca (por medio de una transferencia de recursos de la esfera pública o privada) un beneficio personal; de manera que la función pública es convertida en una fuente de enriquecimiento ilícito.

Desde luego que examinar o hacer análisis de la corrupción en la esfera pública no significa desconocimiento alguno de la existencia de la corrupción sin la participación de un agente público, es decir, que pueda darse en las relaciones entre actores del sector privado, organizaciones no gubernamentales y asociaciones civiles, e incluso entre individuos; sino solo la opción de tratar un tipo de corrupción que tiene altas repercusiones en la vida social por el amparo que el poder del Estado le provee a determinados sujetos.

Tampoco se desestima que la corrupción puede ser un problema de servidores públicos de nivel ejecutivo y de bajo perfil, que llenan sus bolsillos a expensas del ciudadano común, como la denominada corrupción administrativa que dificulta u obstaculiza procesos burocrático-administrativos para propiciar la oferta de sobornos, o que también esta sea un problema institucional y político que requiere de soluciones estructurales (Sandoval Ballesteros, 2016, p. 120) o que los problemas más graves de la corrupción surgen de la captura del Estado por parte de poderosos actores económicos, lo que a su vez impide la provisión eficaz y suficiente de bienes públicos a la sociedad (Hellman, Jones & Kaufmann, 2011, pp. 35-36).

Solo es que se quiere llamar la atención a un tipo de corrupción, la denominada corrupción política, aquella que se origina en cualquier acto u omisión de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas o que implica, a decir de López Calera, el “aprovechamiento de un cargo o función pública en beneficio de intereses privados, particulares o compartidos” (Laporta & Álvarez, 1997, p. 120), es decir, que realiza un sujeto que cuenta con el poder directo o delegado del Estado para obtener beneficios propios o compartidos con un tercero, sea éste último un individuo o un colectivo (social o institucional).

Otro elemento que suma al interés por el análisis de la corrupción en la administración público estatal es que al ser este un problema institucional o estructural, ocasiona un compendio de dificultades a la

hora de deducir responsabilidades, puesto que este tipo de corrupción tiende a manifestarse en cadena o mediante una red cleptocrática conformada y entretejida por el funcionariado, sectores económico-empresariales y criminales, quienes suman sus estrategias, capacidades, habilidades y herramientas a la hora de actuar (Chayes, 2018). Por esta manifestación en cadena, como por su persistencia y permanencia en el tiempo, la doctrina también suele identificarla como corrupción organizada (Soriano, 2011).

Por otra parte, al ser el concepto de corrupción, multívoco, nada pacífico en su consideración y contenido de una variedad de tipos y de conductas que han sido abordados desde diversas disciplinas (Cruz & Vega, 2004; Acosta, 2014), enfocarnos en la corrupción política, ayuda a mostrar su presencia histórica y actual en nuestra formación económico social y a que se exija la adopción de medidas tendientes a su erradicación o, cuando menos, a reducirla sustantivamente.

La corrupción puede ser estudiada teóricamente como también en la vida social y concreta de un país. Por ello, en la primera parte del artículo se hace un recuento de la percepción que se tiene de la corrupción en El Salvador con base en los datos de mediciones sobre la corrupción, contrastando un estudio sobre la corrupción en general, la falta de transparencia en las instituciones y sobre eventos de corrupción concretos, elaborado en 2004 por investigadores independientes (Cruz & Vega, 2004), con los datos que recogen los informes publicados en 2018 por la Corporación Latinobarómetro y Transparencia Internacional, referidos a la percepción que las y los salvadoreños tenemos sobre la corrupción, sobre sus perpetradores y sobre lo que hace el Estado para combatir este flagelo.

En un segundo apartado, se examina, a modo de hecho ejemplarizante, el caso de Antonio Saca, ex presidente de la república de El Salvador en el período 2004-2009, quien, junto a otros altos funcionarios de su administración, está siendo enjuiciado por hechos de corrupción. Así también, se describe críticamente el papel desempeñado en este caso por la Fiscalía General de la República, entidad que tiene el monopolio de la acción penal, y el uso que ha dado a las herramientas legales disponibles para casos de corrupción. Además, se provee de un análisis descriptivo tanto del marco legal como institucional, en el que se incluyen competencias funciones y procedimientos administra-

tivos y jurisdiccionales con los que cuenta el Estado salvadoreño para prevenir, castigar y erradicar la corrupción.

Finalmente, en la última parte del artículo, se hace una descripción prospectiva de la realidad salvadoreña como resultado de materializar la promesa del actual gobierno de fortalecer a las instituciones encargadas de prevenir y combatir la corrupción, así como la de constituir una entidad especializada e independiente orgánicamente de los aparatos del Estado salvadoreño, pero con fuerte respaldo de la comunidad internacional, dirigida a coadyuvar en la prevención, combate y erradicación de la corrupción en sus formas más comúnmente manifiestas (OEA, 2019).

1. PERSPECTIVAS HISTÓRICAS Y ACTUALES DE LA CORRUPCIÓN EN EL SALVADOR

Asumir que en El Salvador existe la corrupción no requiere de algún esfuerzo investigativo, pero medir la corrupción de manera precisa eso ya es una tarea compleja, compendiosa. Ello es así porque, por una parte, la obtención de datos fiables acerca de la corrupción presenta enormes dificultades: la corrupción, como ya ha sido anotado, es un fenómeno borroso, difícil de registrar por su opacidad e ilegalidad (Reyes, 2008, p. 12); y, por la otra, porque los gobiernos tienden, en su gran mayoría, a mantener la opacidad de sus gestiones y actuaciones y en reserva a la información relacionada con el uso de fondos públicos.

Lo que resulta evidente es que buena parte de la corrupción se encuentra ligada a la falta de transparencia en los procesos de decisión, bien por un margen excesivo de los responsables, bien por la complejidad del proceso o por razones inherentes a la normativa, e incluso por el carácter impune de quien la realiza (Aznar & Puig, 2015, p. 149); mientras que otra parte, se manifiesta en prácticas cotidianas y normalizadas que no involucran a un agente público: entre actores del sector privado, organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro y asociaciones civiles, e incluso en las relaciones entre individuos.

En El Salvador, no existen estudios dirigidos a indagar acerca de la corrupción. Por ello no es difícil asumir lo que más comúnmente se dice de ella: que es un fenómeno técnico y complejo, relacionado

con operaciones bancarias ininteligibles o que procede de comportamientos de personas aisladas que están en posiciones de poder. Ni la academia, ni la sociedad civil organizada ni menos las instituciones encargadas de la seguridad pública o que realizan control de la legalidad de los actos de la administración pública, han mostrado interés por explicarse y explicarle a la ciudadanía el sentido de algunos fenómenos repitentes.

Los antecedentes históricos contemporáneos de prácticas de corrupción si bien no han tenido la amplitud de difusión como los actos más recientes, sí han estado en la conciencia ciudadana. Veamos dos casos ejemplares que sirven de antecedente, no para establecer que ya en el pasado funcionarios de alto nivel han sido sometidos a la justicia por corrupción, porque no lo ha sido, sino porque los medios de difusión masiva han destacado la existencia de graves sospechas de este comportamiento en funcionarios del más alto rango dentro del Estado.

Así, por ejemplo, para el año 1989, un grupo de grandes empresarios debían 705 millones de dólares a los bancos propiedad del Estado. Esa cantidad de dinero equivalía al 70 por ciento de todo lo que los bancos habían prestado (CENITEC, 1989). La Asamblea Legislativa de El Salvador emitió una ley de privatización de la banca a la cual siguieron otras mediante las cuales condonaba hasta el 90 por ciento de las deudas adquiridas mayoritariamente por el sector empresarial del país (SPTA, 2019, pp. 22-29). Una vez saneados los bancos y las asociaciones de ahorro y préstamo, se vendieron a los mismos empresarios que habían propiciado su quiebra, por un monto de 37 millones de dólares. Luego, en los años 2005-2008, estos bancos fueron vendidos a empresas extranjeras por más de dos mil millones de dólares.

En otro caso, en 1999, el gobierno creó un fondo de 10 millones de dólares provenientes de la venta de la empresa estatal de telecomunicaciones. Los administradores de este fondo, 6 funcionarios públicos y dos miembros de una fundación privada decidieron “prestarlo” a una empresa recién constituida (con un capital de 186 dólares con 74 centavos) por exfuncionarios públicos y miembros todos del partido político al cual pertenecía el presidente de la república. La empresa, de nombre Infocentros, no solo no ejecutó los proyectos que “justi-

ficaron” el préstamo, sino que su presidente, Nicola Angelucci, tomó de este dinero más de 181 mil dólares para pagar arreglos y arrendamiento de un inmueble, usado por la empresa, propiedad de su familia. Posteriormente, en 2000, Angelucci fue nombrado presidente del Banco Multisectorial de Inversiones (BMI), propiedad del Estado.

El BMI le daría a Infocentros otro préstamo por el orden de 4 millones de dólares. En marzo de 2009, la empresa Infocentros fue cerrada y nunca devolvió los 14 millones que le fueron “prestados” por el Estado. En la actualidad, Angelucci y el representante legal de la empresa Infocentros, están siendo procesados penalmente bajo cargos de peculado y negociaciones ilícitas; y en julio de 2019, Angelucci y su esposa han sido demandados por enriquecimiento ilícito en reclamo de un poco más de 6 millones de dólares.

Prácticas y hechos como los descritos, los hay por cientos en la historia reciente del país. La manifiesta y rápida transformación que muestran las condiciones materiales de vida de quienes ingresan a cargos públicos (por ejemplo, un político en el cargo de diputado por 9 años se habría hecho de un patrimonio de 3,2 millones de dólares), la constatación del trato diferenciado en entidades de la seguridad social (tratamientos médicos de alto costo para determinadas personas, medicinas no existentes en el cuadro básico de medicamentos, etc.), la autorización sin dilaciones para construcciones de alto impacto ambiental o de explotación privada irrestricta de recursos no renovables como el agua, la circulación de vehículos del transporte público que de lejos superarían prueba alguna de emisión de gases, la venta de productos o servicios sin la emisión de facturas o la adquisición por el Estado de productos con valores triplicados a los del mercado, son todos ellos eventos comunes en el país.

También lo son la existencia de socios no declarados entre políticos y empresarios, el trasvase de recursos obtenidos con fondos públicos o el nombramiento de familiares, amigos y socios en puestos claves del gobierno. Pero, sea por lo reservado de los asuntos o por la falta de información, no siempre se cae en la cuenta de que se tratan de actos o prácticas corruptas, sino hasta que algún periodista avezado y un editor consecuente, al indagar sobre un caso, nos desvelan las tramas, los intereses, los dineros públicos birlados y las leyes transgredidas, nos lo enrostran y nos hacen caer en la cuenta que como

“este caso, hay *muchos*”. Aun así, no hay datos acerca de la cantidad de ellos, de los montos dinerarios involucrados o de los sujetos beneficiados, tampoco lo hay de las pérdidas que la corrupción genera en el erario, del impacto que estas prácticas tienen en la disminución o calidad de los servicios que el Estado presta y, desde luego, de la flagrante violación a los derechos humanos o de su impacto en la calidad de nuestra democracia.

Hasta ahora, los datos más accesibles, y de algún modo fiables, son los proporcionados por organizaciones dedicadas a la medición de la percepción ciudadana sobre la corrupción. Entre ellas, la Corporación Latinobarómetro (Chile), cuyos informes se publican desde 1995, centrándose en la opinión pública sobre temas de democracia y economía en 18 países latinoamericanos y Transparencia Internacional (Alemania), la cual, desde 1993, publica un informe denominado Índice de Percepción de Corrupción, e involucra a unos 70 países del mundo. En nuestro país, aunque son entidades locales las que realizan los sondeos de percepción para los informes de estas dos entidades, solo ha sido publicado un estudio de carácter monográfico hecho por investigadores independientes.

Este estudio monográfico (Cruz & Vega, 2004), si bien no se dirigió a indagar o establecer las causas de la corrupción en el país o enumerar la cantidad de casos de corrupción cometidos, si buscaba comprender la manera en que los salvadoreños relacionaban, concebían y juzgaban el problema de la corrupción. Así, por ejemplo, destacó que casi un tercio de la población, el 32.7 por ciento, concebía a la corrupción como sinónimo de criminalidad (delincuencia, robos, pandillas, delitos graves); mientras que, menos de la tercera parte de la población, el 28.4 por ciento, se refirió a ella en el sentido de robo de fondos públicos, malversación de fondos, deshonestidad de funcionarios, aprovechamiento de puestos, etc. El resto de la población encuestada ofreció respuestas muy diversas acerca de la corrupción, o no contestó (p. 28).

El estudio resaltaba en aquel momento que aun cuando las personas estuvieran más preocupadas por problemáticas que afectan de manera directa su supervivencia, al preguntarles por el nivel de corrupción existente en el país, una mayoría —el 79.5 por ciento— respondió que existía mucha corrupción en el país; mientras que el 12.7

por ciento señaló que la existencia de algo de corrupción y solamente el 7.9 por ciento sostuvo que había poca o ninguna corrupción (p. 33).

Al indagar sobre el conocimiento acerca de las causas de la corrupción, los encuestados señalaron una diversidad de ellas: motivaciones personales, ser consecuencia de las condiciones institucionales, ser resultado de los problemas económicos o la falta de valores de las personas. Así, un poco más de un tercio de la población atribuyó como causa de la corrupción a razones de índole personal (codicia, maldad, picardía, etc.). A esta causa le siguieron las condiciones económicas —casi el 25 por ciento— y la existencia de un determinado entorno institucional, aproximadamente el 15 por ciento. Un 10 por ciento adicional, referían a que la corrupción era causada por la falta de principios, de valores y de educación en las personas (p. 34).

Buscando precisar las diferencias en la percepción de la población acerca de la corrupción, también se inquirió acerca del nivel de corrupción percibido entre los funcionarios públicos y los empresarios. Los resultados dieron cuenta que los funcionarios públicos eran percibidos con niveles más altos de corrupción que las empresas privadas. El 59 por ciento de los salvadoreños sostuvo que hay mucha corrupción entre los funcionarios públicos, en comparación con un 35.6 por ciento que dijo lo mismo sobre las empresas privadas; en el otro extremo, el 20.9 por ciento de los consultados dijo que la corrupción entre los funcionarios del gobierno era poca o ninguna, mientras que el 34.3 por ciento dijo lo mismo sobre las empresas privadas (p. 36).

El estudio también indagó sobre la corrupción política al preguntar sobre los tipos de corrupción atribuidas a funcionarios. Las preguntas y los resultados se presentan a continuación:

Tabla 1
Tipos de corrupción realizada por funcionarios públicos en El Salvador

Tipo de corrupción	%
Funcionarios que haciendo uso de sus cargos se han apropiado de bienes privados o públicos que no les corresponden	38.2
Funcionarios que se han asociado con grupos criminales para sacar provecho de sus puestos	36.8

Tipo de corrupción	%
Funcionarios que piden o aceptan comisiones o regalos para favorecer a determinados grupos o intereses en la adjudicación de contratos	33.8
Funcionarios que favorecen a sus propios familiares ofreciéndoles empleos, contratos u otros beneficios de la institución	31.9
Funcionarios que valiéndose de su cargo influyen en otros funcionarios o autoridades para beneficiarse personalmente a sí mismos o a terceros	26.9
Funcionarios que hacen uso de los fondos públicos para beneficiarse personalmente	24.7

Fuente: La percepción sobre la corrupción en las instituciones de El Salvador (Cruz & Vega, 2004, p. 53).

Como se describe en la tabla anterior, los delitos de peculado (uso ilegal de los fondos públicos), nepotismo (beneficiar al funcionario a sus familiares) y apropiación ilícita, fueron los más mencionados por la gente. Más de la tercera parte de los salvadoreños habría visto o se habría enterado de cada uno de estos actos cometidos por funcionarios públicos. Los hechos de corrupción menos percibidos por la población fueron, por el contrario, las comisiones ilegales (aceptar comisiones para favorecer contratos) y la asociación criminal. En conjunto, al poner todos los actos juntos, se tiene que más de la mitad de la población (el 53.6 por ciento) habría visto o enterado de cualquiera de estos hechos de corrupción en el último año (2003), según la encuesta.

Pero ¿qué pasó en los siguientes tres lustros con tres gobiernos y tres programas políticos en los que se agendaba el combate a la corrupción? Según la percepción ciudadana (Latinobarómetro, 2018), para el año 2017, los salvadoreños no veían a la corrupción como un problema importante, puesto que solo un 3 por ciento de los encuestados lo consideró relevante (p. 59); lo que no dice de su inexistencia sino de su opacidad, puesto que el 69 por ciento de los encuestados no tuvo en reparo adscribir a la idea de que “Cuando se sabe de algo corrupto es mejor quedarse callado”, aunque la mayoría admitiera, el 58 por ciento, que la corrupción habría aumentado mucho (p. 62).

Este informe recogía también la percepción sobre la participación de funcionarios públicos en actos de corrupción, siendo los diputados (54 por ciento) y el presidente de la república y sus funcionarios

(53 por ciento), a quienes se les atribuye mayor responsabilidad de los actos de corrupción, respectivamente. Después de ellos, el 45 por ciento de los encuestados señaló de corruptos a alcaldes y concejales de las Alcaldías, seguidos de jueces y magistrados con el 42 por ciento y agentes policiales con el 41 por ciento. Mientras que el 35 y el 27 por ciento de la población señaló de corruptos a empresarios y líderes religiosos, respectivamente.

Una encuesta para medir la percepción de la corrupción en América Latina, registró que la corrupción en El Salvador, de acuerdo al 53 por ciento de los encuestados, habría aumentado; como también lo habría hecho la percepción sobre la actividad de combate gubernamental a la corrupción al registrarse que, mientras en el 2013, el 15 por ciento de los encuestados dijo que el gobierno estaba actuando bien en la lucha contra la corrupción, en el 2016 ese porcentaje subió al 44 por ciento (TI-BGC, 2015/2016). Más adelante, a través del Barómetro Global de Corrupción, Transparencia Internacional informaría que sólo el 45 por ciento de la población creía que la corrupción había aumentado, es decir ocho puntos porcentuales menos que en 2017 (TI-BGC, 2019).

De acuerdo con el Índice de Percepción de Corrupción (TI-IPC, 2017), El Salvador ocupa la posición 112 de 180 países evaluados, cayendo 17 posiciones respecto al ejercicio del año anterior (puesto 95). Este informe, que clasifica a 180 países y territorios según las percepciones de expertos y empresarios sobre el nivel de corrupción en el sector público, emplea una escala de cero a 100, en la cual cero equivale a muy corrupto y 100 a muy transparente. El Salvador en el 2017, logró una puntuación total de 33.

En el IPC de Transparencia Internacional para el año 2018, el puntaje obtenido por El Salvador, si bien estuvo por debajo del promedio de la región del continente americano (44 sobre 100), aumentó en dos puntos y escaló siete puestos (alcanzando el puesto 105), respecto de 2017. En la siguiente tabla se registra la puntuación histórica del IPC asignada al país.

Tabla 2
Ranking histórico del Índice de Percepción de la Corrupción en El Salvador

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
IPC	38	38	39	39	36	33	35

Fuentes: Elaboración propia con datos del Índice de Percepción de Corrupción, Transparencia Internacional.

Este indicador de aumento en la mejora de la percepción de la corrupción, desde el 2016, pudo haber sido influenciado en parte por cuando menos un evento crítico o de gran magnitud en la opinión pública salvadoreña: la puesta a disposición de las autoridades judiciales de exfuncionarios públicos del más alto nivel funcional del gobierno: un ex presidente de la república y cuatro ex secretarios de gobierno; un ex Fiscal General de la república, funcionario encargado de la defensa de los intereses del Estado y la sociedad y de requerir judicialmente a delincuentes comunes y oficiales; así como, porque otro expresidente de la república y funcionarios allegados a este, también han sido requeridos civil y penalmente por otra trama de delitos de corrupción.

Estos casos, pero especialmente el primero, encajan perfectamente en la idea de haber sido de aquellos que influyen el incremento de los índices de percepción de la corrupción (Mathiasen, 2010) o que, en cierto modo, la visibilidad mediática de la detención y sometimiento a la justicia de algunos altos funcionarios señalados de corruptos, han sacado a la superficie o desvelado los modos y los medios en que se practica la corrupción en la actividad política del país.

Asuntos que, si bien tiene antecedentes en la historia contemporánea del país, ha tenido una difusión y una recepción mediática sin precedentes. Al parecer el despliegue de los medios de difusión tradicionales como la radio, la televisión o los periódicos impresos, más la suma exponencial de medios de información que utilizan la red mundial de internet, hace que hoy, a diferencia del pasado, sepamos más acerca de la práctica corrupta en los ámbitos de la administración pública.

Ha sido esta exposición mediática sin precedentes de casos de corrupción política, la que de algún modo explicaría por qué aquel bajo

nivel de importancia que la población salvadoreña diera a la corrupción en el informe de Latinobarómetro 2018, cambiaría sustantivamente a raíz de la coyuntura electoral iniciada en la segunda mitad del año 2018, en la cual se disputaba el cargo a la presidencia de la república para el período 2019-2024.

En los inicios de esta competencia, no había ningún indicador de que el tema de la corrupción iba a dar contenido a la propaganda electoral y menos que este fuera a mostrarse en la agenda de algunos de los debates públicos acostumbrados entre los candidatos. Esto en razón de que los dos partidos políticos mayoritarios habrían sido salpicados con las imputaciones de corrupción hechas a tres expresidentes del país: dos de ellos miembros del partido Alianza Republicana Nacionalista (Francisco Flores, 1999-2004; Antonio Saca, 2004-2009) y uno del Frente Farabundo Martí para la Liberación nacional (Mauricio Funes, 2009-2014), por lo que cualquier alusión a la misma, redundaría en perjuicios electorales, de ahí que un pacto tácito de silencio al respecto, les era muy conveniente.

Pero resultó que en la contienda electoral irrumpió un tercer participante que logró registrarse al cierre del período de inscripción de candidatos. Y entonces la campaña electoral dio un giro. El nuevo candidato y el movimiento social que le respaldaba decidieron fincar su estrategia en el uso de las redes sociales para llevar su mensaje a la población (ya en el 2017, el 57.7 por ciento de la población tenía acceso a internet), el cual se centró en la idea de que los anteriores gobernantes —postulados por los dos partidos mayoritarios— habrían sustraído dinero ilícitamente del erario público (sus frases más populares en referencia fueron: “devuelvan lo robado” y “El dinero alcanza cuando nadie lo roba”). La estrategia produjo los logros esperados: puso el tema de la corrupción política en la opinión pública, destacó los perjuicios que esta ocasiona en la vida de las personas y fue electo presidente de la república para el período 2019-2024, el candidato que abanderó el compromiso de combatir la corrupción.

2. EL CASO ANTONIO SACA: LA CORRUPCIÓN COMO INTERSTICIO DE LA GESTIÓN GUBERNAMENTAL

Por veinte años ininterrumpidos (1989-2009), el partido político Alianza Republicana Nacionalista se mantuvo en el poder. Antonio Saca, postulado por ese partido político, consiguió hacerse de la presidencia gracias a una campaña con promesas de atacar frontal y duramente a la delincuencia. En su plan de gobierno para el período 2004-2009, reivindicaba la probidad y transparencia de la gestión pública y sostenía:

[...] la ética y moral de los funcionarios públicos constituyen la base del buen funcionamiento de las instituciones públicas [...] Promoveremos una gestión gubernamental ética y transparente, estableciendo niveles de responsabilidad y sanción para quienes manejan los recursos del Estado [...] siendo totalmente intolerantes con la corrupción, malversación o tráfico de influencias (p. 13).

Para las elecciones presidenciales de 2013, Antonio Saca se postuló nuevamente como candidato. En esta ocasión ya no bajo la bandera de su anterior partido, obteniendo el tercer lugar de las preferencias electorales. Hoy, el expresidente Saca se encuentra privado de libertad, condenado ya por diversos delitos de corrupción y sujeto a nuevos procesos judiciales por otras imputaciones asociadas a la corrupción.

Previo a ser presidente de la república en 2004, Antonio Saca era un empresario radiofónico cuyas empresas le habrían reportado entre 1998 y 2003 ganancias anuales promedio de 197,000 dólares. Al asumir la presidencia del país y dejar en manos de sus parientes la administración de sus empresas, las utilidades se incrementaron sustancialmente: en 2005 sus empresas obtuvieron más de un millón de dólares en utilidades, y en 2007 superaron los 3 millones. Al finalizar su mandato presidencial (mayo de 2009), las ganancias acumuladas por sus empresas fueron de 10.5 millones de dólares, es decir 10 veces el millón de dólares acumulado en utilidades en los 6 años anteriores. Asimismo, Saca poseía una casa valorada en unos 8 millones de dólares, la cual, según declaración judicial hecha por él posteriormente, habría mandado a construir con fondos públicos sustraídos durante su gestión presidencial.

Antonio Saca, se convertiría en el primer ex presidente de la república en ser procesado civil y penalmente, tras hacerse efectiva, el 30 de octubre de 2016, una orden de detención girada por la Fiscalía General de la República (FGR), bajo los delitos de lavado de dinero y de activos, casos especiales de lavado de dinero y de activos, peculado y agrupaciones ilícitas en relación al desvío de 246 millones de dólares que hiciera cuando fungió como jefe del órgano ejecutivo en el período 2004-2009 (FGR, 2017, pp. 75-77).

Junto al expresidente, también fueron detenidos, su exsecretario privado, Elmer Roberto Charlaix; el exsecretario de comunicaciones de la presidencia, Julio Humberto Rank Romero, y el exsecretario de juventud y expresidente de la empresa autónoma que administra el agua, César Daniel Funes Durán. Como parte de la operación policial, también fueron detenidos, Francisco Rodríguez Arteaga, jefe de la unidad financiera de casa presidencial; Jorge Alberto Herrera, tesorero de la presidencia de la república, y Pablo Gómez, contador del secretario privado de la presidencia.

En noviembre de 2016, luego de la audiencia inicial, una jueza de Paz, decretó prisión preventiva contra todos los imputados, por considerar la existencia de elementos indiciarios suficientes sobre la presunta participación en los delitos requeridos por la FGR. Tras permanecer recluidos por más de dos meses en la sede de una división policial, los imputados, fueron trasladados al principal centro penitenciario del país hasta el agotamiento de la fase instructora del proceso.

En mayo de 2017, un juzgado de instrucción de San Salvador resolvió, a solicitud de la FGR, prorrogar por seis meses más el plazo de instrucción, tras considerar la complejidad del caso, en especial por la exigencia de la realización de una auditoría forense contable o pericia financiera, la obtención, vaciado y resguardo de información electrónica, los análisis patrimoniales y la obtención de asistencias internacionales.

Simultáneamente, Antonio Saca y su esposa, Ana Ligia de Saca, enfrentaban por separado un juicio civil por enriquecimiento ilícito, al no lograr justificar el incremento en sus patrimonios por un monto de 3,9 millones de dólares y 589.000 dólares, respectivamente. Similar proceso también enfrentaba el exsecretario privado, Elmer Charlaix, a quien se demandaba por el incremento patrimonial en 18.5 millones

de dólares, recursos que, según la FGR y la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, procedían de depósitos realizados desde una la cuenta subsidiaria del presupuesto de la presidencia de la república y transferidos a cuentas de personas naturales y jurídicas. En todos los casos, el tribunal de segunda instancia que los ventilaba autorizó la inmovilización y embargo de las propiedades, cuentas bancarias y demás bienes muebles e inmuebles de los ex servidores públicos.

Posteriormente, en mayo de 2018, un tribunal de primera instancia resolvió enviar a juicio al expresidente Saca y a seis de sus colaboradores por los delitos de lavado de dinero y peculado. (FGR, 2018, p. 135). Luego, en julio de 2018, durante el desarrollo del respectivo proceso judicial, Saca admitiría que sustrajo dinero del presupuesto nacional para beneficiarse a sí mismo y a terceras personas. Esta admisión de cargos la hizo a cambio de recibir beneficios jurídicos otorgados por la FGR y aprobados por el juez de la causa. Por lo que el expresidente Saca, sometido al denominado *procedimiento abreviado*, sería condenado a 10 años de prisión: cinco años por el delito de lavado de dinero y 5 años por el de peculado¹.

A inicios de mayo de 2019, la Fiscalía General de la República requirió ante el Juzgado Especializado de Extinción de Dominio de San Salvador, que al menos 40 propiedades del expresidente Antonio Saca pasaran a poder del Estado, por considerar que fueron adquiridas con parte de los más de 301 millones de dólares que aquél presuntamente desviara de la partida de gastos reservados de presidencia de la república.

A estos inmuebles se sumarían vehículos, productos financieros, frecuencias de radio y televisión, y marcas o distintivos registrados a favor del expresidente, los cuales, un mes después de iniciado el proceso judicial de extinción de dominio y como medida cautelar, fueron transferidos al Consejo Nacional de Administración de Bienes, que es

¹ El procedimiento abreviado está previsto por el artículo 417 del Código Procesal Penal salvadoreño, y consiste en la admisión de los hechos del imputado y su consentimiento para prescindir de toda la formalidad del debate y dictarse sentencia de un modo simplificado. El proceso abreviado es un beneficio para el acusado dado que conlleva una disminución de la pena que, en este caso, sería una tercera parte de la pena máxima.

la entidad encargada de su administración mientras se desarrolla un proceso judicial de esta naturaleza.

Un dato a destacar, porque ello es sintomático del comportamiento de las instituciones de auditoría de los actos de legalidad de los funcionarios públicos, es que en el 2009, la Corte de Cuentas de la República, institución encargada de fiscalizar la hacienda pública y la ejecución del presupuesto nacional, habría entregado al expresidente Antonio Saca dos documentos (finiquitos) mediante los cuales certificaba que este, durante su gestión, había administrado con transparencia y probidad los fondos públicos (EDH, 8 de agosto de 2018).

Además de este caso, otros dos expresidentes de la república, Francisco Flores (1999-2004) y Mauricio Funes (2009-2014) y un exFiscal General, Luís Martínez (2012-2015), han sido sometidos a procesos judiciales por actos de corrupción. El primero, Francisco Flores, falleció en enero de 2016 mientras era procesado judicialmente por malversación y enriquecimiento ilícito de 15 millones de dólares donados por el gobierno de Taiwán para ayudar a las familias damnificadas de los terremotos ocurridos en el país en 2001. Posteriormente, en octubre de 2018, el expresidente Flores y su familia serían declarados judicialmente exentos de toda responsabilidad civil por el caso.

Por su parte, a Mauricio Funes, en noviembre de 2017, una Cámara de lo Civil lo declaró responsable de enriquecimiento ilícito hasta por un monto total de 419 mil dólares, cantidad que está obligado a reparar al Estado. Su exesposa, Vanda Pignato, fue absuelta del mismo cargo. Actualmente, el expresidente Funes, enfrenta un proceso penal que está estancado por haber obtenido asilo político en Nicaragua (muy recientemente, le ha sido otorgada la nacionalidad de dicho país). También se realizan procesos penales en contra del ex Fiscal Luís Martínez, por una trama de corrupción que incluye a subordinados suyos, jueces, abogados y empresarios (FGR, 2017-2018, pp. 128-129), y contra Ana Ligia de Saca, esposa del expresidente Antonio Saca, acusada del delito de lavado de dinero, puesto que con la ayuda de empresas de publicidad —cuyos propietarios también están siendo procesados penalmente— habría legitimado un poco más de 17 millones de dólares sustraídos del presupuesto asignado a la presidencia de la república, en el período 2004-2009.

3. LA INSTITUCIONALIDAD ORGÁNICA Y NORMATIVA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Se ha sostenido que es esencial para la legitimidad democrática y la eficiencia económica de los gobiernos el que exista un control de los fondos públicos, por lo que ningún Estado puede desarrollar adecuadamente sus objetivos en un contexto de impunidad por las desviaciones o malversaciones de dinero público realizadas por sus autoridades, (FUSADES, 2005, p. 56); y es así porque la existencia de 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, (CIDH, 2018, p. 6).

Lo anterior vuelve una exigencia insoslayable combatir de manera eficaz las prácticas corruptas, pero sobre todo modificar las condiciones que coadyuvan a su existencia, a su encubrimiento y a que, aun siendo descubierta su autoría, persista la impunidad. Y cualquier medida en esa dirección, si en verdad se quiere ganarle a la corrupción, requiere el acompañamiento de la población. Para ello, se necesita que esta confíe en la capacidad y el compromiso de sus autoridades. Hasta ahora, lo poco que se tiene es que se han procesado (que no siempre condenado) a un puñado de exfuncionarios con un alto perfil, lo que no ha alterado en mucho la sospecha de que prácticas de corrupción en ese y otros niveles de la jerarquía burocrática continúen produciéndose, ni ha permitido recuperar la confianza que por obra de la impunidad se ha perdido, tal como lo muestran algunas encuestas.

Los datos de la poca confianza que las personas tienen para denunciar casos en los que de manera directa se ven victimizadas, permiten inferir que las probabilidades de denuncia de casos de corrupción tampoco pueden ser altas. Según el sistema de monitoreo y evaluación del *Programa El Salvador Seguro*, la frecuencia con que las personas son víctimas de un delito sin llegar a denunciarlo fue mayor en 2018 que en el año 2017. Según encuestas del sistema, en 2017 el 78.1 por ciento de las víctimas no presentaron su denuncia frente a las autoridades correspondientes y en 2018, la no denuncia aumentó a 80.5 por ciento; es decir, únicamente 2 de cada 10 delitos, fueron registrados

por entidades de combate al crimen y de protección de los derechos humanos, tales como la Policía Nacional Civil, la Fiscalía General de la República, los Juzgados de Paz, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la procuraduría General de la República, entre otros (Infosegura, 2018).

En el artículo 240 de la Constitución de la República (Cn.), se prescribe lo concerniente a uno de los efectos objetivos de la corrupción de los funcionarios públicos: el enriquecimiento ilícito. En dicha norma se dice: “[l]os funcionarios y empleados públicos que se enriquecieron sin justa causa a costa de la hacienda pública o municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes”. Esta devolución solo puede hacerse efectiva, mediando una causa judicial realizada dentro de un término perentorio: “[l]os juicios por enriquecimiento sin causa justa sólo podrán incoarse dentro de diez años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento”.

Pero ¿cómo ha de saberse si ha habido enriquecimiento ilícito? Un primer medio de conocimiento se puede tener a través de las acciones de contraloría de actos que realizan funcionarios y empleados públicos, pero también de particulares, en la administración de fondos públicos. Para el caso, el artículo 195 Cn., establece que la entidad a cargo de la fiscalización de la hacienda pública en general y de la ejecución del presupuesto en particular es la Corte de Cuentas de la República (CCR), atribución que es desarrollada exhaustivamente en la Ley que le rige (D.L. N° 438, 1995).

La actividad contralora de la CCR si bien facilitaría la detección del hurto o sustracción de fondos públicos, no es de gran ayuda en la identificación de las prácticas más comunes de corrupción en nuestro medio, tales como tráfico de influencias, nepotismo, soborno de funcionarios, en especial cuando se hacen licitaciones para proveer bienes y servicios, enriquecimiento con base en el uso de información privilegiada, especulación y abuso resultantes de la orientación de las políticas públicas, obtención de comisiones en negocios internacionales, entre otras. Otra limitación, como ya se ha mostrado, es que quienes han dirigido a esta institución, por connivencia o complicidad,

han otorgado documentos que certifican la probidad de funcionarios a quienes luego se les ha condenado por delitos de corrupción (La Prensa Gráfica. 21 de junio de 2019).

En cualquier caso, el papel que tiene atribuido la CCR, junto a los medios legales y técnicos que tiene a su disposición, se entenderían suficientes para prevenir la corrupción en el ámbito de la administración público estatal y proporcionar suficientes evidencias para legitimar la intervención de la jurisdicción penal e incluso para respaldar una condena judicial por prácticas corruptas en el ejercicio de la función pública. También sería la entidad idónea para el diseño de políticas apropiadas que garanticen la transparencia y la rendición de cuentas en la administración de fondos públicos.

De allí que, de resultar indicios de irregularidades sospechosas de corrupción, otro medio de conocimiento es su determinación objetiva mediante el examen experto del patrimonio personal del presunto corrupto, de su cónyuge e hijos, tal como lo autoriza la *Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos* (LEIFEP) (D.L. N° 2833, 1959). Según esta ley, los funcionarios y algunos empleados públicos (aquellos que manejen fondos públicos o municipales o fondos particulares encomendados o administrados por el Estado), están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia (SP-CSJ), al inicio y al final de la posesión de sus cargos.

Y un tercer medio, es el de la denuncia ciudadana que, para estos casos, se vuelve una herramienta invaluable, sea para orientar el examen de auditoría por parte de la CCR o para legitimar la intervención de otras entidades fiscalizadoras y/o punitivas. Por ello, la importancia de que las instituciones encargadas de proteger los derechos humanos, como las que tienen a su cargo la prevención, investigación y sanción del delito, recuperen la confianza ciudadana.

¿Qué sucede de encontrarse indicios o evidencias ciertas de corrupción? Si se tratare de la detección de indicios de enriquecimiento ilícito del examen de las declaraciones patrimoniales o de la comprobación hecha por la Sección de Probidad, el procedimiento debe iniciarlo la Corte Suprema de Justicia ordenando a una Cámara (de segunda instancia) de lo Civil instruir el juicio correspondiente (Art. 9, LEIFEP).

El trámite es el del juicio civil ordinario y las sentencias condenatorias son apelables ante la Corte Suprema de Justicia. La Cámara debe decidir sobre el enriquecimiento sin justa causa, y de resultar culpable, condenarle a que restituya lo que hubiese adquirido indebidamente y será inhabilitado para ejercer un cargo público durante el plazo de diez años (Arts. 20 y 21 *LEIFEP*, y 240 Cn.); si el tribunal determinare que el procesado ha cometido un delito, deberá certificar lo conducente para que otra instancia con jurisdicción penal decida sobre dicha responsabilidad. En la actualidad, por disposición del *Código Procesal Penal* y sus reformas (D.L. N° 733, 2009), esa información debe dirigirse a la FGR, para que esta presente el requerimiento ante un tribunal con competencia.

Cabe aclarar que, si el presunto corrupto es un funcionario que de conformidad al Art. 236 Cn. goza de fuero constitucional, debe realizarse un trámite previo para ante la Asamblea Legislativa, a fin de que esta declare si hay o no lugar a formación de causa (Antejuicio). Y si la hubiera, entonces se procederá a suspender al funcionario en el ejercicio de su cargo y una Cámara de segunda instancia instruirá el juicio correspondiente. El procedimiento de antejuicio se regula en los artículos 124 al 140 del *Reglamento interior de la Asamblea Legislativa* (D.L. N° 756, 2005).

En la legislación penal, han sido tipificadas como delitos una variedad de conductas que, de conformidad a las tendencias actuales y a las recomendaciones hechas por organismos internacionales expertos, constituyen actos de corrupción. Así, el *Código Penal* (D.L. N° 1030, 1997), dedica un capítulo a la corrupción, contemplando los delitos de peculado (Art. 325), peculado por culpa (Art. 326), concusión (Art. 327), negociaciones ilícitas (Art. 328), exacción (Art. 329), cohecho propio (Art. 330), cohecho impropio (Art. 331), malversación (Art. 332), enriquecimiento ilícito (Art. 333) e infidelidad en la custodia de registros o documentos públicos.

Asimismo, sanciona una serie de delitos que tienen incidencia en prácticas de corrupción: soborno (Art. 307), encubrimiento (Art. 308), prevaricato (Art. 310), patrocínio infiel (Art. 314), favorecimiento de evasión (Arts. 318 y 319), actos arbitrarios (Art. 320), incumplimiento de deberes (Art. 321), cohecho activo (Art. 335), y tráfico de influencias (Art. 336). Pero también, refiere a delitos como la emisión

de autorizaciones o licencias contrarias a las leyes de construcción o ambientales (Arts. 254 y 262) y otros que establecen responsabilidad por privación u obstáculo al ejercicio de los derechos de los particulares o por la comisión de actos comunes que ocasionalmente pueden practicarse en casos de corrupción, como los de falsedad.

Por otra parte, en el ámbito administrativo, existe además otra normativa que sanciona negativamente prácticas corruptas o que propician la corrupción. Para el caso, la *Ley del servicio civil* (D.L. N° 507, 1961) que, en sus artículos 31 y 32, establece deberes y prohibiciones de los empleados públicos, incluyendo rechazar todo tipo de dádivas, promesas o recompensas que se les ofrezcan, aun cuando sean a título de pronto despacho y patrocinar asuntos o realizar gestiones a favor de terceros en las oficinas donde trabajan; este tipo de conductas ameritan sanciones consistentes en suspensión sin goce de sueldo y destitución. La *Ley orgánica judicial* (D.L. N° 123, 1984), establece normas similares para los secretarios y notificadores de juzgados (Art. 85).

La *Ley del consejo nacional de la judicatura* (D.L. N° 536, 1999), establece que el prevalerse del cargo para ejercer influencias indebidas es causal de remoción de los miembros de la institución (Art. 11 de la ley). Una conducta indebida similar a la anterior es sancionada por el Art. 51 de la *Ley de la carrera judicial* (D.L. N° 536, 1990), calificándola como infracción grave sancionada con suspensión temporal en el ejercicio del cargo judicial y señala como infracciones muy graves, sancionadas con remoción, asesorar a otros en asuntos judiciales y haber sido condenado por uno de los delitos tipificados en el Código Penal (Art. 55).

En el ámbito de la administración de las relaciones de trabajo, la *Ley de organización y funciones del sector trabajo y previsión social* (D.L. N° 682, 1996) prohíbe a los inspectores de trabajo recibir cualquier clase de prebendas de los empleadores (Art. 40). Esta ley no contempla sanciones específicas por las infracciones a la misma que cometan los trabajadores del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, y a los inspectores de trabajo no se les aplica la LSC, por estar expresamente excluidos de la carrera administrativa (Art. 4 letra “y”), por lo que solo es posible aplicar a estos últimos el Código Penal. Por su parte, la *Ley de la carrera administrativa municipal* (D.L. N°

1039, 2006) repite las disposiciones de la Ley de servicio civil, sobre la recepción de dádivas, con igual sanción (Art. 60), sumando otras infracciones relativas al uso indebido de propiedad municipal, sancionado únicamente con amonestación (Art. 63).

La *Ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública* (D.L. N° 868, 2000), recoge algunas figuras que son consideradas indispensables para la transparencia del manejo de fondos públicos. Por ejemplo, establece que no pueden participar como ofertantes en licitaciones públicas, Ministros y otros funcionarios y empleados públicos y municipales, miembros de las juntas o consejos directivos de las instituciones oficiales autónomas, sus cónyuges, convivientes o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en la institución en que aquellos se desempeñen, cuando sean propietarios, socios o accionistas de las empresas ofertantes o actúen como administradores, gerentes, directores o representantes legales de las mismas (Art. 26). También prohíbe la participación en licitaciones públicas de personas que hayan sido encontradas culpables de delitos contra la hacienda pública, de corrupción, cohecho activo, tráfico de influencias y/o a se les haya inmovilizado sus cuentas bancarias o secuestrados preventivamente sus bienes conforme a la *Ley contra el lavado de dinero y de activos* (D.L. N° 498, 1998), (Art. 25).

También hay regulaciones en la *Ley de ética gubernamental* (LEG) (D.L. No 873, 2011) que, entre otros, tiene por objeto prevenir y detectar las prácticas corruptas de funcionarios, empleados o servidores públicos y de personas que, sin serlo, administran bienes o fondos públicos. La LEG crea un tribunal de ética y ordena la conformación de comisiones de ética en todas las instituciones de la administración pública y en los gobiernos municipales (Arts. 20 y 25). Si en el procedimiento se probare el incumplimiento de los deberes o la violación de las prohibiciones previstas en la Ley, el tribunal puede, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal u otra a que diere lugar, imponer una multa al o los infractores.

Conforme al Art. 28 LEG, si en el curso de un procedimiento sancionador, el tribunal de ética encuentre indicios de que personas particulares han colaborado con el servidor público en la comisión de actos de corrupción, debe dar aviso a la FGR para que esta active los medios punitivos pertinentes; y si un funcionario público que no go-

za de fuero constitucional, fuere sancionado por actos de corrupción que originen acción penal, además de suspenderle en el cargo, deberá remitirse el expediente a la FGR para que esta inicie la investigación y active los medios jurisdiccionales correspondientes (Art. 29 LEG).

Siendo la falta de transparencia y la cultura de la opacidad en el ejercicio de la función pública serios obstáculos para luchar de manera más eficiente contra la corrupción, en mayo de 2011 fue aprobada la *Ley de acceso a la información pública* (LAIP) (D.L. No 534, 2011), la cual impone a las instituciones del Estado salvadoreño contar con portales de información actualizada y crea una entidad autónoma que se encargue de aplicar la ley, garantice el derecho para solicitar y recibir información pública, y promueva una cultura de transparencia en la sociedad.

Esta entidad, denominada Instituto de acceso a la información pública, es dotada de competencias para conocer y resolver sobre los conflictos que surjan entre personas solicitantes de información y las entidades obligadas a proporcionarla. La LAIP describe las infracciones al derecho a la información pública, entre las que destacan negarse a entregar información solicitada sin la debida justificación o cuya entrega haya sido ordenada por el Instituto de acceso a la información pública, o aquella consistente en sustraer, destruir u ocultar información que se encuentre bajo la custodia del funcionario o que por su cargo se tenga acceso a ella, entre otras (Art. 76).

Por otra parte, aun cuando las infracciones a la ley solo originan sanciones administrativas como la imposición de una multa (hasta por un monto de 12 mil dólares), la suspensión de funciones hasta por treinta días e incluso la destitución (Art. 77), existe la obligación de informar a la FGR si durante la tramitación de los procedimientos establecidos por la LAIP, se encontraren indicios de la comisión de un delito (Art. 80).

Para finalizar, cabe referirse a la *Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita* (D.L. N° 534, 2013), que es un instrumento normativo de reciente data que aplica de manera complementaria a las acciones civiles y penas que conducen a la determinación de responsabilidad por actos de corrupción. Esta ley contempla un procedimiento especial aplicable a quienes son procesados por delitos de corrupción, entre otros, defi-

niendo que serán objeto de extinción de dominio aquellos bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, provenientes de actividades ilícitas (Art. 3c); es decir, que se originen en o se destinen a actividades delictivas, incluidas las relacionadas, conexas o constitutivas de corrupción (Art. 5).

Un efecto de la sentencia condenatoria por causa de enriquecimiento ilícito es la acción de extinción de dominio, la cual, conforme al artículo 10 de la *Ley especial de extinción de dominio*, no será ejercida sino hasta haberse agotado el proceso previsto en la LEIFEP y se haya emitido sentencia definitiva condenatoria por la Cámara de lo Civil respectiva. La acción de extinción de dominio prescribe en diez años contados a partir de la adquisición o destinación ilícita de los bienes (Art. 12a) y toda vez que estos bienes no provengan de o se hayan destinado a la comisión de delitos propios de crimen organizado, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo o delitos relacionados con drogas, porque si lo fueren, el plazo de la prescripción se extenderá hasta los treinta años.

4. PERSPECTIVAS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Tal como se ha descrito en el apartado anterior, El Salvador cuenta con un marco regulatorio adecuado y suficiente y con la institucionalidad requerida para prevenir, investigar y sancionar la corrupción, en especial la que, de manera llana, Transparencia Internacional define como mal uso o abuso del poder público para obtener una ganancia privada. Esta suficiencia regulatoria e institucional ya ha sido puesta a prueba. El desvelo de las tramas corruptas gestadas en el más alto nivel de la pirámide burocrática, con tres ex presidentes de la república, un ex fiscal general y una treintena de ex funcionarios públicos del más alto nivel burocrático del Estado, sometidos al escrutinio público y a procesos judiciales, constituye evidencia incuestionable que en la lucha contra la corrupción a este país no le faltan leyes ni instrumentos orgánicos de control, prevención y represión de la misma. Inclusive, si se hiciese un recuento de las medidas que, para prevenir y combatir la corrupción, registran instrumentos como la Convención Interamericana contra la Corrupción, (Art. III, Medidas preventivas),

(CICC,1996), y la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción (Capítulo II, Medidas preventivas), (CNUC, 2003), ambas incorporadas al ordenamiento jurídico interno, podría constatarse que, una buena parte de ellas, ya han sido adoptadas tanto orgánica como normativamente.

Los órganos estatales que tienen a su cargo la fiscalización de la hacienda pública y de la ejecución del presupuesto, como la CCR, o que tienen por atribución directa ejercer el control de los actos de legalidad de la administración pública, como las unidades de auditoría de gestión del órgano ejecutivo o de las instituciones autónomas e, incluso, el Tribunal de ética gubernamental; o del tráfico de activos en el sistema bancario, como le corresponde a unidades especializadas de la FGR; o que auditan el crecimiento o decrecimiento del patrimonio personal y familiar de quienes ostentan cargos públicos tal como le corresponde a la SP-CSJ; o, en específico, los órganos que tienen por cometido prevenir, investigar y sancionar los delitos de corrupción, como el Ministerio de Hacienda (entidad que examina la correspondencia entre ingresos, las fuentes de su origen y las declaraciones impositivas), la misma FGR y el órgano judicial, todos ellos, sin excepción, cuentan con las herramientas legales, e incluso tecnológicas, apropiadas para prevenir y combatir la corrupción, tanto la que se origina en el mal uso o abuso del poder público como la que se produce por personas particulares.

Si ello es así, entonces ¿por qué la población sigue no solo percibiendo la existencia de la corrupción y la incapacidad del gobierno de combatirla, tal como lo apunta el Barómetro Global de la Corrupción en América Latina y el Caribe, 2019 (Transparencia Internacional: 8-12), en el que se establece que el 45 por ciento de los salvadoreños percibe que la corrupción ha crecido en el último año, que un altísimo 93 por ciento cree que la corrupción se produce en el Gobierno y, por consiguiente, el 90 por ciento no confía en sus instituciones. Y al indagar sobre la valoración que tiene la gente acerca de los esfuerzos gubernamentales en el combate a la corrupción, el 60 por ciento de la población sostiene que el Gobierno no lo está haciendo nada bien.

Esta percepción sobre la corrupción que registra el *Barómetro Global*, puede no ser congruente con lo que se acaba de sostener: tenemos las leyes, tenemos las instituciones con sus respectivas atribuciones

de prevención, control y represión de la corrupción, y se tienen casos, con condenas unos y en sede judicial otros, que evidencian la eficacia normativa y la eficiencia funcional de tales instituciones. Puede ser explicativa la idea ya planteada de que ha crecido el espacio de la publicidad de los actos de la administración estatal (Lozano & Merino, 1998, p. 32), especialmente a cuenta de los recursos de las tecnologías de la información y de la difusión exponencial de esos actos hecha a través de las redes sociales, por lo que la falta de transparencia y de rendición de cuentas, los actos de desvío o malversación de fondos o el abuso de poder en la ejecutoria de los funcionarios públicos, difícilmente pasen desapercibidos por la ciudadanía.

De nuevo, en El Salvador no hacen falta más leyes o instituciones para combatir la corrupción. Tanto la población como los funcionarios, gobernantes incluidos, cuentan con la información indiciaria algunas veces, probatoria en otras, para que se activen los medios de prevención, control y represión de la corrupción, por lo que entonces solo queda una explicación para que eso no suceda: que no existe la voluntad política, en quienes dirigen aquellas instituciones, para prevenir y castigar la corrupción (actualmente hay hasta un centenar de exfuncionarios y particulares que están siendo investigados o sometidos a juicio por corrupción y delitos asociados a esta).

Es bastante probable que, en nuestro país, estemos vivenciando el problema político práctico que exige la determinación cierta y mostrativa de la denominada voluntad general para prevenir y erradicar la corrupción. Pero, la experiencia compartida, la coordinación de esfuerzos interinstitucionales, la toma oportuna de decisiones por quienes nos representan en el gobierno, así como el cumplimiento de deberes de quienes dirigen los órganos de control de los actos de poder, son factores que, articulados todos ellos, pueden hacer efectiva aquella voluntad. Desde luego que siendo esta una expectativa legítima, conseguirlo no es fácil.

En la ineficacia o la respuesta débil mostrada por las instituciones encargadas de combatir la corrupción pueden encontrarse las razones del porque la gente cree que la corrupción está creciendo, de que el gobierno no está haciendo mucho para solucionar dicha problemática castigando a sus responsables y, peor aún, de que la corrupción está instalada en el seno del gobierno y en los otros órganos estatales. Es

esta “razón” también la que explicaría el respaldo público a la creación de un organismo *ad hoc* o especial para que investigue la corrupción que se produce en el ámbito de la administración pública estatal.

A inicios de septiembre de 2019, el gobierno de El Salvador y la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, suscribieron una carta de entendimiento (SG-OEA, 2019) para establecer una Comisión internacional contra la impunidad en El Salvador (CICIES). En dicho instrumento se reconoce que el país, “pese a los grandes esfuerzos de sus instituciones”, continúa siendo afectado por la corrupción, por lo que la instalación de dicha comisión ayudará a “hacer avanzar la cooperación con las instituciones competentes” en cuanto a la prevención del delito y el apoyo a las investigaciones. También la CICIES “podrá establecer acuerdos con la Fiscalía General de la República y el órgano judicial”, aunado a la creación de una “unidad especializada anticorrupción” del cuerpo policial.

Por su parte la Secretaría General del organismo regional, sostiene en dicho instrumento que un propósito de dicha Comisión internacional es apoyar, fortalecer y colaborar activamente con las instituciones salvadoreñas encargadas de prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción y otros delitos conexos, incluyendo delitos relativos a la hacienda pública, el enriquecimiento ilícito, el blanqueo de capitales, y la delincuencia organizada nacional y transnacional, en términos no limitativos (OEA, C-063/19).

Las críticas a la decisión presidencial de que se instale dicha Comisión no están dirigidas a cuestionar su cometido principal, sino más bien a su naturaleza jurídica y a los alcances de su mandato. Por hoy, el carácter de “autónoma, neutral, independiente y transparente” tal como se establece en el comunicado oficial referido, lo cual ha sido respaldado públicamente por el presidente de la república, puede estar en entredicho, dado que la creación de la Comisión mediante un decreto ejecutivo y no a través del recurso establecido por la Constitución para darle competencia a organizaciones de carácter internacional —que requiere la ratificación de la Asamblea Legislativa—, dice que aquella ha de estar bajo la dependencia del mismo presidente de la república o de alguna de las instituciones que son parte del órgano ejecutivo.

Una segunda crítica se origina en el hecho que, por contar con una legalidad limitada en y por su origen, las competencias de dicha Comisión estarían circunscritas al espectro del órgano ejecutivo y carecería de facultades para investigar u obtener información de posibles prácticas corruptas producidas en el seno de los otros órganos del Estado.

Una tercera observación, tiene que ver con el dato de una posible intervención también de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la creación, conducción y soporte técnico de la CICIES a solicitud del gobierno salvadoreño, lo que podría provocar confusión en los roles de las dos organizaciones internacionales, dificultades de coordinación entre ambas entidades y con ello dificultar la eficacia de su cometido.

Pero también los partidos políticos de oposición, quienes cuentan con el mayor número de escaños en la Asamblea legislativa, han puesto en cuestión los propósitos y alcances de la actividad anticorrupción de la Comisión. Y es que, sostienen, al circunscribir a la CICIES a la esfera del órgano ejecutivo, ello supondría una amenaza cierta a la autonomía de esta y un mentís a la pregonada objetividad de su misión, puesto que difícilmente podría sustraerse a la influencia, orientación y voluntad del presidente de la república, por ser este el funcionario con la mayor alta autoridad en dicho órgano de Estado.

Este último cuestionamiento lo refuerza el hecho que la creación de la CICIES se produce en una coyuntura prelectoral donde el partido político que respalda al presidente de la república, se prepara para su primera contienda electoral y ya sus dirigentes “aseguran” que las investigaciones sobre actos de corrupción (en clara alusión a la actividad de la CICIES), demostrarán la complicidad o connivencia de los partidos políticos mayoritarios con los funcionarios que cometieron actos de corrupción durante las gestiones gubernamentales anteriores.

En cualquier sentido y aun asumiendo las posibles limitaciones en las competencias legales de la CICIES o dando por fundadas las observaciones hechas a esta iniciativa, su creación producirá cuando menos los siguientes efectos:

- i) Incremento de la percepción ciudadana sobre la voluntad del gobierno de combatir la corrupción, lo cual ha de redundar

en la recuperación de la confianza y fomentará la sensibilidad social sobre los daños que la corrupción produce.

- ii) Impacto en la subjetividad del funcionario y de cualquier servidor público de la existencia de un organismo autónomo de contraloría que opera al margen de las dinámicas interesadas u oportunistas de la política interna.
- iii) Presión sobre los órganos encargados de la fiscalización de la hacienda pública en general y de la ejecución de los presupuestos en particular, a partir de la existencia de un organismo que vigila e investiga a quienes manejan los fondos públicos, pero también a quienes tienen el deber legal de auditar el uso y gestión de los mismos. Esto puede también constituirse en un medio de disuasión de comportamiento corruptos.
- iv) Mejora en la capacidad de los órganos de *accountability* horizontal (CCR, FGR, la Sección de Probidad de la CSJ o el tribunal del servicio civil o el de ética gubernamental, etcétera) al adquirir, mediante el intercambio y la cooperación internacional, herramientas novedosas de combate a la corrupción.
- v) Fortaleza de la transparencia en los procedimientos y decisiones de la administración pública estatal a partir de que la actividad de la CICIÉS, tal como lo han mostrado las experiencias en los países vecinos —Guatemala y Honduras— con el establecimiento de organismos con propósitos similares, pondrá al descubierto que la secretividad de la función estatal es vital para la existencia de la corrupción política.
- vi) Puesta a prueba y evaluación de los instrumentos legales vigentes de combate a la corrupción cuya eficacia no ha podido demostrarse, en razón de su inaplicación o inobservancia interesada.
- vii) Identificación de posibles indicadores sistémicos y funcionales de la corrupción, lo cual ha de permitir la adopción de una perspectiva holística de este fenómeno y, por consiguiente, replantearse la actual política criminal (casuística y centrada en disminuir los daños que ya han sido provocados por los actos de corrupción) o, cuando menos, eliminar estructuras o políticas que favorecen o incentivan la corrupción.

REFERENCIAS

Doctrina

- Acosta, A. (2014). Las clases dominantes, la legislación y los márgenes de la corrupción política. El Salvador a Medios del siglo XIX. *Illes i Imperis*. 16, 115-134. [Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/IllesImperis/article/view/284887/381854>]
- Alonso, J. A. & Garcimartín, C. (2011). “Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión de la literatura”, en Alonso, J. A. y Mulasgranados, C., *Corrupción, cohesión social y desarrollo*. Madrid-México: Fondo de Cultura Económica.
- Arjona Trujillo, A. M. (2002). La corrupción política: una revisión de la literatura. *Documentos de Trabajo*. Madrid: Universidad Carlos III, 1-49.
- Aznar Fdez.-Montesinos, F. y Puig Soler, S. (2015). “La corrupción y seguridad internacional”. *Cuadernos de Estrategia*, 174, 143-184. [disponible en: http://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/cuadernos/CE_174.pdf]
- Cortina, A. (1997). *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza.
- Chayes, S. (agosto, 2018). “Corrupción: democracia y justicia”. Conferencia en *Encuentro Nacional Anticorrupción*. San Salvador, El Salvador.
- Cruz, J. M. & Vega, A. M. (2004). *La percepción sobre la corrupción en las instituciones de El Salvador. Los ciudadanos hablan sobre la corrupción*. El Salvador, IUDOP. [Disponible en: <http://www.uca.edu.sv/publica/iudop/Web/2004/hablan.pdf>]
- Hellman, Joel S., Jones, G. y Kaufmann, D. (mayo-diciembre 2011). Capture al Estado, capture el día. *Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición. Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 21, 35-62.
- Hernaiz, C. E., Phelan, M. & Camacho, J. E. (jul.-dic. 2014). Sobre las mediciones de corrupción y su relación con el desarrollo y el bienestar en América Latina. *Paradigma*, 6, 131-177.
- Laporta, F. J. & Álvarez, S. (Eds.). (1997). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial.
- López Calera, N. (1997). Corrupción, ética y democracia. En *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial. 117-135.
- Lozano, J. & Merino, V. (1998). *La hora de la transparencia en América Latina: El manual de anticorrupción en la función pública*. Buenos Aires: Guernica-CIEDLA.
- MacIntyre, A. (1987). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica.
- Malem Seña, J. F. (2002). *La corrupción, aspectos éticos, políticos, jurídicos y filosóficos*. Barcelona: Gedisa.

- Malem Seña, J. F. (enero-abril, 2016). La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. Extra 104-II, 25-41.
- Mathiasen, B. (2010). “Corrupción: La Importancia de Construir una Cultura Ética”. [Disponible en: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/imprensa/articulos/2010/09-10-la-importancia-de-construir-una-cultura-etica.html>]
- Méndez Peña, M. (enero-abril 2004). “Estudios y Textos acerca de la Corrupción. Un intento de Sistematización”. *Fermentum, Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, 14(39), 100-136.
- Reyes Heróles, F. (2008). *De los ángeles a los índices*. Cuadernos de Transparencia 01. México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. [disponible en: http://www.resi.org.mx/icainew_ff/images/Biblioteca/Cuaderno%20transparencia/cuadernillo1.pdf]
- Rose-Ackerman, R. (2009). Economía política de las raíces de la corrupción: Investigación y políticas públicas. En *Corrupción y transparencia: Debatando las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*. México: Siglo XXI. 23-43.
- Sandoval Ballesteros, I. E. (enero-marzo 2016). Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana. *Revista Mexicana de Sociología*, 78(1), 119-152.
- Soriano, R. (2011). La corrupción política: tipos, causas y remedios. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 382-402. [Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/538/628>]
- Jurisprudencia
- Asamblea Legislativa de El Salvador. Ley sobre el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos. D.L. N° 2833, 24 de abril de 1959, D.O. N° 87, Tomo 183, de 18 de mayo de 1959.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1961). Ley del servicio civil. D.L. N° 507, 24 de noviembre de 1961; D.O. N° 239, Tomo 193, de 27 de diciembre de 1961.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1983). Constitución de la República de El Salvador. D. N° 38, de 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. N° 234, Tomo 281, de 16 de diciembre de 1983.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1984). Ley orgánica judicial. D.L. N° 123, 6 de junio de 1984; D.O. N° 115, Tomo 283, de 20 de junio de 1984.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1990). Ley de la carrera judicial. D.L. N° 536, 12 de julio de 1990; D.O. N° 182, Tomo 308, de 24 de julio de 1990.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1995). Ley de la Corte de Cuentas de la República. D.L. N° 435, 31 de agosto de 1995; D.O. N° 176, Tomo 328, de 25 de septiembre de 1995. Fue reformada mediante D.L. N° 151, 2 de octubre de 2003; D.O. N° 193, Tomo 361, de 17 de octubre de 2003.

- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1996). Ley de organización y funciones del sector trabajo y previsión social. D.L. N° 682, 11 de abril de 1996; D.O. N° 81, Tomo 331, de 3 de mayo de 1996.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. Asamblea legislativa de El Salvador. (1997). Código Penal. D.L. N° 1030, 30 de abril de 1997; D.O. N° 105, Tomo 335, de 10 de junio de 1997.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1998). Decreto de Ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. D.L. N° 351, 9 de julio de 1998, D. O. N° 150, Tomo 340, de 17 de agosto de 1998.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1998). Ley contra el lavado de dinero y de activos D.L. N° 498, 2 de diciembre de 1998; D. O. N° 240, Tomo N° 341, de 23 de diciembre de 1998.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (1999). Ley del consejo nacional de la judicatura. D.L. N° 536, 27 de enero de 1999; D.O. N° 30, Tomo 342, de 12 de febrero de 1999.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (2000). Ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública. D.L. N° 868, 5 de abril de 2000; D.O. N° 88, Tomo 349, de 15 de mayo de 2000.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (2004). Decreto de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. D. L. N° 325, 25 de junio de 2004, D. O. N° 131, Tomo 364, de 14 de julio de 2004.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. Asamblea legislativa de El Salvador. (2005). Reglamento interior de la Asamblea Legislativa. D.L. 756, 28 de julio de 2005; D. O. N° 198, Tomo N° 369, de 25 de octubre de 2005.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (2006). Ley de la carrera administrativa municipal. D.L. N° 1039, 29 de abril de 2006; D.O. N° 103, Tomo 371, de 6 de junio de 2006.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (2009). Código Procesal Penal. D.L. 733, 16 de enero de 2009; D. O. N° 20, Tomo N° 382, de 30 de enero de 2009.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (2011). Ley de acceso a la información pública. D.L. No 534, 30 de marzo de 2011; D. O. N° 70, Tomo N° 391, de 8 de abril de 2011.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (2011). Ley de ética gubernamental. D.L. No 873, 25 de noviembre de 2011; D. O. N° 229, Tomo N° 393, de 7 de diciembre de 2011.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (2013). Ley especial de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita. D.L. N° 534, 7 de noviembre de 2013; D.O. N° 223, Tomo N° 401, de 28 de noviembre de 2013. Fue reformada mediante D.L. N° 734, 5 de julio de 2017; D.O. N° 137, Tomo N° 416, de 24 de julio de 2017.

Otras referencias

- Centro de Investigaciones Tecnológicas y Científicas. (mayo 1989). El sistema financiero de El Salvador. Análisis y perspectivas. *Cuadernos de Investigación*, 1(2) El Salvador: CENITEC.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Resolución 1/18. *Corrupción y derechos humanos*. [Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>]
- Corporación Latinobarómetro. (2018). *Informe Latinobarómetro 2018*. [Disponible en: <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>]
- Corporación Latinobarómetro. Opinión Pública Latinoamericana. [Disponible en: <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>]
- El Diario de Hoy. Portal digital elsalvador.com. (8 de agosto de 2018). “Corte de Cuentas le hizo dos auditorías a Saca y no alertó sobre anomalías”. [Disponible en: <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/corte-de-cuentas-obvio-corrupcion-de-saca-y-hasta-le-dio-finiquito/507638/2018/>]
- Fiscalía General de la República. (2017). *Memoria de Labores 2016/2017*. [Disponible en: <http://www.fiscalia.gob.sv/memoria-labores-2016-2017/>]
- Fiscalía General de la República. (2018). *Memoria de Labores 2017/2018*. [Disponible en: <http://www.fiscalia.gob.sv/memoria-labores-2017-2018/>]
- INFOSEGURA, “La seguridad ciudadana en El Salvador durante 2018”. [Disponible en: <https://www.infosegura.org/seccion/el-salvador/>]
- La Prensa Gráfica. (21 de junio de 2019). “Acusan a expresidente de Corte de Cuentas por auditoría irregular a gestión Saca”. [Disponible en: <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Acusan-a-expresidente-de-Corte-de-Cuentas-por-auditoria-irregular-a-gestion-Saca-20190620-0587.html>]
- Organización de Estados Americanos (1996). Convención Interamericana contra la Corrupción. [Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp]
- Organización de Estados Americanos. (2019). Carta de Intención entre la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y el Gobierno de la República de El Salvador para el establecimiento de la Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador. [Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/carta-de-intencion-el-salvador-CICIES.pdf>]
- Organización de Estados Americanos, *Comunicado de prensa C-063/19*. [Disponible en: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-063/19]
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resolución 58/4 de la Asamblea General. Oficina contra la Droga y el Delito. [Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/>]

- Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf]
- Presidencia de la República de El Salvador. Planes Generales de Gobierno. [Disponible en: <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/capres/documents/plan-general-de-gobierno>]
- Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. (2019). Carta de entendimiento para el establecimiento de la Comisión internacional contra la impunidad en El Salvador. [Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/carta-de-intencion-el-salvador-CICIES.pdf>]
- Transparencia Internacional. La Coalición Global Anticorrupción. [Disponible en: <https://www.transparency.org>]
- Transparencia Internacional. (2017). *Índice de Percepción de Corrupción 2017*. [Disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017]
- Transparencia Internacional. (2019). *Barómetro Global de la Corrupción América Latina y El Caribe 2019*. Opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de corrupción. [Disponible en: https://www.transparency.org/files/content/pages/2019_GCB_LAC_Full_Report_ES.pdf]

Capítulo IX

ESPAÑA

Julio Ballesteros Sánchez*

INTRODUCCIÓN

El mundo actual cambia a una velocidad vertiginosa que nuestras instituciones, legislaciones y estudios tardan en digerir. Igualmente, la delincuencia se transforma cada día, lo que dificulta su persecución de forma notable. Además, la democracia no pasa por sus mejores momentos, ya que se ha producido un deterioro de su funcionamiento con el correspondiente menoscabo del Estado del Bienestar, tanto en España como en la Unión Europea (George, 2015, p. 27)¹, al que se le suma una crisis de confianza de los ciudadanos en las Administraciones Públicas y, especialmente, en los partidos políticos². Este deterioro es, en buena medida, producido por las numerosas causas de corrupción que han asolado nuestro país y que son atribuibles tanto a personas físicas como jurídicas, pues no olvidemos que en España las

* El presente artículo se enmarca como parte de la actividad investigadora desarrollada en el marco del Proyecto DER2016-79705-R, del GIR Programas de Cumplimiento y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas de la Universidad de Salamanca y como Investigador Visitante de FLACSO Sede Ecuador. Miembro del grupo de investigación “Políticas públicas, seguridad internacional y gobernanza global” de la Universidad Europea de Madrid.

¹ “En la UE se está desarrollando una intensa ofensiva contra el Estado del Bienestar y el modelo social europeo, cuya finalidad es eliminar todos los logros obtenidos por los trabajadores durante las últimas seis o siete décadas” (George, 2015, p. 27; Molina Molina, 2015, p. 80).

² En consecuencia, para Maza Martín (2018) se debería incluir dentro del régimen de responsabilidad penal de los partidos políticos conductas propias de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), es decir, acciones constitutivas o calificables como delincuencia electoral. En este sentido, se incluirían conductas como: falseamiento de cuentas electorales (art. 149 LOREG); propaganda electoral (art. 144.1 LOREG); delitos en materia de encuestas electorales (art. 145 LOREG); delitos tendentes a cambiar el sentido del voto (art. 146.1 LOREG); alteración del orden del acto electoral (art. 147 LOREG); calumnias e injurias en campaña electoral (art. 148 LOREG) (pp. 412-413).

personas jurídicas (empresas, partidos políticos³, sindicatos, ONGs) son penalmente responsables desde la introducción de la LO 5/2010⁴. Asimismo, las personas físicas implicadas se corresponden en muchos casos con élites políticas, funcionariales y empresariales, que podría correlacionarse con la etiqueta de delincuencia de cuello blanco desarrollada criminológicamente por Edwin Sutherland ya en el lejano 1961 (Herrero Herrero, 2017, p. 675). Contra ellos, hay un clamor popular que exige mano dura⁵.

Antes de nada, es conveniente delimitar el concepto de corrupción. Partiendo de los pronunciamientos de Transparencia Internacional debemos considerar que corrupción es: “el uso indebido del poder, que es utilizado por la(s) persona(s) a quien(es) le fue encomendado para su propio beneficio particular” (Grima Lizandra, 2015, p. 164). Por su parte, desde la doctrina Kidhäuser ha señalado que la corrupción debe entenderse como el “abuso de un poder de decisión” (Citado por Bolea Bardon, 2016, p. 102). Dentro de las conductas que pueden incardinarse en los fenómenos de corrupción podemos incluir la apropiación indebida, el desvío de fondos públicos, el tráfico de influencias, el uso de información privilegiada y, por supuesto, los sobornos (De La Corte Ibáñez, 2014, pp. 60-61).

En todo caso, debemos afirmar que las conductas señaladas, más allá de la lesión de los correspondientes bienes jurídicos implicados, provocan una serie de efectos negativos múltiples que deben ser señalados para dimensionar los problemas que se derivan de este tipo de conductas. Por ejemplo, se produce una correlación entre la corrupción y la fragilidad estatal. También es posible relacionar la

³ En sentido estricto, los partidos políticos y sindicatos fueron penalmente responsables desde el año 2012, pues antes, “casualmente”, quedaron fuera de la lista de sujetos que se sometían a tal responsabilidad, precisamente, un importante número de causas por corrupción les implicaba en tramatas urbanísticas. Lo mismo ocurrió con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En un primer momento (durante el proyecto de ley) los partidos políticos se habían excluido del ámbito de aplicación. Solo, tras la presión de organizaciones cívicas (Civio, Cuentas Claras, etc.) es que se incluyó a los partidos en dicha regulación. (Maroto, 2015, p. 153).

⁴ Otros países de nuestro entorno ya disponían de este tipo de regulación, por ejemplo, Holanda, Portugal, Francia, Bélgica, Estados Unidos e Inglaterra.

⁵

corrupción con el deterioro del medio ambiente, el incremento de las tensiones étnicas y religiosas, el menoscabo de los derechos humanos o el aumento de la desigualdad económica. En efecto, la corrupción “genera una pérdida de legitimidad de las instituciones políticas y económicas” (Ortés Caselles & Jiménez González, 2017, p. 51), y además, provoca desafección (Fariñas Dulce, 2018, p. 345), descontento, indignación, irritación y desconfianza, que termina materializándose en un aumento de la conflictividad y de la exclusión social (Bruno, 2018, p. 362), lo que supone un reto para la seguridad pública. En paralelo, la calidad de servicio de las Administraciones Públicas desciende drásticamente. Desde la perspectiva de las Ciencias de la Seguridad, además, la corrupción favorece la aparición y expansión de otras amenazas como, por ejemplo, la delincuencia organizada.

Desde este amplio contexto, la convivencia pacífica de los ciudadanos y el desarrollo económico de un Estado es menos viable y sostenible. Esto es así, ya que la corrupción tiene la capacidad de distorsionar los mercados y alejar las inversiones (Ortés Caselles & Jiménez González, 2017, p. 51), pues la competitividad y la seguridad jurídica y económica se ven directamente afectadas (Salinas Jiménez & Salinas, 2017, p. 35). En consecuencia, nos encontramos con niveles de crecimiento económico más reducidos y con un mayor grado de inestabilidad económico-financiera. Los datos hablan por sí solos, un país que presenta elevados casos de corrupción podría “tener niveles de inversión hasta un 5% del PIB menor que países sin corrupción, lo que se traduce, a su vez, en pérdidas anuales de crecimiento de largo plazo de 0,5% del PIB”. La Comisión Nacional del Mercado de Valores de España señalaba en 2015 que el sobrecoste de la contratación pública equivale a 47.500 millones de euros al año (CNMV, 2015, p. 6).

Por tanto, será interés de este texto examinar el fenómeno de la corrupción en España y los elementos y características de este tipo de criminalidad, incidiendo, en la realidad criminológica (apartado 2), normativa (apartado 3) e institucional (apartado 4) que rodea a este fenómeno. Igualmente, se ha considerado que era especialmente interesante abordar como ha afectado la crisis económica al Estado del bienestar en general y a la merma de recursos de las administraciones públicas encargadas de reprimir la delincuencia socioeconómica en particular (apartado 5). Finalmente, el trabajo concluye con unas consideraciones finales a modo de conclusión (apartado 6).

1. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

La corrupción en España ha estado tradicionalmente vinculada con los sectores de construcción y urbanismo. Esta tendencia ya se evidenciaba claramente en el Eurobarómetro de 2013, donde España figura como el país de la Unión Europea con mayor percepción ciudadana de corrupción entre funcionarios y políticos que otorgan permisos de construcción con un 54%. En términos de victimización, también el sector de urbanismo sale mal parado, pues es el área donde se reconoce un mayor número de sobornos. El 84% de los entrevistados en España respondía que los partidos políticos estaban implicados en el ofrecimiento y aceptación de sobornos, mientras que, la media de la UE, 27 era del 59% (Eurobarómetro, 2013). A finales de 2017 la cifra no era más halagüeña. El 80% de los españoles creían que la corrupción estaba “generalizada” en los partidos políticos y en los políticos (74%) de todos los niveles, nacionales, autonómicos y locales (Eurobarómetro, 2017).

Esta percepción tan negativa probablemente se haya forjado al fuego lento de la multitud de causas penales por corrupción de las que hemos conocido a través de los medios de comunicación. Sirva de ejemplo señalar que, en 2012, los juzgados españoles registraban hasta 1000 procedimientos abiertos por delitos urbanísticos relacionados con la corrupción (Villoria Mendieta, 2013, p. 141). Por ello, no les faltaba razón a especialistas en la materia como Villoria Mendieta cuando señalaban en 2013 que:

[...] la causa fundamental de este fenómeno ha sido el urbanismo. De hecho, si conectamos estos datos con las encuestas de percepción, nos encontramos con que el porcentaje de encuestados que consideran que la corrupción está “muy extendida” entre las autoridades que conceden permisos y licencias de obras es del 35,6%. (p. 141).

El funcionamiento de la administración local ha estado caracterizado por la ausencia sistemática de mecanismos eficientes de control (Ortega Giménez, 2016, p. 54). En consecuencia, podemos enunciar una serie de factores que han caracterizado en este ámbito a la corrupción. Por ejemplo: a) la politización de las cajas de ahorro, sirva de ejemplo el caso Bankia (Lapuente, 2016, p. 62); b) la falta de rendición de cuentas y transparencia en la Administración local (especial-

mente en procesos de contratación y en la justificación de gastos⁶); c) la ausencia de mecanismos de contrapeso que permitan la vigilancia y control de dichas administraciones de forma interna y externa⁷; d) el imperfecto sistema de financiación de los partidos políticos; e) la ineficacia manifiesta del Tribunal de Cuentas⁸; f) el prominente poder, incluso despótico, del alcalde electo (Lapiente, 2016: 64) y g) la permisibilidad de las leyes para llevar a cabo recalificaciones urbanísticas.

En España, de los 110 municipios con mayor población, 39 de ellos han pasado por algún tipo de escándalo vinculado a la corrupción. En ellos, un denominador común de la mayoría de los casos es “el ladrillo: si uno tira del hilo, la historia acaba en el constructor” (Lapiente, 2016, p. 63). Así, el trípede de la corrupción urbanística se conforma entre el político, el constructor/promotor urbanístico y el funcionario de la administración local encargado de la licitación pública o recalificación urbanística. Este tipo de tramas no es únicamente propia de España dentro de nuestro entorno. En Italia, hasta el 20% de las empresas italianas estarían siendo dirigidas por directivos vinculados al crimen organizado (Ferro Veiga, 2013, p. 20). Asimismo, la conexión entre corrupción política y urbanismo ha sido permanente en Italia. Hasta tal punto, que Silvio Berlusconi afirmó: “conozco bien el problema (...) Yo dejé de construir en Milán porque en Milán no se podía construir nada si no te presentabas con el cheque en la boca” (Brioschi, 2010, p. 25).

Hay otra serie de casos en España en la que la entidad implicada en la causa por corrupción es “semipública”. A esta tipología corres-

⁶ Por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 66/2009, de 23 de septiembre se declaró probado que un concejal del Ayuntamiento había empleado numerosas veces la tarjeta Visa que se le había entregado para gastos de representación en su propio beneficio, pagando con dinero público diversos cargos por servicios prestados en locales de masajes, de alterne o saunas. Ello revela una ausencia absoluta en el control del dinero público.

⁷ Faltan mecanismos de contrapeso en el régimen local para resistir a la presión de los alcaldes. Por ejemplo, los Secretarios de Ayuntamiento sufren presiones que perjudican seriamente la imparcialidad e integridad de los funcionarios (Lapiente, 2018, p. 265).

⁸ Un Tribunal que se ha caracterizado por su funcionamiento deficiente, lento, sesgado, altamente politizado y con grandes dosis de nepotismo (Santana Vega, 2017, p. 148).

ponde el caso Defex, pero, tristemente, hay muchos otros más⁹. En este caso, la Fiscalía Anticorrupción (Auto de la Audiencia Nacional 260/2014) de España está investigando la venta irregular de material de seguridad y defensa de la compañía española Defex (el 51% de su capital es público a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales) al Gobierno de Angola por el desvío de fondos en un contrato de 152 millones de euros para dotar de suministros y equipamiento a la Policía Nacional de Angola. En la investigación están implicadas hasta 27 personas por diversos delitos: corrupción de funcionario público extranjero, lavado de activos, falsedad de documentos, malversación de caudales públicos, delitos tributarios y apropiación indebida (Europa Press, 2018). El caso Defex también se proyecta hacia otras latitudes por hechos similares, entre otros, Egipto, Brasil, Camerún y Arabia Saudí.

Por ello, hay autores que han señalado al sector de la defensa, junto con urbanismo, como uno de los más conflictivos, ya que se produce una colaboración íntima entre lo privado y lo público que puede dar lugar a arbitrariedades y conflictos de interés que se materializan en cohechos y otros delitos. Algo muy plausible en el marco de fenómenos de puertas giratorias¹⁰. En palabras de Pérez Forniés (2011): “se establecen estrechas relaciones entre contratistas y burócratas civiles y militares de los ministerios de defensa correspondientes, es decir, tiene lugar lo que en economía denominamos una relación de agencia” (p. 165).

Así, debemos prestar atención a un amplio catálogo de conductas lesivas en ese contexto: sobrecostes en la contratación pública, clientelismo, puertas giratorias, opacidad en la negociación, selección de la

⁹ Metrored (Valencia); Servicio Cántabro de Salud; Caso À Punt; Caso del Lino; Caso El Musel/A ver la ballena; Gürtel/AENA; Caso Tabacalera y caso Canal de Isabel II.

¹⁰ Antes de contratar a una persona políticamente expuesta es conveniente que pase un tiempo de enfriamiento. Puede que exista conflicto de intereses o que se vulnere el periodo que obliga la ley para formar parte de una empresa con la que se tuvo contacto profesional. Pese a los graves escándalos políticos acontecidos en la última década en España, la Oficina de Conflicto de Intereses solo ha vetado a dos ex altos cargos del gobierno en un periodo de 10 años, mientras que, en el mismo período, 194 recibieron autorización para realizar actividades privadas con empresas cotizadas (Cerrillo I Martínez, 2017, p. 89).

oferta menos beneficiosa etc. Es importante considerar que en dicho sector acontece un mayor secretismo que en otros, pues al tratarse de un sector estratégico impera la confidencialidad (Lizcano Álvarez, 2013, p. 115), facilitando la impunidad ante la falta de transparencia. La rendición de cuentas en el sector de la seguridad y defensa es menor que en otros sectores públicos de contratación, lo que permite que, en situaciones de licitación pública, las compañías privadas realmente no cumplan con todos los servicios comprometidos en el contrato (Laborie Iglesias, 2010, p. 105).

Tampoco son esperanzadores los datos en cuanto al compromiso en este sector con los derechos humanos. A ello apunta Rosemann (2008, p. 21), pues en el desarrollo de su investigación examinó la página web de 235 compañías de seguridad privada, pudiendo concluir que tan solo 72 de ellas recogía un compromiso de la empresa con los valores y principios éticos y apenas 9 del total, incidían en la importancia del respeto a los derechos humanos.

Asimismo, en el caso particular español, existe un déficit de vigilancia parlamentaria sobre este sector y escasas investigaciones exhaustivas (El Mundo, 2016). Tampoco el fenómeno de las puertas giratorias parece que despierte un interés suficiente para prevenir riesgos en materia de conflictos de intereses, mediante la aplicación rigurosa de un régimen de incompatibilidades. A ello se suma el abuso del procedimiento negociado¹¹ sin publicidad, para la asignación de

¹¹ Según el artículo 1.11 apartado “D” de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, se entiende por contrato negociado: “Los procedimientos en los que los poderes adjudicadores consultan con los operadores económicos de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos”. Cuando, además, el proceso negociado es sin publicidad, se incrementan los riesgos en términos de *compliance*. Por lo que es muy importante observar qué personas participan en las negociaciones, si hay intereses económicos ocultos, vicios, vínculos políticos o familiares. También, prestar atención a si se realizan o reciben regalos u otro tipo de obsequios o dádivas. Igualmente hay que examinar si los precios están ajustados al mercado o, si, por el contrario, hay sobrecostes. Algunas cuestiones para merecedoras de estudio nos remiten al momento de firma del contrato y a la verificación final del cumplimiento. Por ejemplo, si los términos comprometidos en el contrato se han cumplido (calidades, plazos de entrega, prestación de informes etc.). Sin olvidar, inicialmente, que la ausencia de nego-

contrataciones públicas, que como bien sabemos, solo debe aplicarse en caso de excepcionalidad (El Diario, 2018). Por todo ello, Transparencia Internacional en 2015 (Transparencia Internacional, 2015) recomendaría al sector de la defensa y la seguridad en España, una mayor transparencia y capacitación de su personal civil y militar en la prevención anticorrupción. Además, se le instaría a colaborar con el Tribunal de Cuentas activamente¹². Esta, no es una situación problemática únicamente en España, el 70% de los gobiernos mundiales no logra buenos resultados a la hora de luchar de forma efectiva contra la corrupción en el sector de la defensa¹³.

La corrupción puede penetrar todo tipo de organizaciones. Tal es así, que entes fundamentales para la sociedad, incluso de marcado carácter humanista como las universidades, tampoco están exentas de la comisión delictiva en su seno. En España, el paradigmático caso “Cifuentes”¹⁴ ha sido también expresión de los males que corroen la universidad. Además, es habitual en las universidades encontrar

ciación durante el proceso transforma el acto administrativo en nulo. Vemos así, la importancia del Derecho administrativo a la hora de prevenir conductas que incrementan los riesgos de corrupción. En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra 52/2013, señaló que: “si hubiera habido ausencia de negociación, se habría omitido un trámite esencial del procedimiento negociado que conllevaría la nulidad de pleno derecho del mismo”. Del mismo modo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares (Acuerdo de 21 de julio de 2010), dictaminó que: “no consta que se haya producido ningún tipo de negociación con los candidatos, sino que simplemente se han valorado las ofertas presentadas de acuerdo con los criterios de adjudicación contenidos en el Pliego, como si se tratase de un procedimiento abierto (...) se ha omitido el trámite correspondiente a la negociación, esencial en este tipo de procedimiento” (Martín Alonso, 2014. Noticias Jurídicas).

¹² El Tribunal de Cuentas no ha recibido cerca de 230 contratos públicos que se adjudicaron en 2015 por valor de 295, 7 millones de euros, pese a que eran, como señala el Tribunal de Cuentas de remisión obligatoria (El Diario, 2018).

¹³ Transparencia Internacional (2013). Un 70% de los gobiernos fracasa en proteger contra la corrupción en el sector de la defensa.

¹⁴ En dicho caso, un alto cargo de la política madrileña supuestamente habría obtenido un máster de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid sin asistir a clase ni defender el Trabajo Fin de Máster (Público, 2018).

procesos poco transparentes en la selección y renovación del personal docente e investigador y otras muchas prácticas indebidas¹⁵.

Mientras que la forma más evidente de soborno en las organizaciones en sentido amplio es la entrega de dinero, en la universidad propiamente, el soborno intelectual es más sutil e imperceptible, pero igualmente, dañino. La cultura del favor y la devolución de estos. En este fenómeno podemos incluir conductas tales como: otorgamiento de becas, nombramiento de cargos de dirección, promesas de apoyo, ayudas para la acreditación ante organismos nacionales o autonómicos evaluadores de la calidad investigadora, ascensos, consecución de contratos, ayudas y subvenciones etc. La metodología en este tipo de entes responde a la lógica de “tú me das, yo te doy” (Utrilla Robles, 2015, p. 57).

Finalmente, hay que resaltar la falta de persecución de la corrupción trasnacional por parte del sistema judicial español. Si bien es cierto, como fin legítimo, que es de interés para España proteger los intereses de sus ciudadanos y empresas más allá del Estado español, con la finalidad de preservar la imagen de Estado democrático respetuoso con las normas internacionales y, en términos económicos concretos, con el objetivo de promover las exportaciones e incrementar el PIB y los niveles de inversión (Estrategia de Seguridad Nacional, 2017), no lo es la falta de persecución penal de nuestros ciudadanos y empresas por causas de corrupción en el extranjero. No es aceptable, de ningún modo, favorecer a nuestras empresas mirando hacia otro lado ante conductas criminales de nuestras empresas en el exterior, que se materializan en sobornos a funcionarios extranjeros¹⁶ a cambio de obra pública faraónica.

¹⁵ Cobro de honorarios indebidos, gasto injustificado de dietas, contratación de falsos profesores visitantes, entrega de diplomas de máster sin cumplir con la asistencia obligatoria al aula, tesis plagiadas, acoso sexual y laboral, precarización etc. (Penalva Buitrago, 2011; Serrano Gómez, 2015).

¹⁶ En febrero de 2017 se producía en España la primera condena de una persona física, no jurídica, por un caso de corrupción de funcionario público. En concreto, se trata de la condena mediante sentencia de conformidad, de dos directivos de Aplicaciones Pedagógicas y Comercialización Editorial (Apyce) por entregar 70.000 € al viceministro de educación de Guinea Ecuatorial (Sentencia Núm. 3/2017 (23 de febrero de 2017).

Dicho de otro modo, no puede existir pasividad de los organismos de persecución del delito contra las empresas españolas en sus actuaciones negligentes o criminales en el exterior¹⁷, bajo argumentos o subterfugios lingüísticos de que son empresas que crean riqueza para la nación, pues la estricta protección de los bienes jurídico-penales y de los derechos humanos¹⁸ debe ser el único criterio válido y legítimo en el análisis de estos casos. No se explica, como España con fuertes inversiones en América Latina (región con mayor riesgo de corrupción) no ha impulsado investigaciones penales contra empresas españolas¹⁹. Realidades normativas como la *Foreign Corrupt Practices Act* de los Estados Unidos, la *Bribery Act* del Reino Unido o la Ley francesa 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales en el extranjero, son experiencias que el legislador español debería tener muy presente.

2. REFORMAS DE CARÁCTER NORMATIVO

Aproximadamente desde el año 2007, año en el que se iniciaba la terrible crisis económica, España ha estado inmersa en continuos casos de corrupción que han copado los medios de comunicación españoles y las redes sociales hasta la más reciente actualidad. Estos numerosos casos, que implican a partidos de izquierdas y de derechas, han crispado a la sociedad civil. Esta, ha venido exigiendo desde ese momento regeneración democrática y reformas normativas importantes para evitar casos de la misma naturaleza en el futuro.

¹⁷ Como acertadamente se ha señalado desde Naciones Unidas (2005): “toda nación que proclame el imperio de la ley en su territorio debe respetarlo más allá de sus fronteras y toda nación que insista en el imperio de la ley en el extranjero debe respetarlo en su propio territorio”.

¹⁸ La corrupción propicia entornos favorables a la violación sistemática de los derechos humanos. En consecuencia, luchar contra la corrupción impulsa la consecución de objetivos orientados al logro de la seguridad humana y la protección de los derechos humanos (Ballesteros Sánchez, 2019b, pp. 262 ss; Eicher, 2009, p. 8).

¹⁹ Salvo contadas excepciones, por ejemplo, en octubre de 2019 la Audiencia Nacional ha imputado a la constructora española Fomento de Construcciones y Contratas (FCC) por pagar sobornos de más de 82 millones de euros para conseguir adjudicaciones de obra pública en Panamá y blanquear dinero.

Lo cierto es, que en estos años se ha observado en la élite funcional cierta arbitrariedad en sus decisiones (especialmente en la selección y promoción del funcionario) que expresan un elevado grado de nepotismo dentro de las instituciones. Así, el nepotismo supone un agravio al criterio objetivo que constituye la razón y el mérito en los procesos de selección y el acceso a la función pública. Entonces, mediante el nepotismo se incorpora a las administraciones públicas a familiares (Naciones Unidas, 2013, p. 53), amigos (Alonso, 2011, p. 31) y compañeros de partido político. En consecuencia, las conductas propias del nepotismo entorpecen el buen funcionamiento de las instituciones, socavando la objetividad, el profesionalismo y el mérito, conduciendo todo ello, al incremento del grado de discrecionalidad (Dopico Gómez-Aller, 2015, p. 279) y favoritismo en la toma de decisiones (Alonso, 2011, p. 32). En esta línea de pensamiento, Castro Moreno y Otero González (2016) afirman que:

[...] cuanto menor es la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto, el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya ha sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España (p. 18).

Además, hay otro factor que ha sido clave en la generación de crisis social. La impunidad. La sociedad ha percibido que la justicia no ha funcionado del todo bien contra las élites políticas, funcionariales²⁰ y económicas²¹. Ello se debe a dos factores; los indultos (García San

²⁰ Por ejemplo, en mayo de 2018 se ha condenado por un delito continuado contra el patrimonio en el ámbito militar a dos Teniente Coronales de Intendencia, por haber suministrado información privilegiada a empresas contratistas a cambio de dinero, obsequios, invitaciones a comidas, relojes de lujo, entradas para el palco del Santiago Bernabéu y la contratación de sus hijos. Las penas parecen realmente insignificantes para la gravedad de los hechos que se presentan, pues han sido condenados a dos años de prisión los militares, mientras que cada uno de los tres empresarios implicados abonará una multa de menos de 600 euros (El País, 2018).

²¹ La creación de normas a la medida de la élite política y económica se pone de manifiesto, por ejemplo, con la aprobación en 2012 del Real decreto-ley

Martín, 2015) y la lentitud de los procesos penales. Desde 1996 hasta abril de 2017 en España se han producido nada más y nada menos que 227 indultos a condenados por corrupción (CIVIO, 2018). Como bien señala Sanz Mulas, existe un claro sesgo en favor de políticos, y empresarios en la concesión de los indultos, pues: “mientras la tasa media de indultos es de 3 por cada 1000, cuando se trata de delitos de corrupción la proporción alcanza el 34% por cada 1000” (Sanz Mulas, 2016, pp. 250-251).

Hay que reformar la regulación del indulto para que, al igual que sucedía hasta 1988 para el ejercicio de la gracia de indulto, exista la obligación de motivar suficientemente todo indulto que se produzca. Por el contrario, la realidad presente de los indultos en España ha estado marcada por la opacidad (Doval Pais, 2017, p. 24).

Asimismo, el tiempo medio de los procesos penales por causas de corrupción, que suelen ser macroprocesos, se sitúa en cerca de 10 años (Dopico Gómez-Aller, 2015, p. 277), con la consiguiente incredulidad de la opinión pública, al observar, que no hay una respuesta inminente ante los graves casos de corrupción y que además, se les aplicará el atenuante de dilaciones indebidas (incluso como atenuante muy cualificado, lo que conlleva la reducción de la pena en hasta dos grados). Además, como bien ha señalado Dopico Gómez-Aller (2016), existe: “el pernicioso automatismo de las suspensiones de pena privativa de libertad” (p. 260). El número de aforados en España también es un problema. La cifra se dispara hasta los 18.000 (Sanz Mulas, 2016, p. 249) y ello supone un obstáculo para el enjuiciamiento ágil, pues las causas penales sufren retrasos y dilaciones que dificultan la labor judicial. Todos estos factores habrían propiciado un incremento de la percepción de la corrupción en España y elevado la desafección de los ciudadanos con las instituciones.

Teniendo presente todo lo anterior, en los últimos años se creó un clima favorable para la producción legislativa en el control de dichos fenómenos perniciosos. La creación de normas ha sido importante

12/2012, de 30 de marzo, según el cual, se introduce en el ordenamiento una serie de medidas orientadas a la reducción del déficit público, entre las que se incluye una amnistía fiscal que ha llevado a autores a calificarla de inconstitucional. Esta amnistía favorecía especialmente a los grandes defraudadores, esto es, élite (Souto, 2016, pp. 45-46).

en el ámbito penal. Sirva de ejemplo la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (31bis CP)²² con un catálogo amplio de delitos²³ y el delito de corrupción entre particulares (286 bis CP) con la LO 5/2010 o la creación del delito de financiación ile-

²² Este artículo del código reza lo siguiente: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

“a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

²³ Tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis.7 CP, que era el apartado 3 hasta la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional); trata de seres humanos (art. 177 bis.7 CP); prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis CP); descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197 quinquies CP); estafas (art. 251 bis CP); frustración de la ejecución (art. 258 ter CP); insolvencias punibles (art. 261 bis CP); daños informáticos (art. 264 quater CP); contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288 CP); blanqueo de capitales (art. 302.2 CP); financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis.5 CP); contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis CP); contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.5 CP); urbanización, construcción o edificación no autorizables (art. 319.4 CP); contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328 CP); relativos a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP); riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP); contra la salud pública (art. 366 CP); tráfico de drogas (art. 369 bis CP); falsificación de moneda (art. 386.5 CP); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP); cohecho (art. 427 bis CP); tráfico de influencias (art. 430 CP); malversación (nuevo ordinal 5º del art. 435 CP introducido por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional); delitos de odio y enaltecimiento (art. 510 bis CP); terrorismo (art. 585 bis CP, tras su incorporación); y, delito de contrabando (art. 2.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificada por la LO 6/2011).

gal de los partidos políticos en 2015 (304 bis y ter CP) en virtud de la LO 1/2015²⁴.

La introducción de la financiación ilegal es un paso adelante en la lucha contra la corrupción política, pero hay demasiadas sombras en la forma en la que se realizó la incorporación al código penal. Fue una incorporación precipitada, electoralista y realizada sin el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial (Preciado Doménech, 2015, p. 33). Además, técnicamente la regulación es defectuosa por distintos motivos. El principal motivo es que el código penal remite a través de una norma penal en blanco a la Ley 8/2007 de 4 de julio, en concreto al artículo 5.1 quedando, en consecuencia, fuera de persecución penal las conductas descritas en los artículos 4.3 y 4.4 de la citada ley. En palabras de Santana Vega (2017), han quedado fuera conductas tales como:

[...] las donaciones de personas físicas que, en ejercicio de una actividad económica o profesional, sean parte de un contrato vigente de los previstos en la legislación de contratos del sector público [...]; la asunción de gastos del partido por parte de terceros (montajes de carpas, fiestas, iluminación, escenario o comidas en mítines, etc.); las donaciones de créditos por parte de entidades de crédito (pp. 134-149).

Respecto a las penas, la reforma de 2015 realizó un incremento sustancial en delitos relacionados con la corrupción en las Administraciones Públicas (prevaricación administrativa, cohecho, tráfico de influencias, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, administración desleal y apropiación indebida). En particular, se produjo un aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público y se incluyó la imposición adicional de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (419, 420, 439, 440, 441 y 442 CP). Igualmente, se amplió el plazo de preinscripción en los siguientes delitos: prevaricación administrativa, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y

²⁴ Llama la atención que la figura del comiso ampliado no se contempla para delitos de los que habitualmente son sujetos activos los delincuentes de cuello blanco. Por ejemplo, financiación ilegal de partidos políticos; delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo; tráfico de influencias; negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios (Preciado Doménech, 2015, p. 33).

actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función, y prevaricación judicial (Preciado Doménech, 2015, p. 37).

Desde el punto de vista de la recuperación de activos²⁵ es oportuno mencionar que en la reforma al código penal en 2010 se introdujo la figura del comiso ampliado para actividades vinculadas a las organizaciones criminales y el delito de terrorismo. En 2015²⁶, se amplió el catálogo de delitos en los que podría aplicarse dicha figura²⁷. De este modo se extendió su aplicación a los siguientes delitos: a) trata de seres humanos; b) delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual, corrupción de menores, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; c) delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264; d) delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia e) insolvencias punibles; f) delitos contra la propiedad intelectual o industrial; g) delitos de corrupción en los negocios; h) receptación del apartado 2 del artículo 298; i) blanqueo de capitales; j) delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social; k) delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313; l) delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; m) delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373; n) delitos de falsificación de moneda; o) delitos de cohecho; p) delitos de malversación; q) delitos de terrorismo; r) delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal y s) los delitos contra la salud pública salvo los alimentarios (regulados en los artículos 363 a 367 CP) (Hava García, 2015, p. 216).

La reforma del año 2019 también recoge interesantes modificaciones en la lucha contra la corrupción y el fraude. Entre otras, se amplía el concepto de funcionario público (427, 431 y 435 CP); se introduce la responsabilidad de las personas jurídicas para el delito de malver-

²⁵ La L.O 5/2010 introdujo el art. 367 septies LECrim por la que se constituye la Oficina de Recuperación de Activos, con la consideración de Policía Judicial.

²⁶ La reforma de 2015 también amplió los supuestos de aplicación del decomiso sin condena (127 ter CP) e incorporó al código el decomiso por actividad delictiva continuada (127 quinquies y sexies CP).

²⁷ También se ha reducido el ámbito del tercero de buena fe no responsable del delito que adquiere bienes del delincuente. En concreto, se han establecido una serie de presunciones orientadas a dificultar que esa adquisición haya sido realizada de buena fe.

sación (435.5 CP); se modifica el delito de información privilegiada del artículo 285 ampliando las formas de comisión del hecho delictivo y se agrega una agravación de la pena cuando el sujeto activo sea empleado de una empresa de servicios de inversión, una entidad de crédito, una autoridad supervisora o reguladora, o una entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación; se incorpora el artículo 285 bis para tipificar la comunicación ilícita de información privilegiada cuando ponga en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores y se prevé que este delito sea imputable a las personas jurídicas y se transpone la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal.

La producción legislativa también ha sido intensa en otros ámbitos más allá del Derecho penal, en temáticas vinculadas especialmente a la corrupción como el buen gobierno, la transparencia, la rendición de cuentas y el conflicto de interés. Un buen ejemplo de ello es la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno²⁸. También Europa ha caminado en esta dirección, ya que el Parlamento Europeo ha aprobado en abril de 2019 la Directiva de Protección a los Denunciantes de Corrupción²⁹. Este es un hito especialmente importante, ya que los delatores en casos de corrupción sufren un auténtico calvario judicial y personal como revela la experiencia española. Podemos destacar

²⁸ La ley de transparencia tiene grandes ausencias. Entre otras, la obligación de que los partidos políticos realicen auditorías externas con carácter anual o la de consolidar cuentas incluyendo todos los niveles de la formación (nacional, regional y local), de tal forma que el partido sea una única realidad económico-financiera (Maroto Calatayud, 2015, p. 155).

²⁹ Dentro de España no hay una normativa única para la protección de los denunciantes de corrupción. Algunas Comunidades Autónomas, con mayor o menor acierto, han creado normas reguladoras en este ámbito, aunque con un alcance muy limitado. Este es el caso de Castilla y León, Comunidad Valenciana, Aragón e Islas Baleares. Otra experiencia positiva en este sentido es la del Ayuntamiento de Barcelona, que ha implementado desde su Oficina para la Transparencia y las Buenas Prácticas desde enero de 2017 un sistema para recibir denuncias de forma anónima y confidencial, a través de un Buzón Ético y de Buen Gobierno (Hay Derecho).

los casos de Ana Garrido (Gürtel), José Luis Peñas³⁰ (Gürtel) Roberto Macías (ERE Andalucía), Cristobal Cantos (Invercaria), Azahara Peralta (Acuamed).

Igualmente, las Comunidades Autónomas se han visto afectadas por múltiples casos de corrupción (especialmente en urbanismo y contratación pública³¹), lo que ha incentivado la producción normativa para la prevención de tal fenómeno corrosivo que ha deslegitimado a las instituciones regionales. En particular, podemos señalar la siguiente normativa autonómica:

Tabla No. 1.
Normativa autonómica sobre buen gobierno y transparencia en España

Autonomía	Número	Nombre
Cantabria	Ley de Cantabria 1/2008	Ley de Conflictos de Intereses.
Andalucía	Ley 1/2014, de 24 de junio	Ley de Transparencia Pública de Andalucía.
País Vasco	Proyecto de Ley de Transparencia, Participación ciudadana y Buen Gobierno 2017. Ley 2/2016, de 7 de abril.	Ley de Instituciones Locales de Euskadi (Título VI. Gobierno abierto. Transparencia, datos abiertos y participación ciudadana).

³⁰ José Luis Peñas fue condenado a prisión con pena de cuatro años y nueve meses por la Audiencia Nacional (Sentencia 20/2018 (17 de mayo de 2018)).

³¹ En la contratación pública se han identificado una serie de conductas que deben ser interpretadas en clave público-privada de cumplimiento para prevenir conductas delictivas. Entre las conductas que despiertan interés se puede señalar: falta de publicación y ausencia de transparencia; abuso del procedimiento negociado sin publicidad; fraccionamiento de contratos; abuso del procedimiento de urgencia y de emergencia; adjudicaciones directas; elaboración de pliegos de contratación a medida; falta de control y supervisión sobre la ejecución de los contratos; conflictos de intereses; falta de identificación de situaciones de colusión; aceptación de sobrecostos injustificados. Sirva de ejemplo sobre el fenómeno del fraccionamiento de contratos para propiciar las adjudicaciones a dedo la STS 343/2018 (10 de julio de 2018). Desde el Ayuntamiento de Castro Urdiales se fraccionaban contratos de forma tal que se “siguió adjudicando a TRAPUR, S.L. los servicios de desratización de forma fraccionada, por sectores, calles o edificios públicos, y de este modo las facturas no sobrepasaban nunca la cuantía de 12.000 euros”.

Autonomía	Número	Nombre
La Rioja	Ley 3/2014, de 11 de septiembre	Ley de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja.
Balears	Ley 4/2011, de 31 de marzo	Ley de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.
	Ley 16/2016, de 9 de diciembre	Ley de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears.
Extremadura	Ley 4/2013 de 21 de mayo	Ley de Gobierno Abierto
	Ley 18/2015, de 23 de diciembre	Ley de cuentas abiertas para la Administración Pública Extremeña.
Galicia	Ley 1/2016, de 18 de enero	Ley de transparencia y buen gobierno.
Aragón	Ley 8/2015, de 25 de marzo	Ley de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.
Castilla y León	Ley 3/2015, de 4 de marzo	Ley de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León.
	Ley 2/2016, de 11 de noviembre	Ley por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes.
Navarra	Ley Gobierno 11/2012, de 21 de junio	Ley de la Transparencia y del Gobierno Abierto.
	Ley Foral 5/2016, de 28 de abril Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo	Ley de modificación de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto. Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

Autonomía	Número	Nombre
Madrid	Ley 10/2019, de 10 de abril	Ley de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid.
Asturias	Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre	Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.
Canarias	Ley 12/2014, de 26 de diciembre	Ley de transparencia y de acceso a la información pública.
Cataluña	Ley 19/2014, de 29 de diciembre	Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
Valencia	Ley 2/2015, de 2 de abril	Ley de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana
Murcia	Ley 12/2014, de 16 de diciembre	Ley de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
Castilla-La Mancha	Ley 4/2016, de 15 de diciembre	Ley 4/2016, de 15 de diciembre

Fuente: Elaboración propia.

Como hemos podido observar la creación normativa en los últimos años ha sido bastante importante en todos los niveles. La reciente aparición de esta normativa no nos permite aún realizar un juicio de valor sólido sobre la mejora del funcionamiento de las administraciones ni sobre la reducción de casos de corrupción. En principio, debemos valorar de forma positiva la creación de las citadas normas, si bien es cierto, que las mismas tienen margen de mejora en cuanto al grado de seguimiento y la capacidad sancionadora de la Administración ante la infracción de ellas. Si dichas leyes no vienen acompañadas de apoyo presupuestario, quedarán en papel mojado. Igualmente, es muy evidente que el delito de financiación ilegal debe ser reformado si pretende, realmente, sancionar integralmente conductas irregulares de los partidos políticos en cuanto a su financiación. Por último, hay que promover que existan condiciones óptimas de protección para los delatores en causas por corrupción y, además, abrir el debate sobre

la conveniencia o no, de la delación remunerada (Amoedo Barreiro, 2017, p. 8) en este tipo de causas.

3. LA REFORMA DEL DISEÑO Y DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LA CORRUPCIÓN

El examen de la corrupción en España permite afirmar que determinadas instituciones deben ser reformadas ante la ineficacia de estas para prevenir o detectar conductas indebidas en su seno. Tal y como ha señalado Villoria Mendieta (2018): “cambiar instituciones exige cambiar los equilibrios de poder, modificar las asimetrías existentes. No es sencillo que el cambio surja desde los que disfrutan del statu quo” (p. 195). En consecuencia, es imprescindible considerar los recientes estudios vinculados al cumplimiento normativo público (*public compliance*) para reestructurar las instituciones y los procesos que en ella acontecen para lograr un funcionamiento más eficiente en cuanto a la legalidad y la ética en las administraciones públicas.

Por ejemplo, dentro de las entidades públicas en las que acontecen anomalías en su funcionamiento, una particular mención merece el Tribunal de Cuentas, pues debería ser esta una institución clave en el control de los partidos políticos. Como ha señalado Jiménez Asensio (2017), al mencionado tribunal se le atribuyen:

[...] escándalos de nepotismo y clientelismo en la provisión de puestos de responsabilidad en la institución [...] lo más grave es que ha habido varios pronunciamientos del Tribunal Supremo que han sacado los colores a la institución, hasta el punto de que, dada la reiteración de estas malas prácticas, ha impuesto multas por no rectificarlas que deberemos pagar los ciudadanos. (p. 158).

En consecuencia, hay que señalar que las reformas institucionales deben ir orientadas a la despolitización de las instituciones públicas³²,

³² La politización también alcanza a los altos tribunales españoles. Además de condiciones inidóneas para garantizar la independencia judicial (falta de autonomía, de presupuesto propio etc.), en virtud de la Ley Orgánica 12/2011, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (aprobada por el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Espa-

pues este, es un problema que ha sido detectado por diversos autores. En España, este problema es más profundo y extenso que en otros países que presentan unos niveles de corrupción menores, como es el caso de Noruega, Irlanda, Dinamarca o Suecia. Por ello, no duda Lapuente al señalar que la expansión de la politización en la administración pública abarca en el caso español el nombramiento de directores de hasta el segundo nivel del sector público, cosa que no sucede en los citados países (Lapuente, 2016, p. 63). Lo que probablemente se deba a que: “por las características de nuestro diseño institucional, los políticos tienen más presencia en la administración que otros países” (Lapuente, 2016, p. 46).

Teniendo en cuenta tal creencia es fundamental, como medida de transparencia, introducir en el debate anticorrupción³³ el rediseño del sector público. Asimismo, es importante repensar el nombramiento de los cargos de libre designación para evitar el deterioro de la función pública por interferencias partidistas e interesadas de los políticos. Si las instituciones responden al interés de los partidos y no de los ciudadanos, nos encontraríamos en un escenario de instituciones “capturadas”³⁴ y, a la vez, se favorecería el distanciamiento entre la sociedad y la clase política como ya sucede (Lapuente, 2018, p. 257).

Por el contrario, las cifras sobre corrupción en los niveles inferiores de la Administración Pública son positivas, situando a España por debajo de la media de la Unión Europea y en cifras similares a países como Alemania, Suiza, Noruega y Finlandia (Villoria Mendieta, 2013, p. 137). En efecto, los cargos de menor nivel dentro del funcionariado son los de menor politización, por tanto, la reforma institucional en dichos niveles no sería prioritaria.

ñol), se computa la antigüedad de los años en política de los jueces y magistrados como tiempo efectivo dentro de la carrera judicial, lo que facilita que estos jueces y magistrados puedan acceder al Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (Preciado Doménech, 2015, p. 33).

³³ Igualmente hay que señalar que se produce un limitado y sesgado debate en los medios de comunicación (2017, p. 20).

³⁴ Captura regulatoria es un término acuñado por Stigler en 1971 para señalar situaciones en la que los agentes afectados por una regulación se organizan para presionar al organismo legislador o supervisor para que actúe en su favor (creando normas menos desfavorables o siendo menos estricto en el cumplimiento de estas) (Llobet, 2018, p. 122).

La reforma institucional en la alta administración debe orientarse a la mejora del rendimiento de los mecanismos de control y supervisión. En particular, hay una serie de factores que han sido estudiados por Klitgaard y que son claves a la hora de mejorar la lucha contra la corrupción. El diseño institucional debe evitar situaciones de monopolio y arbitrariedad, debiendo, además, propiciar la transparencia de forma transversal a la función pública (Klitgaard, 1994, pp. 10 y ss.). En otro caso, la falta de transparencia propicia un mayor clima de opacidad³⁵ y desconfianza que se propaga.

En palabras de Rosanvallon (2012), la desconfianza “produce una mezcla de resentimiento generalizado y de pérdida simultánea de civismo” (p. 334), que tiene consecuencia sobre nuevos incumplimientos³⁶, ya que, como afirma Turégano (2013): “cuando existe una sensación generalizada de que muchos sortean las reglas o utilizan las instituciones en provecho propio se produce una tendencia a la desobediencia” (pp. 66-67). Por tanto, en términos de prevención de la corrupción en las administraciones públicas sería deseable propiciar estructuras institucionales y sistemas normativos que favorezcan la conformación de climas basados en la confianza, la transparencia y el gobierno abierto. Las administraciones de cristal favorecen el control ciudadano, lo que repercute positivamente en los niveles de confianza.

Es muy posible que España, al igual que otros países de su entorno sociopolítico como Italia, Portugal, Grecia, etc., se encuentre frente a un escenario de “crisis de la cultura de legalidad”³⁷, en la que los ciudadanos creen que las normas, las leyes, solo deben ser respetadas por quienes no tengan otra posibilidad. Esto explicaría, la percepción de que existen grandes espacios para la corrupción en la Política³⁸, la

³⁵ En palabras de Jiménez Franco (2017): “la información es poder y el poder se resiste a compartirla” (p. 196).

³⁶ En efecto, en la medida que se incrementa la percepción de prácticas corruptas “aumenta la percepción de la permisividad, lo cual incentiva a otros a realizar actos de corrupción” (Salinas Jiménez & Salinas Jiménez, 2017, p. 32).

³⁷ El término de cultura de la legalidad se empleó por primera vez en 1975 por Lawrence Friedman, en su obra “*The legal system a social science perspective*” (Morán Calvo-Sotelo, 2014, p. 163).

³⁸ Algunos casos son: Púnica, Leso, Acuamed, Noós, Andratx, Arena, Auditorio, Baltar, Biblioteca, Bitel, Bon Sec, Bonsáis, Brugal, Caballo de Troya, Camp, Cam-

Administración³⁹ y la forma de realizar negocios (corrupción entre particulares). Pero lo más grave es que corremos el riesgo de que la comunidad eleve las infracciones de la ley a “la categoría de principio, a meta a conseguir por los más “listos” (Herrero Herrero, 2017, p. 375). La conformación de una cultura ciudadana de legalidad exige la sincronización de los distintos órdenes de convivencia; legal, moral y social (Güemes, 2018, p. 6).

Los datos del Eurobarómetro de diciembre de 2017 señalan que, mientras el 72% de los ciudadanos de la Unión Europea consideran que la corrupción está muy extendida, en España esta cifra alcanza hasta el 89% (Comisión Europea, 2018). Igualmente, las empresas europeas consideran en un 34% de media, que la corrupción afecta a la hora de realizar negocios, mientras que en España esta cifra se eleva hasta el 44%.

Pero especialmente son altas las cifras españolas cuando se habla de corrupción de los políticos y los partidos políticos, ya que, alcanzan valores tan altos como el 78% y 80% respectivamente, mientras que la media de la UE se encuentra en 53% y 56% (Comisión Europea, 2018). Por lo tanto, podemos concluir que la percepción de los españoles es a todas luces más negativa que la del resto de sus socios de la UE, lo que indica que deben intensificarse los esfuerzos en la represión y prevención del delito, tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, incluyendo, medidas de control y supervisión en las administraciones públicas.

peón, Carioca, Carmelitas, Castellano, Catis, Ciudad del Golf, Del Lino, El Roblecillo, Emarsa, Eólico de Canarias, Faycán, Futur, Funeraria, Guateque, Ibaturo, Imelsa, Inestur, Lasarte, Liber, Madeja, Marchelo, Mercamadrid, Naseiro, Nuevo Cartagho, Ópera, Orquesta, Over Marketing, Palma Arena, Patos, Piscina, Pokémon, Porto, Rasputin, Scala, Taula, Terra Natura Benidor, Torres de Calatrava, Torreveja, Totem, Troya, Túnel de Sóller, Turismo Joven, Umbra, Uniformes, Zeta, Parques Eólicos.

³⁹ En 2013, el 40% de los municipios de Canarias estaban envueltos en casos vinculados a la corrupción política o funcional. Igualmente, en la Comunidad Autónoma de Murcia, hasta el 5 de mayo de 2016, estaban investigados 35 ayuntamientos de un total de 45. Durante la anterior legislatura, el Partido Popular tenía imputados al 20% de sus representantes en las Cortes Valencianas (García Navarro, 2016, p. 117; Villoria Mendieta, 2013, p. 138; Gutiérrez Pérez, 2018, p. 127).

Si queremos reformar las instituciones, lo primero que tenemos que tener claro es que no podemos hacerlo solo teniendo en mente el Derecho penal. De acuerdo, con Villorieta Mendieta (2018) al señalar que:

[q]uien diseña instituciones debe ser capaz de integrar en su trabajo conocimientos de ciencia política, sociología, economía, ciencias del comportamiento y organizacionales, etc. Además, debe conocer desde elementos físicos del terreno y condiciones materiales específicas a los atributos de la comunidad donde actúa, por ejemplo, su cultura, pasando por las relaciones de poder existentes (p. 193).

En materia de anticorrupción y atendiendo a la teoría de la oportunidad y la ausencia de controles, se han venido señalando en los últimos años algunas buenas prácticas para prevenir la corrupción, que son extrapolables para la prevención de otras conductas delictivas. Debemos experimentar con el principio de “cuatro ojos”, según el cual, varias personas tienen capacidad de observar los procesos o actividades (Ballesteros Sánchez, 2019a, p. 255). También, es interesante complementarlo con medidas de rotación de personal entre otras (Nieto Martín, 2013, p. 112). De este modo, evitamos situaciones de micropoder en el que un funcionario/empleo tiene plena capacidad de decisión y de ejecución sobre conductas potencialmente riesgosas, sin que nadie ejerza supervisión. Por ello, hay que segregar las funciones de decisión, ejecución y control. Uno de los males que ha caracterizado a la administración pública española es la rigidez (Lapuente, 2018, p. 263).

De forma estructurada debemos señalar que hay una serie de elementos que determinan el funcionamiento de una organización y que debemos tener presente a la hora de abordar el diseño institucional desde una perspectiva preventiva del delito. Estos son:

Factores ambientales: Existe un permanente contacto entre los individuos que componen la organización que, además, pueden conformar subsistemas dentro de la entidad. La organización se configura como un sistema abierto por lo que interacciona con su entorno (Del Cerro, 1991, pp. 172-174).

Recursos humanos y materiales: La organización se conforma con personas (capital humano), pero también con recursos materiales

(bienes inmuebles, material tecnológico, maquinaria, vehículos etc.), al que podemos agregar, los activos intangibles, la reputación.

Factores históricos: Los hechos que han acontecido en el pasado dentro de la organización, influyen en el presente y se proyectan hacia el futuro. Las experiencias y los resultados de ellas se trasladan dentro de la organización por medios formales e informales. Por ejemplo, si en la organización han acontecido delitos o irregularidades administrativas y no ha supuesto ninguna sanción o condena es algo que influye en el comportamiento futuro de los individuos.

Elementos estratégicos: Guardan relación con los objetivos, metas y propósitos que persigue la organización y con las medidas o acciones que se toman para poder conseguirlos, por ejemplo, la utilización de un determinado modelo de negocio o de gestión (Naciones Unidas, 2013, p. 12), los planes de acción o la tolerancia al riesgo.

Elementos normativos: Entender que papel desempeñan en el comportamiento humano de los trabajadores los códigos éticos y de buen gobierno, los reglamentos, las políticas, los manuales de actuación y los protocolos de la organización. Si existe, complacencia con ellos, si no son seguidos o si ni siquiera existe, etc. Es importante valorar el grado de seguimiento de dicha reglamentación, haciendo un histórico de los incumplimientos, y la causa y responsables de ellos. De este modo, se retroalimenta el conocimiento de la organización para prevenir conflictos futuros. En efecto, hay que advertir si existe una erosión normativa (Sieber, 2013, p. 96).

Factores anímicos: Es importante conocer cómo son las relaciones entre los propios individuos y su relación con los apicales de la organización. Visibilizar que sentimientos y conductas predominan en la organización: rabia, violencia, competitividad, amistad, individualismo, trabajo en equipo, desaprobación, felicidad, satisfacción, ego-centrismo, sentimiento de pertenencia al grupo, hostigamiento, acoso, apatía, desesperación, agotamiento etc.

Liderazgo: Las personas que lideran una organización tienen la capacidad de impregnar a los miembros de ésta de los valores y principios que la organización desea proyectar. Por ello, la selección de un líder acorde con los objetivos, valores y misiones de la organización se convierte en elemental y estratégico en las instituciones. En la medida que el líder esté politizado (por ejemplo, cargo de libre designación)

el funcionamiento de la administración se orienta a satisfacer los intereses del partido y no de la sociedad civil en su conjunto. Igualmente, un líder sin ética enturbia el clima laboral.

En consonancia con lo expuesto, sería necesario impulsar el *compliance* público en las administraciones españolas. El esfuerzo por mejorar la ética y la transparencia en las administraciones públicas debe canalizarse a través de los programas de cumplimiento público, pues desde esta línea de actuación se pueden mejorar cada uno de los procesos que tienen lugar en las organizaciones. La visión anacrónica del funcionario automático que simplemente cumple la legalidad es insuficiente (Nieto Martín, 2013, p. 112), pues el funcionario se encuentra ante situaciones complejas donde el contenido de las normas (administrativas y penales) no es suficiente para orientar su conducta por falta de concreción o vaguedad en la redacción de las mismas. Además, la regulación que guía a la función pública es en buena medida común a todos los cuerpos, por lo que las normas no atienden a la singularidad y particularidad de cada una de las administraciones y puestos laborales que existen en la Administración. La percepción del funcionario como “automata” está superada (Villoría Mendieta, 2009, p. 523).

Asimismo, hay que señalar que la contribución de los funcionarios en la redacción de los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas ha sido muy reducida, por tanto, son normas que emanan desde arriba, lo que provocaría que el seguimiento de las mismas sea menor, en tanto en cuanto, es una regulación que no nace desde la convicción y participación de las bases. Por ello, el refuerzo de las creencias éticas es una cuestión fundamental⁴⁰. En definitiva, las normas generales no son suficientes (Nieto Martín, 2013, p. 112). Dotar de principios éticos al funcionario a través de jornadas de capacitación agregará valor a la función pública, en tanto en cuanto, mejora el desarrollo moral (integridad y honestidad) de estos (Díez Getino & Torija Herrero, 2016, p. 4). En caso contrario, corremos el riesgo de que la corrupción se asiente de forma definitiva, pues la corrupción

⁴⁰ En Italia, en virtud de la ley anticorrupción, ley del 6 de noviembre de 2012, n. 190 (párrafo 11) se contempla la necesidad de impartir formación y capacitación a los funcionarios sobre cuestiones de legalidad y ética, especialmente, a aquellos que desempeñen su labor en sectores que tradicionalmente se vinculan a la corrupción.

no es únicamente peligrosa por los daños económicos que causa, sino por ser un fenómeno que destruye la conciencia (Utrilla Robles, 2015, p. 129) y reordena la forma de pensar de individuos y colectivos⁴¹, echando raíces y consolidando la falta de integridad y ética como norma de conducta general. En ese entorno, la desconfianza se volverá sistémica (Ausín Díez, 2015, p. 31) y dará lugar a una sociedad anómica (Kennedy, 2016, p. 138).

El diseño y tradicional funcionamiento de las Administraciones Públicas ha sido incapaz de detectar y denunciar las irregularidades de partidos políticos y funcionarios. Este mensaje de incapacidad ha calado en la sociedad y ha puesto de manifiesto la carencia de medios de control efectivos dentro del sector público. Si los graves casos de delincuencia corporativa impulsaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la implementación de programas de cumplimiento normativo, los defectuosos sistemas de control en las administraciones deben llevarnos a pensar la idoneidad del *public compliance* para la mejora de la cultura de legalidad y ética en su seno y para la elevación de los estándares de control. De este modo, no habría una asimetría regulatoria entre los deberes de diligente gestión en lo público y lo privado (Nieto Martín, 2014, p. 17).

La incorporación del *compliance* al sector público supera a la simple correlación que se produce en el sector privado entre *compliance* y evitación de la responsabilidad penal del ente, pues en el sector público la implementación de estas medidas refuerza la cultura de legalidad y ética, a la vez que disminuyen las oportunidades delictivas desde el entendimiento criminológico de la organización, de los funcionarios y de terceros que interactúan con ellos (políticos, ciudadanos, empresas, etc.). Por tanto, el cumplimiento normativo público no es herramienta que se implementa para evitar la responsabilidad penal, sino que busca, desde la prevención, mejorar el rendimiento de los mecanismos de control de las administraciones, hasta ahora, insuficientes. Los mapas de riesgos, los canales de denuncia, la formación ética y la estricta regulación del conflicto de interés (entre otros factores) no deben ser

⁴¹ Conforme a los procesos de comparación social, los individuos se guían por las señales del resto de personas para saber cómo pensar y actuar (Connolly & Aberg, 1993, p. 58).

cuestiones ajenas a la labor del empleado de la administración pública en su función diaria⁴².

La reforma sistemática del código penal (incremento de penas y delitos), no soluciona los problemas de diseño y funcionamiento institucional. Necesitamos enriquecer la respuesta ante la corrupción aplicando soluciones de carácter interdisciplinar que superan el ámbito penal (Queralt Jiménez, 2016, pp. 95 y ss). El alcance de las normas penales es limitado (Dopico Gómez-Aller, 2015, p. 256). Asimismo, consideramos que en estos momentos es necesario la regeneración de nuestras instituciones ante el agotamiento percibido (Villoria Mendieta, 2018, p. 200) y en pro de hacerlas más accesibles, transparentes y eficientes en la gestión de riesgos legales. Ello, sin duda, implica una mejor rendición de cuentas ante la ciudadanía, que ya no debe ser entendida como un simple sujeto pasivo, sino como un *stakeholders* activo que exige instituciones sometidas al interés general y no al de los partidos políticos que han capturado su funcionamiento con la designación de cargos de confianza en el más alto nivel de estas. Reducir los espacios de arbitrariedad, discrecionalidad y poder monopolístico es nuclear en la lucha contra la corrupción (Díez Getino & Torija Herrero, 2016, p. 4), ello guarda relación con la mejora del buen gobierno. Estas cuestiones están directamente vinculadas con el Gobierno Abierto y el *compliance* público.

En definitiva, el funcionamiento y la cultura organizacional están influenciados por una serie de factores y elementos que interactúan entre sí. Por ello, el diseño institucional debe realizarse desde el entendimiento de estos factores, para así, mejorar la prevención de irregularidades e ilícitos en su seno, siendo los programas de cumplimiento públicos (*public compliance*) el máximo exponente de la conformación de una cultura organizacional con base en la legalidad, la ética y la honestidad.

⁴² Muchas otras cuestiones deben ser analizadas y repensadas. Los procesos de contratación pública, la capacidad sancionadora del Tribunal de Cuentas, el acceso a la información por parte de los ciudadanos, la capacidad de influencia de los lobbys, el límite a la designación de cargos de confianza, el abuso del indulto y del aforamiento, las políticas de aceptación de regalos de cortesía e invitaciones a espectáculos o viajes etc.

Por consiguiente, mediante el refuerzo de los principios y valores de la entidad, es decir, su cultura organizacional, se puede lograr cierta eficacia respecto a las causas y los síntomas del delito (Ballesteros Sánchez, 2016, p. 245). Por todas estas razones, debemos defender la promoción de una cultura anticorrupción en lo público y lo privado a través del seguimiento de normas internacionales de *compliance* como la ISO 37001 antisoborno. Quizás, así como señalara el ex presidente de Colombia Julio César Turbay de forma pesimista, podamos “llevar la corrupción a sus justas proporciones” (BBC, 2005).

4. DESMANTELAMIENTO DEL ESTADO DEL BIENESTAR Y ESCASEZ DE MEDIOS EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA SOCIOECONÓMICA

Sin ánimo exhaustivo se quiere abordar en este apartado el permanente recorte del Estado del Bienestar en España desde el inicio de la larga crisis económica iniciada en 2007 y de la que aún se sienten sus consecuencias. El funcionamiento de las administraciones se ha visto deteriorado, la desafección de la ciudadanía con los partidos políticos ha sido una constante y, además, los graves casos de fraude y corrupción han crispado aún más a una sociedad que ha convivido con altas tasas de desempleo demasiado tiempo. Según los datos de la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en su informe de 2019, en España, en el año 2018 un total de 12.188.288 personas (26,1 % de la población española) está en Riesgo de Pobreza y/o Exclusión Social.

En cuanto al recorte del Estado del Bienestar los datos también son bastantes contundentes. Sirva de ejemplo el dato que ofrece Comisiones Obreras, según sus estudios, el recorte en gastos sociales en España entre 2009 y 2014 asciende a 78.164 millones de euros, el equivalente al 8% del PIB. Dos de los sectores que peor parados salen son precisamente prioritarios para los españoles. Educación y salud. Entre los dos sectores se han gastado 18.400 millones de euros menos en 2014 que en 2009 (Comisiones Obreras, 2016).

Conforme a los datos del Instituto Nacional de Estadística el número de suicidios se ha incrementado un 20% desde el inicio de la crisis (El Mundo, 2016). Se evidencia, por tanto, una correlación (no

causalidad) entre crisis económica e incremento del número de suicidios (periodo 2007-2014). Sin embargo, según el estudio: *Determinants socials i econòmics de la salut. Efectes de la crisi econòmica en la salut de la població de Catalunya* (p. 66) realizado por la Generalitat de Cataluña en septiembre de 2014 se impulsa la hipótesis que afirma que el número de ingresos en centros hospitalarios por intento de suicidio han crecido en Cataluña debido a la crisis económica, al igual que han aumentado los problemas de salud mental, especialmente en las personas desempleadas y, además, se ha disparado el consumo de tabaco en los hombres que llevan en paro más de un año.

En lo que quiere incidirse es en el drama que ha supuesto la crisis económica y el recorte permanente del Estado del bienestar⁴³ que en buena medida se provoca por el fraude fiscal y la corrupción. Por ejemplo, la economía sumergida en España alcanza los 80.000 millones de euros al año, lo que supone un 25% del PIB. Sin embargo, la economía sumergida en potencias vecinas como Alemania o Reino Unido apenas supone el 12% y 11,1% de su PIB respectivo. Además, el fraude fiscal asciende en España hasta los 26.000 millones de euros (20 minutos, 2019). Son recursos que son necesarios para el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y la prestación de servicios sociales de calidad.

En efecto, la crisis económica tuvo consecuencias sobre el funcionamiento de nuestras instituciones en sentido amplio, pero también sobre las encargadas de perseguir la delincuencia. Se han producido recortes sucesivos en el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que han perdido, desde 2011 hasta la actualidad 12.400 plazas (El País, 2017), pero también el deterioro de otros cuerpos fundamentales en la represión de la delincuencia empresarial y socioeconómica (Otero González, 2017, p. 248).

Contamos con 3.000 inspectores de Hacienda menos que en 2009 (El País, 2017). Mientras que en España la Administración Tributaria

⁴³ Las protestas sociales por el recorte del Estado del Bienestar se han venido produciendo en multitud de territorios desde el inicio de la crisis financiera global, desde el 15 M en España, hasta las más recientes en Colombia, Ecuador, Chile y Francia. Desigualdad, corrupción, limitadas inversiones en educación y sanidad públicas, recortes de las pensiones y los privilegios de las élites económicas y políticas han sido el germen de las protestas y la desafección política.

cuenta con un empleado por cada 2.836 ciudadanos, la media en Europa está en 1.185 (Extraconfidencial, 2019). No se entiende la falta de inversión en Inspectores de Hacienda cuando la Agencia Tributaria recauda 10,6 euros por cada euro invertido en la lucha contra el fraude. Para el Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda (Gestha) en la actualidad hacen falta 20.000 efectivos (Expansión).

También debemos citar al personal de vigilancias de las aduanas, pues estos, realizan una labor fundamental en la lucha contra el delito fiscal, el blanqueo de capitales y el narcotráfico. España dispone de la mitad de los funcionarios en esta categoría que otros países de su entorno como Francia y Alemania (APIE, 2018). Para todo el territorio nacional apenas son unos 1.800. Igualmente, dramáticas son las cifras de la Inspección de Trabajo en comunidades como Galicia, donde se ha reducido su plantilla en un 10% o que, mientras de media en la Unión Europea hay un inspector por cada 7.300 personas, en Madrid lo hay por cada 17.338 o en Navarra por cada 16.312 (La Opinión A Coruña, 2018).

La media de jueces y fiscales en España es casi la mitad que la media de la Unión Europea (12 jueces por cada 100.000 habitantes, frente a la media UE de 21 y 5 fiscales en España frente a los de 11 de media en la UE) (La Información, 2017). Además, la saturación del sistema judicial español ha sido notable. No se han producido inversiones sustanciales para aliviar la carga de trabajo del personal de la Administración de Justicia. Sirva de ejemplo señalar que en 2015, según el Consejo General del Poder Judicial, en el 43,53% de los órganos judiciales de España la carga de trabajo superaba el 150% (Preciado Doménech, 2015, p. 37). Muchas otras deficiencias también acontecen: falta de instalaciones adecuadas; politización del Consejo General del Poder Judicial; déficit de personal; necesidades de asignación a los órganos judiciales de unidades de policía judicial y expertos en contabilidad y tributación; mejoras efectivas en la digitalización de la justicia; etc. De este modo, tan gráfico, se facilita tanto la delincuencia de las personas físicas y el asentamiento de la delincuencia organizada (Sansó-Rubert Pascual & Giménez-Salinas Framis, 2014, p. 143), como la delincuencia empresarial.

En suma, el atendimiento de los argumentos expuestos y las necesidades planteadas redundará en una mejora de nuestra calidad

democrática y del funcionamiento de nuestras instituciones públicas. Asimismo, la confianza de los ciudadanos en cuanto a la percepción de seguridad y de confiabilidad en nuestras instituciones será más positiva, lo que provoca una reducción de la conflictividad social y un efecto llamada a los inversores. Si España quiere seguir disfrutando de altos niveles de desarrollo y una democracia plena debe afrontar la lucha contra la corrupción más pronto que tarde. La convivencia pacífica y el Estado del bienestar así lo exigen. En otro caso, no le faltará razón a aquellos que califican a las democracias con evidentes síntomas de corrupción como democracias “devaluadas” (Fernández Ortiz De Zárate, 2016, pp. 50-51) o aquellas sometidas al interés de los partidos políticos como “partitocracias” (Santana Vega, 2017, p. 149).

5. CONSIDERACIONES FINALES

La agenda política, mediática y judicial de la última década en España ha venido caracterizada por la existencia de graves casos de corrupción que se ubican en la élite política y económica del país, revelando, a su vez, fallas importantes en las instituciones públicas que tienen funciones de prevención y reacción frente a la corrupción. Afortunadamente, la corrupción funcional se ha presentado únicamente en niveles jerárquicos elevados, por lo que España no presenta una corrupción sistémica. Sin embargo, es necesario repensar el funcionamiento de nuestras instituciones para dotarlas de mejores herramientas que disuadan o detecten la corrupción, incluyendo, a los partidos políticos y sus deficitarios mecanismos de buena gobernanza y *compliance* penal.

Asimismo, los últimos años han sido especialmente proliferos en la creación normativa orientada a la mejora del código penal y de las Comunidades Autónomas en la lucha contra la corrupción. Cuestiones como el buen gobierno, el conflicto de interés y la transparencia han sido impulsadas, por lo que debemos valorar positivamente dichas acciones, aun siendo conscientes que el alcance y la aplicación de dichas normas aún está por examinarse habida cuenta que son experiencias normativas muy recientes. La lentitud de la justicia, la benevolencia de los tribunales en este tipo de causas y los indultos

son factores sobre los que debe trabajarse de forma decidida, pues su existencia ha sido clave en el análisis del caso español.

La mejora de nuestras instituciones, la calidad democrática y la lucha eficiente contra la delincuencia de cuello blanco requiere de esfuerzos decididos desde distintos ámbitos. Una buena medida de regeneración es la incorporación del *public compliance* a nuestras administraciones. Devolver la confianza de los ciudadanos en la democracia y las entidades públicas es una cuestión vital. La experiencia ha revelado que la búsqueda de financiación para los partidos políticos ha sido en numerables ocasiones lo que ha desencadenado la corrupción urbanística de carácter local, llevando a la ciudadanía hasta la desafección con la democracia y los partidos políticos. Las políticas anticorrupción serias exigen medidas que van mucho más allá que el Código penal, por lo que la incorporación del cumplimiento normativo es una herramienta que debemos potenciar en los próximos años, junto con la transparencia, la rendición de cuentas y el Gobierno Abierto. Igualmente, la conformación de una sociedad civil crítica y vigilante es crucial para denunciar las malas prácticas y exigir transparencia en nuestras instituciones.

Indudablemente, la prevención y reacción contra la delincuencia exige invertir recursos suficientes en el sistema judicial y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pero también en políticas públicas que impliquen prestaciones sociales y reduzcan la desigualdad. Si como señalara Von Liszt: “la mejor Política criminal es una buena Política social”, España caminaría en dirección contraria, pues las políticas de austeridad y de desmantelamiento del Estado de bienestar han sido continuas y dolorosas.

REFERENCIAS

Doctrina

- Alonso, J. A. & García Martín, C. (2011). La corrupción: Definición y criterios de medición. En J. A. Alonso & C. Mulas-Granados, (directores), *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica*. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica de España.
- Alonso González, L. M. (2016). Tendencias actuales de lucha contra el fraude fiscal en sede administrativa y penal. En J. A. Celorio Vela, y P. J. Carrasco

- Parrilla (Coord.). *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*. México: Centro Mexicano de Estudios en lo Penal y Tributario.
- Amoedo Barreiro, D. (2017). Elementos esenciales para un sistema de protección de denunciantes. *Revista Internacional Transparencia e Integridad* (número 4), [Disponible en: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/09/Daniel-Amoedo-.pdf>]
- Ausín Díez, T. (2015). Ética Pública para generar confianza, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones*, (número 9), [Disponible en: <https://www.euskadi.net/r6120001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=3&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=51&t59aContenido=3&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=2&t59aNumEjemplar=9>]
- Ballesteros Sánchez, J. (2019a). Seguridad, Ciencias Penales y *Compliance: management* empresarial y delincuencia corporativa (Tesis Doctoral). Universidad de Salamanca, España.
- Ballesteros Sánchez, J. (2019b). Delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridad humana: reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa. En Nieves Sanz Mulas (Dir.), *Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Ballesteros Sánchez, J. (2016). Criminalidad empresarial y Derecho penal: La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el marco de la globalización y los llamados programas programas de cumplimiento efectivo. En H. Olasolo Alonso, *Derecho Internacional Penal y Humanitario*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Brioschi, C. A. (2010). *Breve historia de la corrupción. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, España: Taurus.
- Bruno, Á. (2018). Apuntes sobre la corrupción y la Convención Interamericana. En N. Durrieu & R. Saccani, *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresarial*. Buenos Aires, Argentina: Editorial. La Ley.
- Castro Moreno, A. y Otero González, P. (Dir.) (2016). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid, España: Dykinson.
- Celorio Vela, J. A. & Carrasco Parrilla, P. J. (2016). *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*. México: Centro Mexicano de Estudios en lo Penal y Tributario.
- Cerrillo I Martínez, A. (2017). La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo. *Revista en Cultura de la Legalidad, Eunomía* (número 12).
- Connolly, T. & Aberg, L. (1993). *Some Contagion Models of Spending. Accident Analysis and Prevention*, (número 25).

- De La Corte Ibáñez, L. & Blanco Navarro, J. M. (2014). Potenciadores del riesgo. Una visión ampliada para un mundo global. En L. De La Corte Ibáñez y J. M., Blanco Navarro, *Seguridad nacional, amenazas y respuesta*. Madrid, España: LID.
- Del Cerro, A. (1991). *El psicólogo y la organización. Teoría y práctica de la psicología de las organizaciones*. Barcelona, España: PPU.
- Díez Getino, J. E. & Torija Herrero, S. (2016). Modelo de estrategia para fomentar la integridad y prevenir la corrupción. *Revista de Transparencia e Integridad*, (número 2), [Disponible en: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2016/12/Jos%C3%A9-Enrique-Diez-y-Susana-Torija.pdf>].
- Dopico Gómez-Aller, J. (2015). Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política, *Cuadernos penales José María Lidón*, (número 11).
- Doval Pais, A. (2017). Corrupción política del indulto e indultos por delitos de corrupción pública. En A. Castro Moreno y Pilar Otero González (Dirs.), *Corrupción y delito: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*. Madrid, España: Dykinson.
- Eicher, S. (2009). *Corruption in International Business*, Gower. Kentucky: University Press of Kentucky.
- Fariñas Dulce, M. J. (2018). Neoliberalismo versus democracia. *Revista en Cultura de la Legalidad, Eunomía*, (número. 14), [Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/4174/2698>]
- Fernández, M. J. (2018). Responsabilidad sucesiva: la debida diligencia en los procesos de transformación societaria y adquisiciones. En Nicolás Durrieu y Raúl Saccani, *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresarial*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Fernández Ortiz De Zárate, G. (2016). *Alternativas al poder corporativo. 20 propuestas para una agenda de transición en disputa con las empresas transnacionales*. Barcelona, España: Icaria.
- Ferro Veiga, J. M. (2013). *Los nuevos ámbitos de la delincuencia empresarial*. Alicante, España: Editorial Club Universitario.
- Gallizo, José y Sabi, Xavier. (2013) Bankia y la transparencia necesaria. *Revista de Contabilidad y Dirección, Nuevas tenencias en transparencia empresarial: Bases conceptuales y aplicaciones prácticas, volumen 16*, ACCID.
- García Navarro, J.J. (2016). La doctrina social de la Iglesia y la necesaria regeneración ética de los partidos políticos en España. En A. López Álvarez y J. J. García Navarro (Coord.), *La corrupción política en España: una visión ético y jurídica*. Navarra, España: Aranzadi.
- García San Martín, Jerónimo. (2015). El indulto, Tirant lo Blanch, Valencia.

- George, S. (2015). *Los usurpadores. Cómo las empresas trasnacionales toman el poder*. Barcelona, España: Icaria.
- Grima Lizandra, V. (2015). El olvido de las garantías en los procesos por corrupción. En Á. Jareño Leal & A. Doval Pais (Dirs.), *Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidación*. Navarra, España: Aranzadi.
- Güemes, C. (2018). La corrupción y la (des)confianza como normas sociales. Cambio de enfoque, nuevas perspectivas. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, (número 6), [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6410104&orden=0&info=link>]
- Gutiérrez Pérez, E. (2018) Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el *Public compliance* como herramienta de prevención de riesgos penales. *Política Criminal* 13, (número 25), [Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/76929/1/2018_Gutierrez-Perez_PolitCrim.pdf]
- Herrero Herrero, C. (2017). *Criminología (Parte General y Especial)*, 4ª Ed, Dykinson, Madrid, España.
- Jiménez Asensio, R. (2017). *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia*. Madrid, España: Catarata.
- Jiménez Franco, E. (2017). El derecho a saber y su control como exigencia de efectividad del desarrollo sostenible. En N. Rodríguez García y F. Rodríguez López (Dirs), *Corrupción y desarrollo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Kennedy, D. (2016). *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Kidhäuser, U. (Citado por Bolea Bardón, Carolina, 2016). *El delito de corrupción privada: bien jurídico y ratio legis*. En A. Castro Moreno y P. Otero González (Dirs.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid, España: Dykinson.
- Klitgaard, R. (1994). *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamérica.
- Lizcano Álvarez, J. (2013). El valor de la transparencia en las instituciones públicas y las empresas. *Revista de Contabilidad y Dirección, Nuevas tendencias en transparencia empresarial: Bases conceptuales y aplicaciones prácticas, volumen*. 16.
- Laborie Iglesias, M. (2010). La controvertida contribución de las empresas militares y de seguridad privadas (EMSP) a la resolución de conflictos. *Cuadernos de Estrategia del Ministerio de Defensa: Los actores no estatales y la Seguridad Internacional: su papel en la resolución de conflictos y crisis* (número 147), [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3361222.pdf>]

- Lapiente, Víctor (Coord.) (2016). *La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el gobierno*, Madrid, España: Alianza Editorial.
- Lapiente, Víctor. (Coord.) (2018). *Conclusiones: un manifiesto gradualista*. Madrid, España: Círculo de Empresarios.
- Lapiente, Víctor. (2018). Introducción: España en el diván, en AA.VV., *La calidad de las instituciones en España*, Madrid, España: Círculo de Empresarios
- Llobet, G. (2018). Diseño institucional y funcionamiento de los mercados: El caso de la CNMC, en AA.VV., *La calidad de las instituciones en España*, Círculo de Empresarios.
- Maroto Calatayud, M. (2015). *La financiación ilegal de partidos políticos*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Maza Martín, J. M. (2018). *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*. Madrid, España: Wolters Kluwers.
- Molina Molina, J. (2015). *Por qué la transparencia*, Navarra, España: Aranzadi.
- Morán Calvo-Sotelo, M. L. (2014). Cultura de la legalidad y desigualdad social. Consideraciones sobre el caso español. En *Cultura de la Legalidad en Iberoamérica: Desafíos y Experiencias*. San José, Costa Rica: Flacso, Costa Rica.
- Muriel Patino, M. V. (2008). El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía. En N. Rodríguez García y E. Fabián Caparrós. *Corrupción y delincuencia económica*. Universidad Santo Tomás, Bogotá: Ibáñez.
- Nieto Martín, A. (2013). De la ética pública al *Public Compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. En J. Betegón y J. R. De Páramo (Coords.), *Derecho, confianza y democracia*. Albacete, España: Bomarzo.
- Nieto Martín, A. (2014). De la ética pública al *public compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. En A. Nieto Martín y M. Maroto Calatayud (Dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca, España: Universidad Castilla La Mancha.
- Ortega Giménez, A. (2016). La lucha contra la corrupción política en la Unión Europea. En A. López Álvarez y J. J. García Navarro (Coords.), *La corrupción política en España: una visión ético y jurídica*. Navarra, España: Aranzadi.
- Ortés Caselles, J. & Jiménez González, J. (2017). Efectos políticos y económicos de los escándalos de corrupción y de su difusión pública. En N. Rodríguez García y F. Rodríguez López (Dirs.), *Corrupción y desarrollo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Otero González, P. (2017). La respuesta del Derecho penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir. En A. Castro Moreno y P. Otero González (Dirs.), *Corrupción y delito: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*. Madrid, España: Dykinson.
- Penalva Buitrago, J. (2011). *Corrupción en la Universidad*. Madrid, España: Ciudadela de los Libros.
- Pérez Forníes, C. (2011). La intervención del Estado y la industria de defensa. En Jordán J., P. Pozo y J. Baqués (Ed.), *La Seguridad más allá del Estado. Actores no estatales y seguridad internacional*. Madrid, España: Plaza y Valdés.
- Preciado Doménech, C. H. (2015). *La corrupción pública en la reforma del Código penal de 2015*. Navarra, España: Thompson Reuters.
- Queralt Jiménez, J. J. (2016). Diez acciones inmediatas contra la corrupción. En A. Castro Moreno & P. Otero González. *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, España: Dykinson.
- Rosavallon, P. (2012). *La sociedad de los iguales*, Madrid, España: RBA.
- Rosemann, Nils (2008). “Code of Conduct: Tool for Self-Regulation for Private Military and Security Companies”, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF). *Occasional Paper 15*, [Disponible en: https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/OP15_Rosemann.pdf]
- Salinas Jiménez, J. & Salinas Jiménez, M. M. (2017). Causas y efectos económicos de la corrupción. En N. Rodríguez García y F. Rodríguez López (Dirs.), *Corrupción y desarrollo*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Sansó-Rubert Pascual, D. & Giménez-Salinas Framis, A. (2014). Crimen organizado. En L. De La Corte Ibáñez y J. M. Blanco Navarro, *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*, Madrid, España: LID.
- Santana Vega, D. (2017). El delito de financiación ilegal de partidos políticos. En J. Queralt Jiménez & D. Santana Vega (Dirs.), *Corrupción pública y privada en el Estado de derecho*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Sanz Mulas, N. (2016). *Política criminal*. Salamanca, España: Ratio Legis.
- Serrano Gómez, A. (2015). *Corrupción en la Universidad. La ley y sus efectos negativos en la selección del profesorado*, Madrid, España: Dykinson.
- Sieber, U. (2013). Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En L. Arroyo Zapatero & A. Nieto Martín (Dirs.), *El Derecho Penal económico en la era compliance*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Souto, M.A. (2016). La expansión del blanqueo de dinero y las reformas penales de 2015. En J. Celorio y P. Carrasco (Dirs.), *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*. Ciudad de México, México: Centro Mexicano de Estudios en lo Penal y Tributario.

- Turégano, Isabel (2013). Crisis del Estado de bienestar y pérdida de confianza política. En J. Betegón y J.R. De Páramo (Coords.), *Derecho, confianza y democracia*. Albacete, España: Bomarzo.
- Utrilla Robles, M. (2015). *Corrupción, límites y psicoanálisis*, El Duende. Madrid, España.
- Valle De Frutos, S. & Menor Sendra, J. (2017). *Comunicación y Derechos Humanos. Tendencias en el siglo XXI*. Barcelona, España: Icaria.
- Villoria Mendieta, M. y Del Pino Mature, E. (2009). *Dirección y gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas*. Madrid, España: Tecnos.
- Villoria Mendieta, M, M. (2018). *La Transparencia*. Madrid, España: Círculo de Empresarios.
- Villoria Mendieta, M, M. (2013). La corrupción en España: rasgos y causas esenciales. En Jerónimo BETEGÓN & Juan Ramón De Páramo (Coords.), *Derecho, confianza y democracia*. Albacete, España: Bomarzo.

Jurisprudencia

- Auto de la Audiencia Nacional 260/2014. Fiscalía Anticorrupción. (17 de diciembre de 2014).
- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, el artículo 1.11 apartado “D”, [Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32004L0018>].
- Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares (Acuerdo de 21 de julio de 2010).
- Sentencia Núm. 3/2017. 23 de febrero de 2017.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra 52/201.

Otras referencias

- 20 minutos (2019). Segarra, P. España dobla en economía sumergida a países como Alemania o Gran Bretaña.
- APIE-Asociación de Periodistas de Información Económica (2018). Más de la mitad de los funcionarios para vigilancia de aduanas se jubilan dentro de ocho años.
- BBC (2005). Álvarez H. Muere controvertido expresidente.
- Casos aislados de una corrupción sistémica. [Disponible en: <https://www.casos-aislados.com/tramas.php>]
- Comisión Europea (2013). Eurobarómetro 2013. [Disponible en: https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_397_fact_es_es.pdf]

- Comisión Europea (2018). Informe sobre España 2018, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos. [Disponible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-spain-es.pdf>]
- Comisiones Obreras-Federación de Enseñanza (2016). Cartografía de los recortes. El gasto público en España entre 2009 y 2014.
- CIVIO (2018). Belmonte, E. 227 indultos a condenados por corrupción desde 1996.
- CNMV (2015). Análisis de la contratación pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia. [Disponible en: <https://www.cnmv.es/file/123729/download>]
- El Diario (2018). Sánchez, R. La cúpula del Ejército del Aire ficha por empresas de armas que recibieron 700 millones en contratos de Defensa.
- El Diario (2018). Vélez A. Defensa e Interior ocultan al Tribunal de Cuentas 331 contratos adjudicados en 2015 por 396 millones.
- El Mundo (2016). España presenta riesgos de corrupción en Defensa por ausencia de investigaciones y poca transparencia en las cuentas.
- El Mundo (2016). San Martín, O. El número de suicidios crece un 20% desde el inicio de la crisis económica.
- El País (2017). Marcos, J. La policía ha perdido un 9,9% de agentes y la Guardia Civil un 6,4% desde que gobierna Rajoy.
- El País (2017). Sérvulo González, J. Los inspectores de Hacienda alertan: «La Agencia Tributaria está al límite».
- El País (2018). González M. Condenados a dos años de cárcel dos mandos militares por corrupción.
- Europa Press (2018). Anticorrupción pide al juez que procese a 27 personas por la presunta venta irregular de armas de Defex a Angola.
- Expansión. Skrycky. M. La Agencia Tributaria recauda 10,6 euros por cada euro invertido en la lucha contra el fraude.
- Extraconfidencial (2019). Ventura, J. El Estado se estanca en 2.000 Inspectores de Hacienda mientras Unidos Podemos reclamar 25.000 puestos en total en la Agencia Tributaria.
- Gobierno de España. (2017). Estrategia de Seguridad Nacional 2017. [Disponible en: http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/Estrategia_de_Seguridad_Nacional_ESN%20Final.pdf]
- Hay Derecho, “Comparativa autonómica”, [Disponible en: <https://hayderecho.com/protigiendo-a-los-valientes/comparativa-autonomica/>]
- Informe 9º de la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (2019). El estado de la pobreza seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2018.
- La Información (2017). La Justicia en España resuelve casos en 238 días de media y Dinamarca... ¡En 17!

- La Opinión A Coruña (2018). Pérez J. La Inspección de Trabajo recortó un 10% de su plantilla en Galicia pese al plan contra el fraude.
- Naciones Unidas (2005). Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos, Informe del Secretario General. (A/59/2005). [Disponible en: <http://www.un.org/spanish/largerfreedom/report-largerfreedom.pdf>]
- Naciones Unidas (2013). Programas anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica. [Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf.]
- Noticias Jurídicas (2014). Martín Alonso, N., “Usar bien el procedimiento negociado”.
- Observatori del Sistema de Salut de Catalunya (2014). Determinants socials i econòmics de la salut. Efectes de la crisi econòmica en la salut de la població de Catalunya.
- Público (2017). Eurobarómetro. El 80% de los españoles denuncia corrupción “generalizada” entre sus políticos.
- Público (2018). La URJC pide cuatro años de cárcel para Cifuentes por falsificar el acta de su TFM.
- Transparencia internacional. (2008). Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno. [Disponible en: <https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Principios-Empresariales-para-Contrarrestar-el-Soborno-de-Transparencia-Internacional-para-PYME.pdf>]
- Transparencia Internacional. (2013). Un 70% de los gobiernos fracasa en proteger contra la corrupción en el sector de la defensa. [Disponible en: https://www.transparency.org/news/pressrelease/un_70_de_los_gobiernos_fracasa_en_proteger_contra_la_corrupcion]
- Transparencia Internacional. (2015). España presenta riesgos de corrupción en Defensa y Seguridad. [Disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/ti_defense_spain.pdf]

Capítulo X **MÉXICO**

Silvia Patricia López González

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de política criminal, seguimos la Teoría del Maestro Claus Roxin, que logra ponderar en un Estado Social y Democrático de Derecho la conciliación entre prevención general, prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho que busca preservar las condiciones de libertad y justicia social para una digna convivencia humana. (Borja, 2003, p. 144). Por ello, el alcance de este estudio no se limita a detallar el ejercicio del poder punitivo del Estado Mexicano contenido únicamente en las penas contra la corrupción, sino que aborda todo el sistema y andamiaje de leyes que tiene como objetivo la prevención general y especial de la corrupción.

Entendemos por corrupción aquella acción humana que transgrede las normas legales y los principios éticos, cuyo objetivo es hacerse de un beneficio económico indebido con consecuencias que afectan gravemente al desarrollo social. En definitiva, se trata de alterar la esencia de un proceso mediante componendas que generan ventajas indebidas (Ochoa, 2017, p. 206). De esta manera, la corrupción transgrede el principio de legalidad y rompe con el Estado de Derecho, afectando con ello la legitimidad de las instituciones, provocando consecuentemente la ingobernabilidad. Esto hace que la corrupción permee en todas las instituciones del Estado, lo cual va deteriorando indudablemente los fines de éste hasta transformarlo en lo que se conoce como Estado fallido. En consecuencia, la magnitud de la afectación social es tal, que puede ejemplificarse en términos médicos como el veneno que invade la columna vertebral del paciente afectando todo su cuerpo.

En México la corrupción y la impunidad son los grandes males que aquejan a la sociedad, nótese que el segundo es consecuencia del primero, por lo que básicamente el grave problema que enfrenta en la

actualidad el Estado Mexicano es, sin duda, la corrupción. Por ello, cada vez son más las voces que señalan a México como un Estado fallido, cuya idea da cuenta básicamente del problema, deficiencia e imposibilidad de responder a las demandas de los ciudadanos. Es conocido que un Estado empieza a fallar cuando las estructuras internas no son viables, el aparato se hace disfuncional y se complejiza al momento de responder a todas las demandas de la ciudadanía. Como señala Zapata, un Estado falla cuando otros agentes le disputan el monopolio de la violencia, las condiciones de inseguridad se establecen como un común denominador, el régimen político se degenera y deja de representar o servir a las personas. (Zapata, 2014, p. 106).

El problema de la corrupción es muy serio, y se manifiesta tanto en la esfera pública como en la privada. Así, según Ochoa, “las ventajas que se generan entre corruptor y corrupto, tanto como las consecuencias que la corrupción puede provocar en lo económico y, en su caso, en lo público, debilitan la confianza social en las instituciones públicas y privadas” (Ochoa, 2017, p. 207).

Por todo ello, si consideramos que en un Estado Social y Democrático de Derecho la dignidad humana y el pleno desarrollo integral de la personalidad de los ciudadanos, son los objetivos prioritarios y esenciales, entonces podemos afirmar que en el caso del Estado Mexicano, existe una deuda mayúscula que hace urgente reconducir las políticas públicas, especialmente la política criminal, para alcanzar la protección de tales fines, pues, solo con un buen funcionamiento de sus instituciones se podrá garantizar el respeto a los derechos humanos.

Por el contrario, en un Estado corrupto lo importante es el beneficio económico irregular, tramposo y oculto en perjuicio del resto de ciudadanos que ven mermados sus derechos por el beneficio indebido de otros. ¿Cómo puede entonces una sociedad desarrollarse, crecer y perdurar en el tiempo bajo esas condiciones? más aún, ¿cómo puede organizarse una sociedad sin contar con objetivos comunes y recursos públicos suficientes para lograr sus fines? La respuesta es simple: no puede, y consecuentemente pierde su esencia.

En efecto, en esa relación de ideas, el Estado corrupto está destinado a disolverse o refundarse, ya que no es posible la permanencia de un Estado sin crecimiento, desarrollo y progreso. Más allá de las

consideraciones éticas o filosóficas, la corrupción trastoca y deteriora en su totalidad el propósito y esencia del Estado, afectando mientras tanto de manera directa y contundente a los grupos vulnerables que conforman la sociedad. (López, 2018, pp. 9-10).

Todo ello ha encendido las alarmas en el contexto internacional, en donde México pierde cada vez más credibilidad y confianza, lo cual afecta considerablemente los acuerdos y tratos comerciales, como se refleja en el Índice de Percepción de Corrupción que elabora la Organización de Transparencia Internacional, que, en su edición 2018, recoge la pérdida de tres posiciones respecto al año anterior, colocando a México con una calificación de 28 puntos en el lugar 138 de la lista de 180 países. Esto lo sitúa como el país más corrupto entre los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Ante el grave problema social generado por el fenómeno de la corrupción en México (que atañe al ámbito público y privado, que roza en algunos momentos con la ingobernabilidad y deja entrever un Estado fallido), la política criminal para enfrentarlo es una construcción en ciernes, que a partir de la reforma constitucional publicada el 27 de mayo de 2015 creó el Sistema Nacional Anticorrupción para coordinar a las autoridades federales, estatales y municipales con el fin de que prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción.

1. MAGNITUD DEL PROBLEMA: LOS CASOS MÁS SONADOS

El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) mide la pobreza a partir de tres aspectos: el bienestar económico, los derechos sociales y el contexto territorial. Se entiende que una persona se encuentra en situación de pobreza multidimensional cuando no tiene garantizado el ejercicio de al menos uno de sus derechos para el desarrollo social, y sus ingresos son insuficientes para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades (CENEVAL, 2018, p. 9).

Así, en relación con el nivel de ingreso, el 6.4% de la población (equivalente a 8.6 millones de personas) es población vulnerable, el

48% de la población (61.1 millones de personas) se encuentran por debajo del umbral de pobreza, y el 16.8% (21 millones de personas) se encuentra por debajo de la línea de pobreza extrema (CENEVAL, 2018). En lo relativo al nivel de carencias sociales, se observa los siguientes rezagos: (a) el relativo a la alimentación, que afecta a 25.5 millones de personas (el 20.4% de la población); (b) el educativo, que afecta a 21.1 millones de personas (el 16.9% de la población); (c) el relativo a la seguridad social, que implica a 71.7 millones de personas (el 57.3% de la población); (d) el acceso a la salud, del que se ven privados 20.2 millones de personas (el 16.2% de la población); (e) el acceso a la vivienda, del que se ven privados 13.8 millones de personas (el 11.1% de la población); y (f) el acceso a los servicios básicos en la vivienda, del que se ven privados 24.7 millones de personas (el 19.9% de la población). En consecuencia, según el CENEVAL (2018), tan solo el 21.9% de los mexicanos, esto es, 27.4 millones de personas de los 125 millones de habitantes, se encuentran entre la población no pobre y no vulnerable.

En este contexto, el costo de la corrupción en México, de acuerdo con estimaciones del Banco Mundial y la Organización de Estados Americanos, fluctúa entre el nueve y diez por ciento del Producto Interno Bruto (PIB). La corrupción no solo afecta al consumidor, sino también al productor, y el impacto que ésta genera en términos económicos es tal, que solo los ingresos generados por la piratería —alrededor de 75.000 millones de dólares— por citar un ejemplo, superan ampliamente los ingresos por exportaciones de petróleo. (El financiero, 2017).

En este sentido, María Amparo Cesar destaca que la corrupción representa un problema para más del 90% de los mexicanos, porque genera un costo social en el bienestar. En efecto, el 14% del ingreso promedio anual de los hogares, es destinado a pagos extraoficiales y además existe una correlación positiva entre la corrupción y los niveles de violencia; también tiene un efecto en la insatisfacción con la democracia, solo el 37% de los ciudadanos apoya la democracia y el 27% se encuentra satisfecho con la misma; provoca una crisis de representación: el 91% de los mexicanos no confía en los partidos políticos, el 83% no confía en los legisladores y el 80% no confía en las instituciones del sistema judicial (César, 2019, p. 25).

En cuanto a los casos de corrupción que más se han ventilado en los medios de comunicación en los últimos años, estos son los siguientes (La Silla Rota, 2019):

- i) El Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Eduardo Medina Mora renunció a su cargo once años antes de concluir su nombramiento debido a una investigación abierta en su contra que lleva a cabo la Unidad de inteligencia Financiera (UIF) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por haber recibido transferencias financieras que no se corresponden al nivel de ingreso reportados en sus declaraciones fiscales. Así mismo, la *National Crime Agency* del gobierno del Reino Unido detectó trasferencias millonarias hechas desde México a cuentas del ministro Eduardo Medina Mora por dos millones trescientos ochenta y tres mil quinientas veintiséis libras esterlinas, las cuales fueron depositadas en los últimos dos años. Además, el *Departamento del Tesoro de Estados Unidos* documentó que el ministro recibió también en sus cuentas, entre 2016 y 2018, dos millones ciento treinta mil dólares¹.
- ii) El caso de Rosario Robles, ex titular de la Secretaría de Desarrollo Social, quien el 13 de agosto de 2019 fue puesta en

¹ Cabe hacer mención que el caso no solo llama la atención por tratarse de un Ministro del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, hecho que resulta muy significativo, sino también, porque el ingreso de Medina Mora como Ministro hace 4 años a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se asoció a su estrecha cercanía y relación con el entonces Presidente de México, Enrique Peña Nieto, y a los más altos grupos de poder en México, lo cual se pone de manifiesto al conocer su trayectoria laboral: en el Gobierno Federal se desempeñó en varios cargos, de 2000 a 2009, fue Presidente del Consejo Nacional de Seguridad Pública, Secretario Técnico de la Alianza para la frontera México-Estados Unidos y miembro del equipo negociador de la Iniciativa Mérida, Director General del Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN), Procurador General de la República cuando ocurrió el caso ‘Operación Limpieza’ (que tiene que ver con una publicación que revelaba que directivos de la SEIDO, (Subprocuraduría Especializada en Investigación sobre Delincuencia Organizada), tenían nexos con el narcotráfico y también fue Secretario de Seguridad Pública Federal. Así mismo, en el periodo 2009-2015 fue Representante Permanente de México ante los Organismos Internacionales con sede en Londres y Embajador de México ante los Estados Unidos, antes de ser designado por el Congreso de la Unión como Ministro integrante de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 10 de marzo de 2015.

prisión preventiva justificada y trasladada al penal de Santa Martha Acatitla, por el presunto delito de ejercicio indebido de la función pública. El caso con el que se le vincula es conocido como *La Estafa Maestra*. Se trata de una investigación periodística hecha por el portal de noticias de México *Animal Político* en asociación con la organización de la sociedad civil *Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad* (MCCI), que se publicó el 5 de septiembre de 2017, cuya investigación desenredó un sistema de 128 empresas fantasma a través de las cuales el Gobierno Federal Mexicano desvió más de 400 millones de dólares, involucrando a 11 dependencias del Estado, ocho universidades públicas, diversas empresas privadas y más de 50 servidores públicos de distintos niveles de gobierno.

- iii) El caso de la Comisión Federal de Electricidad, se trata de la contratación que se hizo en el sexenio del presidente Enrique Peña Nieto de siete ductos que actualmente se encuentran inactivos. Sin embargo, según el contrato se debe pagar un subsidio de 21 millones de dólares, incluso si los ductos no se pueden construir (como está ocurriendo). Exfuncionarios mexicanos permitieron dicha práctica y de continuar así se tendrían que pagar a las empresas propietarias de los siete gasoductos que se encuentran detenidos: Carso, IEnova, y TransCanada² 70 millones de pesos durante 25 años. Por su parte, Manuel Bartlett Díaz, actual director general de la CFE, sostuvo que son “contratos leoninos” y que si por causa de fuerza mayor no pueden construirlos, le obliga a la CFE a pagar una pena como si estuviera recibiendo el gas sin recibirlo. Hasta 2018 se acumulan

² El grupo Carso, es uno de los conglomerados más grandes e importantes de México y Latinoamérica, controla y opera gran variedad de empresas en el ramo comercial, comunicacional, industrial y de consumo, es controlado por el multimillonario mexicano Carlos Slim. Por su parte, IEnova es una empresa privada mexicana que se dedica al desarrollo, construcción y operación de grandes proyectos de infraestructura energética en el país (es una filial de Sempra Energy, empresa de servicios energéticos en San Diego, California). TransCanada es una importante compañía de energía de América del Norte, con sede en Calgary, Alberta, Canadá, que desarrolla y opera infraestructura energética en Canadá, Estados Unidos y México, sus negocios principales son gasoductos de gas natural, tuberías de líquidos y energía.

5,000 millones de pesos por esas penas, a los que hay que sumar otros 16,000 millones de pesos correspondientes a 2019. A la fecha, el presidente Manuel López Obrador está negociando con las tres empresas para que continúen con la construcción.

- iv) El caso de la empresa española de construcción OHL, se refiere a unos audios divulgados anónimamente donde ejecutivos de la compañía acordaban supuestos aumentos de peaje en autopistas del Estado de México a cambio de pagar las vacaciones de un funcionario del Estado de México, así como el pago de sobornos en términos “usuales” a magistrados. A pesar de que se negó por parte de OHL México la veracidad de las grabaciones, su director de relaciones institucionales, Pablo Wallentin, tuvo que renunciar, así como el Secretario de Comunicaciones y Transportes, el funcionario Apolinar Mena Vargas, aunque cuatro meses después regresó al gobierno Estatal, asumiendo la función de secretario técnico del gabinete, como si nada hubiera pasado.
- v) Uno de los casos más sonados es el de La Casa Blanca. Se refiere a una investigación periodística la que desató el mayor escándalo en el sexenio del presidente Enrique Peña Nieto. A través de la misma, se supo que la esposa del presidente posee una casa de 86 millones de pesos en las Lomas de Chapultepec, construida por la empresa Higa, una de las empresas que ganó la licitación del tren México-Querétaro, y que antes obtuvo la adjudicación de otras obras cuando él fue gobernador del Estado de México. Un año después de dicho reportaje, el titular de la Secretaría de la Función Pública, Virgilio Andrade, cercano al presidente, informó que no se había incurrido en conflicto de interés en la compra de una casa a un contratista del gobierno, y que en la adquisición de la millonaria mansión por parte de la esposa del presidente, Angélica Rivera no existió una participación indebida.
- vi) El caso de César Horacio Duarte Jáquez, quien fue en dos ocasiones Diputado Federal y Gobernador de Chihuahua en el periodo 2010-2016. Actualmente es acusado de peculado en diversas modalidades y es prófugo de la justicia, se le imputa desvío y disposición indebida de mil doscientos millones de pesos, además de ser acusado de haber entregado recursos de la

nómina Estatal a campañas electorales del Partido Revolucionario Institucional en el año 2015.

- vii) Oceanografía es otro caso muy conocido desde el año 2014, en donde Banamex, filial del gigante financiero estadounidense Citigroup, denunció a esa empresa naviera por fraude de 585 millones de dólares, operado mediante la entrega en garantía de documentos falsos de Petróleos Mexicanos (Pemex). La Procuraduría General de la República anunció el embargo de la empresa cuyo único empresario detenido por corrupción fue su dueño, Amado Yáñez, quien presentó facturas apócrifas de cuentas por cobrar de Pemex.
- viii) El caso de Tomás Yarrington Ruvalcaba ex gobernador del Estado de Tamaulipas (1999-2005) el cual con anterioridad ocupó los cargos de Presidente Municipal de Matamoros y Diputado Federal. A principios de 2012 fue acusado por un testigo protegido de la DEA de lavar dinero para Los Zetas y el Cártel del golfo. También ha sido señalado por la revista estadounidense Forbes como una de las 10 personas más corruptas en México. Fue detenido en Houston, Texas, en mayo de 2013. Fiscales Federales de Estados Unidos aseguraron que cuando Yarrington Ruvalcaba fue funcionario público recibió millones de dólares en pagos de los carteles de la droga por extorsión o soborno, dinero que invirtió en bienes raíces mediante mecanismos de lavado de dinero.
- ix) El caso *Panamá Papers* ha implicado a políticos de algo rango y empresarios, entre ellos a los mexicanos Ricardo Salinas Pliego, el narcotraficante Rafael Caro Quintero y Juan Armando Hinojosa Cantú, propietario del Grupo Higa, son mencionados en los más de 11 millones de documentos filtrados al diario alemán *Süddeutsche Zeitung*, como parte de los clientes de Mossack Fonseca, una empresa con base en Panamá especializada en la gestión de patrimonios.

Todos estos casos son apenas una pequeña muestra del grave problema de corrupción que existe en México en los más altos niveles de la administración pública Federal y Estatal, dejándose ver una respuesta institucional débil y desarticulada, que genera por ello la indignación social.

2. SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Frente a tales hechos de corrupción se generó un gran reproche al gobierno mexicano por parte de la opinión pública nacional e internacional —y quizá con mayor intensidad en el ámbito internacional— por lo que el Estado emprendió la construcción y adecuación de instituciones para combatir la corrupción. Para ello ha seguido los lineamientos internacionales recogidos en la CICC (1996), la Convención OCDE (1997) y la CNUCC (2003), que han sido firmados y ratificados por el Senado de la República de México, lo que los convierte en obligatorios.

De tal manera, el 27 de mayo de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción, a saber: (i) la extinción de dominio; (ii) las facultades del Congreso; (iii) la Auditoría Superior de la Federación; y (iv) el régimen de responsabilidades de los servidores públicos.

2.1. *Extinción de dominio*

En el artículo 22 constitucional se agrega el enriquecimiento ilícito como procedencia para juzgar en materia de extinción de dominio, la cual es la pérdida absoluta del dominio que tenía el particular sobre ciertos bienes y su aplicación a favor del Estado. Se lleva a cabo a través de una acción que tiene carácter jurisdiccional, donde el Estado evalúa la situación de los bienes cuando existen sospechas fundadas que señalan que estos provienen directa o indirectamente de actividades ilícitas, fueron utilizados como medio o instrumento para su comisión, o son el fruto o resultado de la enajenación de bienes que tienen origen en actividades ilícitas.

Existe, sin embargo, una polémica doctrinal en torno a dicha figura, ya que su trámite y resolución se encuentra en la esfera de la jurisdicción civil, sin injerencia alguna en el procedimiento y resolución del ámbito penal, lo cual, puede generar la extraña situación de que una persona sea absuelta por delito y sin embargo declararse la extinción de dominio.

2.2. *Facultades del Congreso*

El artículo 73 constitucional se modificó para incluir la facultad del Congreso de la Unión para expedir: (i) las leyes que regulen la organización y facultades de la Auditoría Superior de la Federación (ASF); (ii) la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGS-NA); (iii) la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (LOTJA); y (iv) la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA).

2.3. *Auditoría Superior de la Federación*

El artículo 79 constitucional se reformó por completo para dar lugar a la creación formal de la Auditoría Superior de la Federación de la Cámara de Diputados, modificando algunas de sus funciones, pero manteniendo su autonomía técnica y de funcionamiento.

2.4. *Régimen de responsabilidades de los servidores públicos*

Se cambió la antigua denominación del Título Cuarto de la Constitución (*De las Responsabilidades de los Servidores Públicos y Patrimonial del Estado*), para acogerse la siguiente: *De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción, y Patrimonial del Estado*. Con lo cual se integran a los particulares como sujetos de imputación y dos estrategias de prevención general: las faltas graves y los hechos de corrupción.

Este título abarca de los artículos 108 a 114 que, aunque antes de la reforma contemplaban disposiciones de responsabilidad de los servidores públicos, con la reforma se incluyen figuras trascendentales para el combate a la corrupción. Así, el artículo 108, antes de la reforma, ya mencionaba que

Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, los integrantes de los ayuntamientos, así como los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal les otorgue autonomía, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo y aplicación indebidos de fondos y recursos federales.

Con la reforma del 26 de mayo de 2015 se incorpora en esta disposición la competencia de los Estados para definir en la Constitución el carácter de servidor público, la responsabilidad por el manejo indebido de recursos públicos y la responsabilidad por la deuda pública.

El 29 de enero del año 2016 se agregó que los servidores públicos Estatales o Municipales son responsables no solo en virtud de su actuar como funcionarios públicos según su competencia, sino también por el manejo y aplicación indebidos de fondos y recursos federales³. Además, el 27 de mayo de 2017 se incorporó también la conocida declaración tres de tres, según la cual, “Los servidores públicos a que se refiere el presente artículo estarán obligados a presentar, bajo protesta de decir verdad, su declaración patrimonial y de intereses ante las autoridades competentes y en los términos que determine la ley”.

Con respecto al artículo 109 de la Constitución Federal, antes de la reforma ya habilitaba al Congreso de la Unión y a las Legislatura de los Estados, para expedir leyes de responsabilidades de los servidores públicos y sancionar a quienes incurrieran en responsabilidad⁴.

³ Según la reforma introducida el 29 de enero de 2016 al artículo 108 de la Constitución Federal, “[l]os ejecutivos de las entidades federativas, los diputados a las Legislaturas Locales, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, los integrantes de los Ayuntamientos y Alcaldías, los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía, así como los demás servidores públicos locales, serán responsables por violaciones a esta Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo y aplicación indebidos de fondos y recursos federales. Las Constituciones de las entidades federativas precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México. Dichos servidores públicos serán responsables por el manejo indebido de recursos públicos y la deuda pública”.

⁴ “I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho (...) El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común. Los Gobernadores de los Estados, los Diputados a las Legislaturas Locales y los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, serán responsables por violaciones a esta

Posterior a la reforma, el artículo 109 establece que los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado son sancionados mediante: (a) juicio político; (b) legislación penal (se señala el *enriquecimiento ilícito de servidores públicos* como forma de cometer el delito y la sanción el decomiso y la privación de la propiedad de los bienes); (c) sanciones administrativas (las cuales se aplican por actos que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que se deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, pudiendo consistir en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como sanciones económicas). Establece además que las faltas administrativas graves son investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control, y son resueltas por el Tribunal de Justicia Administrativa. En cuanto a las demás faltas, se dispone que son conocidas y resueltas por los órganos internos de control.

El propio artículo 109 establece que los Tribunales de Justicia Administrativa imponen a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, las sanciones económicas, inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, así como resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales. Las personas morales son sancionadas cuando los actos vinculados con faltas administrativas graves sean realizados por personas físicas que actúen a nombre o representación de la persona moral y en beneficio de ella. También puede ordenarse la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva. Así mismo, se hace mención a que ante los órganos responsables de la investigación y sanción de las responsabilidades administrativas y hechos de corrupción no son oponibles las disposiciones de protección a la confidencialidad de la información en materia fiscal

Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales. No procede el juicio político por la mera expresión de ideas. II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal; y III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”.

o relacionada con operaciones de depósito, administración, ahorro e inversión de recursos monetarios. Finalmente, se establece que la responsabilidad del Estado por los daños que cause en los bienes o derechos de los particulares es objetiva y directa, teniendo derecho los particulares a una indemnización.

El artículo 110 señalaba, antes de su reforma, quiénes podían ser sometidos a juicio político y las causas por las que se podía realizar el mismo, incluyendo “[...] violaciones graves a ésta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en éste caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones, proceda como corresponda”. Además, desde la reforma de 28 de diciembre de 1982 se incluía la posibilidad de aplicar sanciones de destitución del servidor público y su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza⁵.

El 22 de agosto de 1996 se reformó el artículo 110 agregando nuevos funcionarios que pueden ser objeto de juicio político (por ejemplo, Consejeros Electorales, funcionarios del Instituto Electoral y del Tribunal Electoral, y funcionarios de organismos descentralizados y de empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimilables a éstas y fideicomisos públicos). Además, el 29 de enero de 2016 se volvió a reformar esta disposición para incluir su actual párrafo primero, que señala que “[p]odrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito,

⁵ Según el texto de esta reforma, “[p]ara la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculpado. Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, erigida en Jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado. Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables”.

el consejero Presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos. Los ejecutivos de las entidades federativas, Diputados locales, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, así como los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este Título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda”.

Los artículos 111 y 112 hacen referencia a la procedencia de juicio penal contra los funcionarios públicos durante el tiempo de su encargo, para lo cual se requiere la declaratoria de procedencia por parte del poder legislativo, en tal sentido el inculcado será separado de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. En la reforma del 10 de febrero de 2014, se incluyeron en el artículo 111 los requisitos para declarar la procedencia del juicio político⁶, incluye la declaratoria de procedencia en el ámbito de los Estados⁷.

⁶ “Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los Secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el Fiscal General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado”.

⁷ Según el texto de la reforma, “[p]ara poder proceder penalmente por delitos federales contra los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas, en su caso los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, y los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía se

El artículo 112, que no ha sido objeto de reforma, señala que “[n]o se requerirá declaración de procedencia de la Cámara de Diputados cuando alguno de los servidores públicos a que hace referencia el párrafo primero del artículo 111 cometa un delito durante el tiempo en que se encuentre separado de su encargo. Si el servidor público ha vuelto a desempeñar sus funciones propias o ha sido nombrado o electo para desempeñar otro cargo distinto, pero de los enumerados por el artículo 111, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en dicho precepto”.

En cuanto al artículo 114, este establecía antes de la reforma que “[e]l Procedimiento de juicio político sólo podrá iniciarse durante el periodo en el que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después. Las sanciones correspondientes se aplicarán en un período no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento. La responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo del encargo por cualquier servidor público será exigible de acuerdo con los plazos de prescripción consignados, en la, Ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Los plazos de prescripción se interrumpen en tanto el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111. La ley señalará los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo 109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años”.

Con la reforma de 27 de mayo de 2015, se modifica en el párrafo segundo del artículo 114 los años requeridos para la prescripción por hechos graves, afirmándose en su redacción actual que “[l]a ley señalará los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo 109. Cuando dichos actos u omisiones fuesen graves los plazos de prescripción no serán inferiores a siete años”.

seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda”.

Resultado de lo anterior, el procedimiento por juicio político solo puede iniciarse durante el periodo en el que el servidor público desempeñe su cargo y en el año siguiente a la finalización del mismo. Además, la responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo del encargo es exigible conforme a los plazos de prescripción consignados en la Ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Sin embargo, cuando se trate de responsabilidad administrativa por actos u omisiones graves la prescripción no será nunca inferior a siete años.

2.5. Componentes del Sistema Nacional Anticorrupción

El artículo 113 de la Constitución Federal se modifica en su totalidad para definir al Sistema Nacional Anticorrupción, establecer su integración básica y sus principales funciones, así como incluir a los Sistemas Locales Anticorrupción. El Sistema se define como la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

Anteriormente, el artículo preveía que “[l]as leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados”.

El 14 de julio de 2002 se reformó el artículo 113 para establecer un párrafo adicional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado que dispone que “[l]a responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares

tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”. Posteriormente, el 27 de mayo de 2015, se reformó de nuevo esta disposición para establecer el Sistema Nacional Anticorrupción como la instancia de coordinación entre todas las autoridades de todos los órdenes de gobierno para la prevención, detección y sanción de las responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como la fiscalización y control de recursos públicos⁸.

⁸ Tal y como se recoge en el actual artículo 113 de la Constitución Federal, “[e]l 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. Para el cumplimiento de su objeto se sujetará a las siguientes bases mínimas: I. El Sistema contará con un Comité Coordinador que estará integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del organismo garante que establece el artículo 60. de esta Constitución; así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana; II. El Comité de Participación Ciudadana del Sistema deberá integrarse por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción y serán designados en los términos que establezca la ley, y III. Corresponderá al Comité Coordinador del Sistema, en los términos que determine la Ley: a) El establecimiento de mecanismos de coordinación con los sistemas locales; b) El diseño y promoción de políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan; c) La determinación de los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias generen las instituciones competentes de los órdenes de gobierno; d) El establecimiento de bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno en materia de fiscalización y control de los recursos públicos; e) La elaboración de un informe anual que contenga los avances y resultados del ejercicio de sus funciones y de la aplicación de políticas y programas en la materia. Derivado de este informe, podrá emitir recomendaciones no vinculantes a las autoridades, con el objeto de que adopten medidas dirigidas al fortalecimiento institucional para la prevención de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como al mejoramiento de su desempeño y del control interno. Las autoridades destinatarias de las recomendaciones informarán al Comité sobre la atención que brinden a las mismas. Las entidades federativas establecerán *sistemas locales anticorrupción*

2.5.1. La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

El 18 de julio de 2016 se expidieron cuatro leyes que nacieron con el objetivo de prevenir, investigar y sancionar las faltas administrativas y los actos de corrupción en México: (i) la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; (ii) la Ley General de Responsabilidades Administrativas; (iii) la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa; y (iv) la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación.

La *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción* tiene por objeto establecer las bases de la coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la ciudad de México para que las autoridades competentes prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción. Prevé además los principios rectores que rigen el servicio público y establece que los entes públicos están obligados a crear y mantener condiciones estructurales y normativas que permitan el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto, y la actuación ética y responsable de cada servidor público.

El Sistema Nacional se integra por el Comité Coordinador, el Comité de Participación Ciudadana, el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización, y los Sistemas Locales. Con respecto al primero, *El Comité Coordinador* es la instancia responsable de establecer mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema Nacional y tendrá bajo su encargo el diseño, promoción y evaluación de políticas públicas de combate a la corrupción. Está conformado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, la Fiscalía Especializada en el Combate a la Corrupción, la secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno, el presidente, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el presidente del organismo garante del artículo 6 constitucional, un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana. Sus funciones son: (i) el establecimiento de mecanismos de coordinación con los sistemas locales; (ii) el diseño y promoción de políticas

con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción”.

integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan; (iii) la determinación de los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que sobre estas materias generen las instituciones competentes; (iv) el establecimiento de bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno en materia de fiscalización y control de los recursos públicos; y (v) la elaboración de un informe anual que contenga los avances y resultados del ejercicio de sus funciones y de la aplicación de políticas públicas y programas en la materia (derivado del informe podrán emitir recomendaciones no vinculantes a las autoridades).

En cuanto al *Comité de Participación Ciudadana*, este tiene como objetivo coadyuvar, así como ser la instancia de vinculación con las organizaciones sociales y académicas relacionadas con las materias del Sistema Nacional. Está integrado por cinco ciudadanos de probidad y prestigio. Sus atribuciones tienen que ver, entre otras, proponer al Comité Coordinador proyectos en materias de (i) fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción (en especial sobre las causas que los generan); (ii) mejora de la operación de la Plataforma Digital Nacional; y (iii) mejora de sistematización y actualización de la información y del sistema electrónico de denuncia y queja.

El *Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización* está conformado por la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública y siete miembros rotatorios de entre las entidades de fiscalización superiores locales y las secretarías encargadas del control interno de las entidades federativas. Sus funciones son: (i) el diseño, aprobación y promoción de políticas integrales en la materia; (ii) la instrumentación de mecanismos de coordinación entre todos los integrantes del Sistema; y (iii) la integración e instrumentación de mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que en la materia de fiscalización y control de recursos públicos generen las instituciones competentes.

Finalmente, *los Sistemas Locales* se desarrollarán por las leyes de las entidades federativas, y deberán contar con una integración y atribuciones equivalentes a las de la ley nacional. Las recomendaciones,

políticas públicas e informes que emita deberán tener respuesta de los sujetos públicos a quienes se dirija.

2.5.2. La Ley General de Responsabilidades Administrativas

La *Ley General de Responsabilidades Administrativas* tiene por objeto distribuir competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que estos incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves, así como los procedimientos para su aplicación. Señala como sujetos de la Ley a los servidores públicos, a aquellas personas que habiendo fungido como servidores públicos se ubiquen en los supuestos a que se refiere la ley, y a los particulares vinculados con faltas administrativas graves.

Los principios que deben observar los servidores públicos en el desempeño de su empleo o cargo son la disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia, para lo cual deben ajustarse a las siguientes directrices: (i) actuar conforme a las leyes y reglamentos; (ii) conducirse con rectitud sin utilizar su empleo; (iii) satisfacer el interés superior de las necesidades colectivas por encima de intereses particulares o personales; (iv) administrar los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad; (v) promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; (vi) corresponder a la confianza que la sociedad les ha conferido; (vii) evitar y dar cuenta de los intereses que puedan entrar en conflicto con el desempeño responsable; y (viii) Abstenerse de realizar cualquier trato o promesa privada que comprometa al Estado mexicano.

Son autoridades facultadas para aplicar esta Ley: (i) las secretarías, que tienen a su cargo la investigación, substanciación y calificación de las faltas administrativas, faltas no graves en los procedimientos de responsabilidad administrativa; (ii) los órganos internos de control, que también tienen atribuciones para implementar mecanismos internos que prevengan actos u omisiones que puedan constituir responsabilidades administrativas en los términos del Sistema Nacional Anticorrupción (además, tienen competencia para revisar el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de recursos públicos federales

y participaciones federales, así como de recursos públicos locales, y presentar denuncias por hechos que las leyes señalan como delitos ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción); (iii) la Auditoría Superior de la Federación y las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas, que se hacen cargo de investigar las faltas graves (los instrumentos de rendición de cuentas que se prevé son el sistema de evolución patrimonial, la declaración de intereses y la constancia de presentación de declaración fiscal, los cuales se almacenan en la Plataforma digital nacional); y (iv) los Tribunales, en especial, tratándose de las responsabilidades administrativas de los servidores públicos de los poderes judiciales, son competentes para investigar e imponer sanciones la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal.

Las faltas administrativas no graves son las acciones u omisiones que incumplan o transgredan lo contenido en las siguientes obligaciones: (i) cumplir con las funciones, atribuciones y comisiones encomendadas; (ii) denunciar los actos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones llegare a advertir y que puedan constituir faltas administrativas; (iii) atender las instrucciones de sus superiores; (iv) presentar en tiempo y forma declaraciones de situación patrimonial y de intereses; (v) registrar, integrar, custodiar y cuidar la documentación e información que tenga bajo su responsabilidad; (vi) supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo; (vii) rendir cuentas sobre el ejercicio de sus funciones; (viii) colaborar en los procedimientos judiciales y administrativos; (ix) cerciorarse antes de la celebración de contratos que no se actualiza el conflicto de interés; y (x) determinar los daños y perjuicios que se cause a la Hacienda Pública o patrimonio del ente público.

Por su parte, *las faltas administrativas graves* son el cohecho, el peculado, el desvío de recursos públicos, la utilización indebida de información, el abuso de funciones, el conflicto de interés, la contratación indebida, el enriquecimiento oculto, el tráfico de influencias, el encubrimiento, el desacato y la obstrucción a la justicia.

Finalmente, *los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves* son el soborno, la participación ilícita en procedimientos administrativos, el tráfico de influencias, la utilización de in-

formación falsa, la colusión, el uso indebido de recursos públicos y la contratación indebida de exservidores públicos.

2.5.3. La Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa

La Ley Orgánica de Justicia Administrativa tiene por objeto determinar la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el cual es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena y forma parte del Sistema Nacional Anticorrupción. Sus resoluciones deben apegarse a los principios de legalidad, máxima publicidad, respeto a los derechos humanos, verdad material, razonabilidad proporcionalidad, presunción de inocencia, tipicidad y debido proceso.

El Tribunal conocerá de las responsabilidades administrativas de los servidores públicos y particulares vinculados con *faltas graves* promovidas por la Secretaría de la Función Pública y los órganos internos de control de los entes públicos federales, o por la Auditoría Superior de la Federación, para la imposición de sanciones en términos de lo dispuesto por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, así como fincar las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al Patrimonio de los entes públicos federales.

2.5.4. La Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación

La Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación tiene como objetivo la revisión y fiscalización de las cuentas públicas, las situaciones irregulares que se denuncien respecto al ejercicio fiscal en curso (o ejercicios anteriores distintos al de la cuenta pública en revisión), y la aplicación de fórmulas de distribución, administración y ejercicio de las participaciones federales; y el destino y ejercicio de los recursos provenientes de financiamientos contratados por los estados y municipios, que cuenten con la garantía de la federación.

Es a través de la Auditoría Superior de la Federación como se puede fiscalizar las operaciones que involucren recursos públicos federales o participaciones federales a través de contrataciones, subsidios,

transferencias, donativos, fideicomisos, fondos, mandatos, asociaciones público, privadas o cualquier otra figura jurídica y el otorgamiento de garantías sobre empréstitos de Estados y Municipios.

2.6. *Consideraciones valorativas al Sistema Nacional Anticorrupción*

La primera consideración tiene que ver con la posibilidad o no, de su puesta en marcha, ya que la reforma representa la construcción de un gran andamiaje de instituciones jurídicas creadas en el ámbito nacional que deberán reproducirse en cada uno de los Estados de la República Mexicana, es así que, con el propósito de analizar el funcionamiento, el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO) ha realizado un estudio sobre la evolución y puesta en marcha de las reformas legislativas en los Estados (denominado *Semáforo Anticorrupción: Monitoreo de los Sistemas Locales Anticorrupción*) cuya intención es medir el avance en la implementación de la reforma constitucional y en la creación de leyes reglamentarias del artículo 113 constitucional.

Dicho organismo reportó el 29 de mayo de 2017, a tan solo unos días de vencerse el plazo límite para la entrada en vigor del Sistema Nacional Anticorrupción (cuya fecha límite era el 18 de julio de 2017) que aún se podía observar un avance muy lento en la incorporación del Sistema, tanto con respecto a las reformas constitucionales, como a la creación de las leyes correspondientes. De esta manera, en lo que se refiere a la implementación de la reforma constitucional, el IMCO subraya que 18 Estados contaban con una reforma constitucional satisfactoria, mientras que el resto se podía dividir de la siguiente manera: 8 Estados contaban con una reforma constitucional regular, uno muy deficiente (Jalisco) y 3 (Campeche, Chihuahua y Tabasco) no habían iniciado el proceso de implementación de la reforma constitucional y de sus Sistemas Locales Anticorrupción (IMCO, 2017).

Por su parte, en lo que se refiere a la aprobación de leyes reglamentarias que desarrollen el artículo 113 constitucional, el IMCO señala solo 11 Estados habían aprobado Leyes para diseñar sus Sistemas Locales Anticorrupción (9 de manera satisfactoria y 2 regular), con lo que ya tenían la base jurídica necesaria para continuar con el desarrollo de los mismos, mientras que, en el extremo opuesto, 13 estados

aún no tenían ni tan siquiera una propuesta de ley para diseñar sus Sistemas Locales Anticorrupción (IMCO, 2017).

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que el gran entramado de leyes e instituciones que prevé el Sistema Nacional Anticorrupción hace complicado su puesta en marcha. Si a esto le añadimos el hecho de que el Estado mexicano se compone por 32 Estados soberanos que a imagen de la legislación nacional deben crear sus propias leyes en la materia, encontramos dos años después de su entrada en vigor, que el proceso de consolidación aún está en marcha. De esta manera, coincidimos con Tapia, en que, frente a este entramado de actores, instancias y atribuciones diversas, existe un desconocimiento generalizado de cómo funciona y para qué sirve el sistema anticorrupción, no solamente entre los ciudadanos sino, incluso, desde el mismo gobierno y otros actores relevantes, todo lo cual hace que resulte difícil su puesta en marcha. (Tapia, 2018).

Por otra parte, tal como lo expresa Pérez, el Sistema Nacional Anticorrupción como política pública significa una oportunidad para reconfigurar al Estado de derecho en su conjunto, porque además del ámbito institucional en el marco de la división de poderes y niveles de gobierno, se requiere un nuevo tipo de relación con la sociedad, y solo en la medida en que este conjunto de reglas y principios regulen la interacción social de manera cotidiana encajará. En efecto, el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) podrá contribuir, de forma racional y ordenada a disminuir la utilización de la función pública y de sus recursos en beneficio de intereses privados o individuales (Pérez, 2018).

Las críticas en relación con la construcción legislativa no se han hecho esperar, y así siguiendo a Diego, podemos mencionar las siguientes:

- (i) El modelo del SNA se inclina por actuar como reacción ante el fenómeno de la corrupción, pero no otorga la debida importancia a la prevención; esto explica la ausencia en este proyecto de la Ética Pública y de un conjunto de instrumentos éticos de aplicación práctica;
- (ii) Existe una falta de independencia y autonomía del Comité Coordinador y de las instituciones integrantes. Para el nuevo Tribunal Federal de Justicia Administrativa, órgano responsable de imponer sanciones a los servidores públicos y a particulares, el decreto establece que los magistrados que lo componen serán designados por el Presidente de la República. La designación por esta vía quita imparcialidad o neutralidad al Tribunal para sancionar y resta autonomía en las deliberaciones;
- (iii) Es clara la falta de capacidad para impulsar sanciones por parte de la Auditoría Superior de la Federación,

ya que solo podrá emitir recomendaciones. Este candado legal impide el castigo directo a los corruptos, garantizando la perpetuación de la impunidad; (iv) La ausencia de una filosofía de valores de servicio público se hace evidente. Cualquier gobierno comprometido verdaderamente en combatir y controlar la corrupción debe poner atención en la conducta de los servidores públicos mediante la filosofía, la educación y la ética. En particular, la Ética Pública es un poderoso instrumento de prevención y control de la corrupción; (v) La falta de originalidad impregna el proyecto. El decreto no es tan novedoso como se ha querido aparentar, de hecho, rescata viejas ideas de principios de los años ochenta, cuando Miguel de la Madrid era Presidente de México y estableció una serie de medidas como la de que todo servidor público tenía que realizar la declaración patrimonial de forma anual como una obligación establecida en la Ley de Responsabilidades de los servidores públicos (Diego, 2018, pp. 21-22).

Dicho autor considera, y nos parece una idea genuina que mucho abonaría a la prevención del delito, incorporar esquemas y procesos de ética en los funcionarios públicos, desde temprana edad mediante la educación y revertir con cero tolerancias, los actos corruptos por mínimos que sean, los cuales son permisibles en nuestra cotidianidad de todos los mexicanos. Diego lo expresa de esta manera:

En la forma de abordar esta problemática se requiere ampliar la visión de análisis, incorporando a la estrategia de lucha enfoques multidisciplinarios con nuevas herramientas como las que ofrece la ética pública. Una combinación equilibrada de medidas preventivas respaldadas tanto en la ética pública como en medidas sancionadoras permitirá enfrentar a la corrupción en sus múltiples formas y facetas. (Diego, 2018, p. 25).

En definitiva, tal como lo expresan Meyer e Hinojosa (2012: p. 12), “[e]l establecimiento del Sistema Nacional Anticorrupción fue un importante primer paso, pero no será eficaz a menos que haya una clara comunicación y coordinación entre todas las instituciones involucradas, y a menos que se permita el avance de las investigaciones serias sobre casos de corrupción”.

Por su parte, Cambero resalta la importancia de criminalizar la corrupción en las empresas privadas, al existir un acuerdo general de que la corrupción tiene repercusiones en el comercio internacional porque impide la buena aplicación de reglas de competencia y modifica el buen funcionamiento de la economía de mercado. Sin embargo, la legislación anticorrupción en México aún tiene mucho camino por

recorrer en este sentido, de manera que se debería, según este autor, reforzar el Sistema Nacional Anticorrupción con una ley que imponga a las empresas la obligación de una vigilancia estricta para prevenir prácticas contrarias a la probidad y la ética dentro de las empresas, además de generar sanciones relacionadas con el tráfico de influencias de un funcionario extranjero. (Cambero, 2019, pp. 79-80).

3. DELITOS POR HECHOS DE CORRUPCIÓN

El 18 de julio de 2016 se emitió un Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal en Materia de Combate a la Corrupción para los delitos del orden Federal, cuya entrada en vigor, tal como lo establece el artículo primero transitorio de dicho Decreto, lo condiciona al nombramiento del Titular de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción, mismo nombramiento que tuvo lugar en marzo de 2019, por lo que es muy prematuro hablar de posibles logros en el ejercicio de la investigación e imputación de delitos, ya que es muy corta su vigencia.

La Fiscalía Especializada se define como un órgano con autonomía técnica y operativa para investigar y perseguir los hechos que la ley considera como delitos por hechos de corrupción. Entre sus atribuciones se encuentran las siguientes: (i) participar como integrante en el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción; (ii) diseñar e implementar estrategias y líneas de acción para combatir los hechos que la ley considera como delitos en materia de corrupción; (iii) implementar planes y programas destinados a detectar la comisión de los hechos que la ley considera como delitos en materia de corrupción en el ámbito de su competencia; (iv) generar sus propias herramientas metodológicas para efecto de identificar los patrones de conducta que pudieran estar relacionados con operaciones con recursos de procedencia ilícita; y (v) emitir guías y manuales técnicos.

Resulta evidente que el legislador pretendió con tal reforma que la Fiscalía Especializada sea un verdadero órgano de investigación que promueva acciones y métodos contundentes para la eficaz detección de hechos corruptos. Sin embargo, es criticable que determinó que su puesta en marcha coincidiera con el nombramiento del titular de la fiscalía, más aun si se considera que este ocurrió tres años después

de la reforma al Código Penal Federal, lo que deja entrever una falta de voluntad política muy cuestionada, que incluso permite apreciar cierta simulación, porque, por un lado, la reforma constitucional de 2015 instrumenta una serie de instituciones creadas ex profeso para controlar la corrupción en México, y, por otro lado, no eficientiza la procuración de justicia por una falta de acuerdo político en el nombramiento del fiscal especializado.

Los tipos penales se encuentran en el Título Décimo del Código Penal Federal, denominado *Delitos por hechos de corrupción*. Antes de la reforma el Título se denominaba *Delitos cometidos por servidores públicos*, con lo cual se percibe un cambio de enfoque en el bien jurídico protegido, al extender la posibilidad de sujeto activo, centrándose actualmente en prevención de aquellas acciones u omisiones consideradas corruptas sin limitarse al sujeto de la acción como acontecía antes de la reforma.

Los artículos que conforman dicho Título van del artículo 212 al 224. El primero de ellos, el 212, definía ya antes de la reforma lo que se considera un servidor público, que tiene que ver prácticamente con funcionarios con manejo de recursos federales, ya sean del poder ejecutivo, legislativo o judicial, del ámbito Federal o Estatal⁹. En relación con la culpabilidad, se atribuía al partícipe una punibilidad en los mismos términos que al autor del delito.

Posterior a la reforma, el art. 112 conserva la definición de servidor público y punibilidad del partícipe, pero de manera adicional

⁹ Conforme al artículo 212, “[p]ara los efectos de este Título y el subsecuente, es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal. Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente”.

determina que se impondrá a los responsables la pena de destitución y la inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación por un plazo de uno a veinte años, atendiendo a los siguientes criterios: (i) de uno hasta diez años cuando no exista daño o perjuicio, o cuando el monto de la afectación o beneficio obtenido por la comisión del delito no exceda de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización; y (ii) de diez a veinte años si dicho monto excede el límite señalado en la fracción anterior.

En efecto, la consideración de aplicar en todo caso, independientemente del hecho y delito que se impute, la pena de destitución e inhabilitación de uno a veinte años, consideramos que es una buena medida de prevención general. Si bien es cierto que ya se aplicaba anteriormente a la reforma a ciertos tipos de delitos, el hecho de aplicar la sanción de manera generalizada crea una certeza jurídica de que todo aquel funcionario o particular al que se le condene por un hecho de corrupción tendrá que salir de la esfera de los recursos públicos.

Otro hecho importante que se implementó es la incorporación del particular como responsable en la comisión de los delitos, estableciéndose que el juez debe tomar en cuenta en caso de los particulares: (i) los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones; (ii) las circunstancias socioeconómicas del responsable; (iii) las condiciones exteriores y los medios de ejecución; y (iv) el monto del beneficio que haya obtenido el responsable. Indudablemente la incorporación de los particulares a los hechos considerados corruptos es un gran aporte que se hace con la reforma, ya que el hecho corrupto se convierte en un círculo vicioso en el que no se sabe quién participó primero; el particular queriendo satisfacer su necesidad o el funcionario ambicioso buscando el beneficio ilícito. De cualquier manera, ahora se pretende involucrar a ambas partes en la responsabilidad penal.

En relación con los agravantes, señala que la categoría de *funcionario o empleado de confianza* será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena y que, en el caso de que sean cometidos por servidores públicos, electos popularmente, o cuyo nombramiento esté sujeto a ratificación de alguna de las Cámaras del Con-

greso de la Unión, las penas previstas serán aumentadas hasta en un tercio. Esta medida se considera positiva por el tipo de información que se maneja y la influencia que se tiene en la legislación.

El artículo 213, que no ha sufrido modificación con la reforma, se refiere a la individualización de la pena, para lo cual se deben tomar en cuenta todas las circunstancias personales y la función pública desempeñada.

El artículo 213 Bis aborda los delitos cometidos por servidores públicos miembros de alguna corporación policiaca, aduanera o migratoria. Antes de la reforma, señalaba que las penas previstas serían aumentadas hasta la mitad y, además, imponía la destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Con la reforma al penalizar de la misma manera a estos servidores públicos, se destaca la importancia estratégica que para el Estado tiene prevenir tales conductas en quienes desempeñan cargos de gran cercanía y necesaria función de apoyo a la ciudadanía.

El capítulo II, denominado antes de la reforma como *Ejercicio indebido del servicio público*, cambia a su actual denominación de *Ejercicio ilícito del cargo público*, evidenciando una fuerte carga de legalidad. Antes de la reforma, el artículo 214 señalaba las circunstancias mediante las cuales se hacía un uso indebido del servicio público, que incluían: el ejercer el cargo sin haber tomado posesión; hacerlo después de haber sido revocado; no informar a su superior por escrito o evitar una afectación grave al patrimonio; utilizar ilícitamente información; rendir informes falsos o propiciar daño a las personas o cosas¹⁰. El actual artículo 214 mantiene estas circunstancias, y solo

¹⁰ Según el artículo 214, “[c]omete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que: I. Ejerza las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer todos los requisitos legales. II. Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido. III. Teniendo conocimiento por razón de su empleo, cargo o comisión de que pueden resultar gravemente afectados el patrimonio o los intereses de alguna dependencia o entidad de la administración pública federal centralizada, del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresa de participación estatal mayoritaria, asociaciones y sociedades asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, de órganos constitucionales autónomos, del Congreso de la Unión o de los poderes Judicial Federal o Judicial del Distrito

aumenta las penas en relación con las fracciones I y II, imponiendo pena de prisión de uno a tres años de prisión y multa de treinta a cien días.

Por lo que refiere al artículo 215, relativo al abuso de autoridad de servidores públicos, se mantiene básicamente igual que antes de la reforma¹¹. Tan solo se derogan con la reforma dos fracciones (la II y la

Federal, por cualquier acto u omisión y no informe por escrito a su superior jerárquico o lo evite si está dentro de sus facultades. IV. Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión. V. Por sí o por interpósita persona, cuando legalmente le sean requeridos, rinda informes en los que manifieste hechos o circunstancias falsos o niegue la verdad en todo o en parte sobre los mismos, y VI.- Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado. Al que cometa alguno de los delitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, se le impondrán de tres días a un año de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la comisión del delito y destitución en su caso, e inhabilitación de un mes a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o *comisión* públicos. Al infractor de las fracciones III, IV, V y VI se le impondrán de dos a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o *comisión* públicos”.

¹¹ Según el artículo 215, “[c]ometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes: I. Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto; II. Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare; III. Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud; IV. Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley; V. Cuando el encargado o elemento de una fuerza pública, requerido legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio se niegue a dárselo o retrase el mismo injustificadamente. La misma previsión se aplicará tratándose de peritos; VI.

XIII) que tienen que ver con ejercer violencia sin causa legítima en el ejercicio de sus funciones, y obligar al inculcado a declarar por medio

Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente; VII. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones; VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente; IX. Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de este, dadas u otro servicio; X. Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado; XI. Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación; XII. Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación; XIII. Obligar al inculcado a declarar, usando la incomunicación, la intimidación o la tortura; XIV. Obligar a declarar a las personas que se mencionan en el artículo 243 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, acerca de la información obtenida con motivo del desempeño de su actividad; XV. Omitir el registro de la detención correspondiente o dilatar injustificadamente poner al detenido a disposición de la autoridad correspondiente, y XVI. Incumplir con la obligación de impedir la ejecución de las conductas de privación de la libertad. Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones I a V y X a XII, se le impondrá de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Igual sanción se impondrá a quienes acepten los nombramientos, contrataciones o identificaciones a que se refieren las fracciones X a XII. Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones VI a IX, XIII, XIV, XV, y XVI, se le impondrá de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”.

de la tortura. Por su parte, el artículo 216 no ha tenido ningún cambio significativo con la reforma¹².

Dicha reforma ha incorporado en el artículo 217¹³ el apartado I bis, que castiga la omisión de los hechos de corrupción¹⁴. Así mismo, la reforma ha incluido también el artículo 217 Bis que se refiere a los

¹² Conforme al artículo 216, “[c]ometen el delito de coalición de servidores públicos, los que teniendo tal carácter se coaliguen para tomar medidas contrarias a una ley, reglamento u otras disposiciones de carácter general, impedir su ejecución o para hacer dimisión de sus puestos con el fin de impedir o suspender la administración pública en cualquiera de sus ramas. No cometen este delito los trabajadores que se coaliguen en ejercicio de sus derechos constitucionales o que hagan uso del derecho de huelga. Al que cometa el delito de coalición de servidores públicos se le impondrán de dos años a siete años de prisión y multa de treinta a trescientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de la comisión del delito”.

¹³ Conforme al artículo 217, “[c]omete el delito de uso ilícito de atribuciones y facultades: I.- El servidor público que ilícitamente: A) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación; B) Otorgue permisos, licencias, adjudicaciones o autorizaciones de contenido económico; C) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal; D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, con recursos públicos; E) Contrate deuda o realice colocaciones de fondos y valores con recursos públicos. II.- Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas, y III.- El servidor público que teniendo a su cargo fondos públicos, les dé una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados o haga un pago ilegal. Se impondrán las mismas sanciones previstas a cualquier persona que a sabiendas de la ilicitud del acto, y en perjuicio del patrimonio o el servicio público o de otra persona participe, solicite o promueva la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este artículo. Al que cometa el delito a que se refiere el presente artículo, se le impondrán de seis meses a doce años de prisión y de treinta a ciento cincuenta días multa”.

¹⁴ Según el artículo 217.I.bis, “[e]l servidor público que a sabiendas de la ilicitud del acto, y en perjuicio del patrimonio o del servicio público o de otra persona: A) Niegue el otorgamiento o contratación de las operaciones a que hacen referencia la presente fracción, existiendo todos los requisitos establecidos en la normatividad aplicable para su otorgamiento, o B) Siendo responsable de administrar y verificar directamente el cumplimiento de los términos de una concesión, permiso, asignación o contrato, se haya abstenido de cumplir con dicha obligación”.

delitos cometidos por los particulares¹⁵, y los artículos 217 Ter¹⁶ y 217 Quater¹⁷, que se refieren al pago y recibo indebido de remuneraciones

¹⁵ Según el artículo 217 Bis, “[a] particular que, en su carácter de contratista, permisionario, asignatario, titular de una concesión de prestación de un servicio público de explotación, aprovechamiento o uso de bienes del dominio de la Federación, con la finalidad de obtener un beneficio para sí o para un tercero: I. Genere y utilice información falsa o alterada, respecto de los rendimientos o beneficios que obtenga, y II. Cuando estando legalmente obligado a entregar a una autoridad información sobre los rendimientos o beneficios que obtenga, la oculte. Al que cometa el delito a que se refiere el presente artículo, se le impondrán de tres meses a nueve años de prisión y de treinta a cien días multa”.

¹⁶ El Artículo 217 Ter señala: [a]demás de las responsabilidades administrativa y política, incurre en el delito de remuneración ilícita: I. El servidor público que apruebe o refrende el pago, o que suscriba el comprobante, cheque, nómina u orden de pago, de una remuneración, retribución, jubilación, pensión, haber de retiro, liquidación por servicios prestados, préstamo o crédito, no autorizado de conformidad con lo dispuesto en la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos; II. Quien reciba un pago indebido en los términos de la fracción anterior sin realizar el reporte dentro del plazo señalado en el artículo 5 de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, teniendo conocimiento de la ilicitud del acto, excepto cuando forme parte del personal de base y supernumerario de las entidades públicas que no tenga puesto de mando medio o superior, así como el personal de tropa y clases de las fuerzas armadas, o en los casos considerados por el mismo artículo 5 de la mencionada Ley como falta administrativa no grave”.

¹⁷ El Artículo 217 Quáter señala, en relación con la penalidad, que: “[p]or la comisión del delito señalado en el artículo precedente se impondrán las siguientes penas: I. Si el beneficio indebidamente otorgado no excede del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y multa de treinta a trescientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito; II. Si el beneficio indebidamente otorgado excede el equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, pero no es mayor que el equivalente a dos mil veces dicha unidad, se impondrán de seis meses a tres años de prisión y multa de treinta a trescientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito; III. Si el beneficio indebidamente otorgado excede el equivalente a dos mil veces, pero no es mayor que el equivalente a cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientas a mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, y IV. Si el beneficio indebidamente otorgado excede el equivalente a cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de

de los servidores públicos. Los artículos 218¹⁸, 219¹⁹ y 220²⁰ no han presentado, sin embargo, cambios significativos con la reforma.

cometerse el delito, se impondrán de cinco a doce años de prisión y multa de quinientas a tres mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito. Se impondrá también la destitución y la inhabilitación para desempeñar otro cargo, empleo o comisión públicos de seis meses a catorce años”.

¹⁸ Según el artículo 218, “[c]omete el delito de concusión: el servidor público que con el carácter de tal y a título de impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento, exija, por sí o por medio de otro, dinero, valores, servicios o cualquiera otra cosa que sepa no ser debida, o en mayor cantidad que la señalada por la Ley. Al que cometa el delito de concusión se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando la cantidad o el valor de lo exigido indebidamente no exceda del equivalente de quinientos días de Unidades de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea evaluable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa. Cuando la cantidad o el valor de lo exigido indebidamente exceda de quinientos días de Unidades de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a doce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa”.

¹⁹ Conforme al artículo 219, “[c]omete el delito de intimidación: I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona, utilizando la violencia física o moral, inhíba o intimide a cualquier persona para evitar que ésta o un tercero denuncie, formule querrela o aporte información relativa a la presunta comisión de una conducta sancionada por la Legislación Penal o por la Ley General de Responsabilidades Administrativas, y II.- El servidor público que con motivo de la querrela, denuncia o información a que hace referencia la fracción anterior realice una conducta ilícita u omita una lícita debida que lesione los intereses de las personas que las presenten o aporten, o de algún tercero con quien dichas personas guarden algún vínculo familiar, de negocios o afectivo. Al que cometa el delito de intimidación se le impondrán de dos años a nueve años de prisión y de treinta a cien días multa”.

²⁰ Según el artículo 220, “[c]omete el delito de ejercicio abusivo de funciones: I.- El servidor público que en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, ilícitamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendiente o ascendiente, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte; II.- El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interpósita persona, inversio-

En cuanto al artículo 221²¹, la reforma añade una fracción IV relativa a los particulares²², mientras que en el artículo 222²³ introduce la

nes, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a alguna de las personas mencionadas en la primera fracción. Al que cometa el delito de ejercicio abusivo de funciones se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo no exceda del equivalente a quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa. Cuando la cuantía a que asciendan las operaciones a que hace referencia este artículo exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a doce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa”.

²¹ Según las fracciones I a III del artículo 221, “[c]omete el delito de tráfico de influencia: I.- El servidor público que por sí o por interpósita persona promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos ajenos a las responsabilidades inherentes a su empleo, cargo o comisión, y II.- Cualquier persona que promueva la conducta ilícita del servidor público o se preste a la promoción o gestión a que hace referencia la fracción anterior. III.- El servidor público que, por sí, o por interpósita persona indebidamente, solicite o promueva cualquier resolución o la realización de cualquier acto materia del empleo, cargo o comisión de otro servidor público, que produzca beneficios económicos para sí o para cualquiera de las personas a que hace referencia la primera fracción del artículo 220 de este Código”.

²² La nueva fracción IV del artículo 221 señala que: “[a] particular que, sin estar autorizado legalmente para intervenir en un negocio público, afirme tener influencia ante los servidores públicos facultados para tomar decisiones dentro de dichos negocios, e intervenga ante ellos para promover la resolución ilícita de los mismos, a cambio de obtener un beneficio para sí o para otro. Al que cometa el delito de tráfico de influencia, se le impondrán de dos años a seis años de prisión y de treinta a cien días multa”.

²³ Según las fracciones I y II del artículo 222, “[c]ometen el delito de cohecho: I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba ilícitamente para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio, o acepte una promesa, para hacer o dejar de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión; II.- El que dé, prometa o entregue cualquier beneficio a alguna de las personas que se mencionan en el artículo 212 de este Código, para que haga u omita un acto relacionado con sus funciones, a su empleo, cargo o comisión, Al que comete el delito de cohecho se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea evaluable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

fracción III que se refiere a los legisladores²⁴. No ha ocurrido lo mismo en el artículo 222 bis²⁵, que se mantiene en los mismos términos que

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, los bienes, promesa o prestación exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa. En ningún caso se devolverá a los responsables del delito de cohecho, el dinero o dádivas entregadas, las mismas se aplicarán en beneficio del Estado”.

²⁴ La nueva fracción III del artículo 222, señala lo siguiente: “[e]l legislador federal que, en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, y en el marco del proceso de aprobación del presupuesto de egresos respectivo, gestione o solicite: a) La asignación de recursos a favor de un ente público, exigiendo u obteniendo, para sí o para un tercero, una comisión, dádiva o contraprestación, en dinero o en especie, distinta a la que le corresponde por el ejercicio de su encargo; b) El otorgamiento de contratos de obra pública o de servicios a favor de determinadas personas físicas o morales. Se aplicará la misma pena a cualquier persona que gestione, solicite a nombre o en representación del legislador federal las asignaciones de recursos u otorgamiento de contratos a que se refieren los incisos a) y b) de este artículo.

²⁵ Según el artículo 222, “[s]e impondrán las penas previstas en el artículo anterior al que con el propósito de obtener o retener para sí o para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales, ofrezca, prometa o dé, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquiera otra dádiva, ya sea en bienes o servicios: I. A un servidor público extranjero, en su beneficio o el de un tercero, para que dicho servidor público gestione o se abstenga de gestionar la tramitación o resolución de asuntos relacionados con las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión; II. A un servidor público extranjero, en su beneficio o el de un tercero, para que dicho servidor público gestione la tramitación o resolución de cualquier asunto que se encuentre fuera del ámbito de las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión, o III. A cualquier persona para que acuda ante un servidor público extranjero y le requiera o le proponga llevar a cabo la tramitación o resolución de cualquier asunto relacionado con las funciones inherentes al empleo, cargo o comisión de este último. Para los efectos de este artículo se entiende por servidor público extranjero, toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en el poder legislativo, ejecutivo o judicial o en un órgano público autónomo en cualquier orden o nivel de gobierno de un Estado extranjero, sea designado o electo; cualquier persona en ejercicio de una función para una autoridad, organismo o empresa pública o de participación estatal de un país extranjero; y cualquier funcionario o agente de un organismo u organización pública internacional. Cuando alguno de los delitos comprendidos en este artículo se cometa en los supuestos a que se refiere el artículo 11 de este Código, el juez impondrá a la persona moral hasta mil días multa y podrá decretar su suspensión o disolución, tomando en consideración el grado de conocimiento de los órganos de adminis-

presentaba antes de la reforma, ni en el artículo 223²⁶, que tampoco ha sufrido modificaciones significativas. Finalmente, en relación con el artículo 224, la reforma ha extendido su aplicación a los bienes del cónyuge y de los dependientes económicos directos, señalando que, en caso de tipificarse algún otro delito del presente Título, no procederá el concurso de delitos²⁷.

tración respecto del cohecho en la transacción internacional y el daño causado o el beneficio obtenido por la persona moral.”

²⁶ Conforme al artículo 223, “[c]omete el delito de peculado: I.- Todo servidor público que para su beneficio o el de una tercera persona física o moral, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, en posesión o por otra causa; II.- El servidor público que ilícitamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona; III.- Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades, y IV.- Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó. Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa. Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa. Cuando los recursos materia del peculado sean aportaciones federales para los fines de seguridad pública se aplicará hasta un tercio más de las penas señaladas en los párrafos anteriores”.

²⁷ Según el artículo 224, “[s]e sancionará a quien, con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño. Para efectos del párrafo anterior, se computarán entre los bienes que adquieran los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los que reciban o de los que dispongan su cónyuge y sus dependientes económicos directos, salvo que el servidor público acredite que éstos los obtuvieron por sí

4. CONCLUSIONES

Poner en marcha el sistema anticorrupción anteriormente descrito conlleva un gran reto para México, tanto para sus instituciones como para los ciudadanos, ya que supone un cambio no solo estructural sino cultural; un cambio que modifique la forma de interacción, entre gobernados y gobernantes en donde se respeten las instituciones por su grado de legitimidad y se priorice la dignidad de la persona más allá de las instituciones, indudablemente el camino no es corto pero por ahora resulta significativo el esfuerzo asumido mediante la reforma que propicia un grado de responsabilidad en la propia dinámica social.

Cambiar el inconsciente colectivo es quizá la tarea más difícil de lograr; entender que no se nace corrupto y que no se es corrupto por ser parte de una sociedad corrupta es el principio de la transformación. Saber el deterioro social que causa la corrupción y sus nefastas consecuencias económicas que impactan en los índices de pobreza e inciden en el débil desarrollo de bienestar que incrementa cada día más la grave desigualdad social en México, es sin duda alguna, también un importante paso para combatir la corrupción y revertir la ingobernabilidad en ciernes que nos dibuja a un estado fallido y que tanto lastima a nuestro país.

La reforma Constitucional del año 2015 ha creado nuevas instituciones, y modificado otras, tendentes a construir puentes para prevenir y acotar los hechos de corrupción. Es indudable que el primer reto será vincular a todas esas instituciones y consolidar métodos que

mismos. No será enriquecimiento ilícito en caso de que el aumento del patrimonio sea producto de una conducta que encuadre en otra hipótesis del presente Título. En este caso se aplicará la hipótesis y la sanción correspondiente, sin que dé lugar al concurso de delitos. Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones: Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa. Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización se impondrán de dos años a catorce años de prisión y multa de cien a ciento cincuenta días multa”.

permitan hacer más eficientes las tareas institucionales para poder dar pasos significativos hacia el control y prevención de la corrupción.

Por otro lado, las altas cifras de delincuencia y el aumento progresivo de delincuencia organizada a los más altos niveles de gobierno nos colocan en una tesitura muy complicada. Por ello, para que pueda subsistir un Estado Social y Democrático de Derecho en México (que en teoría se establece en nuestra Constitución), es necesario apostar por la transparencia y la rendición de cuentas, por fortalecer el sistema legal y judicial, optar por el nombramiento de funcionarios basado en los méritos propios e integridad personal, fomentar la libertad de expresión y aumentar la participación ciudadana. En este sentido, es necesario subrayar que el golpe de timón se ha dado, de manera que la cultura de la transparencia y el respeto a los Derechos humanos ha tocado a la puerta de la sociedad mexicana. Si bien es cierto que no solo creando instituciones se logran cambios profundos, no es menos cierto que son las instituciones las que propician el camino hacia la democracia.

En relación con la evolución que han experimentado los tipos penales, tal como observamos, esta ha sido moderada, porque se parte de los mismos tipos penales con los que se contaba antes de la reforma. No hay grandes cambios, pero sí algunas modificaciones bien logradas que fortalecen la prevención general.

La política criminal puesta en marcha con la citada reforma tiene una clara identidad propia: se tipifica la corrupción, incorpora a los particulares y utiliza la inhabilitación y destitución en todos los casos. Como elementos disuasorios para lograr la prevención general, utiliza la imputación objetiva mediante la consideración del rango de autoridad y grado de reprochabilidad del actor del hecho, y establece como agravante la participación en cuerpos policiacos, entre otros, con lo cual, pretende ser un apropiado freno al alto índice de corrupción que existe en México.

En efecto, al incorporar como sujetos imputables a los particulares en dicho sistema anticorrupción, pone en evidencia la necesidad de fomentar los principios éticos en todos los ciudadanos y fortalecer la cultura de la transparencia y rendición de cuentas como base elemental del ejercicio del poder en un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual participamos y somos actores todos de una u otra

manera. Empoderar al ciudadano es la clave para avanzar hacia el desarrollo y crecimiento sostenible. Legitimar el poder resulta urgente en una democracia débil que sufre todos los días y en todas partes los actos de corrupción.

A nuestro juicio, la política pública emprendida por el Estado mexicano a partir de la Reforma Constitucional del año 2015 es la correcta, si bien es cierto, aún existe mucho trabajo por hacer para lograr su consolidación y así poder calificar su efectividad, también es cierto que al sujetarse a los parámetros internacionales en materia anticorrupción permite, en principio, mantener una esperanza de cambio y genera reconocimiento. En efecto, el planteamiento de una novedosa política criminal en México, que responda a los estándares internacionales contra la corrupción es bien vista por los ciudadanos los cuales se muestran cada vez más decididos a la participación y el compromiso social.

REFERENCIAS

Doctrina

- Borja Jiménez, Emiliano (2003), Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin, en ADPCP. Vol. LVI. Cambero Quezada Guillermo (2019), La justicia penal frente al combate a la corrupción desde la perspectiva de las convenciones internacionales, en *La Justicia Penal. Del contexto local al global: Una mirada crítica*, Ed. Tirant lo Blanch.
- Casar, María Amparo (2016), México. Anatomía de la corrupción, 2ª. Edición.
- Cobos Palma, Alberto (2012), La corrupción en un México globalizado. Revista *In Jure*, año 1, núm. 1.
- Diego Bautista, Oscar (2018), Reflexiones en torno a la creación del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) de México y su desvinculación de la ética pública como mecanismo de prevención de la corrupción en *Colección Cuadernos de ética para los Servidores públicos* No. 3, Toluca, UAEM/ Contraloría del Poder Legislativo.
- López González, Silvia P. (2018), Hablemos de corrupción en *Revista Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, año 2, núm. 8, ISSN 2448-5128.

- Meyer, Maureen; Hinojosa, Gina (2018), Informe. El sistema nacional anticorrupción en México. Una oportunidad histórica en la lucha contra la corrupción WOLA Advocacy for Human Rights in the Americas.
- Ochoa Romero, Roberto A. (2017), Corrupción. Significado y Estrategias Internacionales y Nacionales para su implementación. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Perez Perez, Gabriel (2018), El Sistema Nacional Anticorrupción como política pública para reconfigurar al Estado de derecho en Revista Espacios Públicos, vol. 21, núm. 52, Universidad Autónoma del Estado de México.
- Tapia Palacios, Palmira (2018), Red Forbes.
- Zapata Callejas, John Sebastián (2014), La Teoría del Estado fallido: Entre aproximaciones y disensos, en Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, vol. 9, núm. 1, enero-junio, Colombia.

Legislación

- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de fecha 18 de julio de 2016.
- Decreto por el que se expide la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación; y se reforman el artículo 49 de la Ley de Coordinación Fiscal, y el artículo 70 de la Ley General de Contabilidad Gubernamental de fecha 18 de julio de 2016.
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal en Materia de Combate a la Corrupción.
- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.
- Ley General de Responsabilidades administrativas.
- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.
- Manual del Sistema Nacional Anticorrupción elaborado pro USAID y Ethos, laboratorio de políticas públicas, ISBN: 978-607-9787-0-4.

Otras Referencias

- Consejo Nacional del Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), 2018, Lineamientos y Criterios generales para la definición, identificación y medición de la pobreza. Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México, [Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Normateca/Documents/ANEXO-Lineamientos-DOF-2018.pdf>].
- El Financiero, 2017, El costo de la corrupción en México en 3 gráficas, [Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/el-coste-de-la-corrupcion-en-mexico-en-graficas>].
- Instituto Mexicano para la Competitividad. A. C. (IMCO), 2017, [Disponible en: <https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2017/05/Boleti%CC%81n->

- Actualizacio%CC%81n-Sema%CC%81foro-Anticorrupcio%CC%81n.pdf].
- La Silla Rota, 2019, Los 11 escándalos de corrupción más sonados en México, [Disponible en: <https://lasillarota.com/los-11-escandalos-de-corrupcion-mas-sonados-en-mexico-corrupcion-cfe-ohl-panama-papers/109533>].
- Transparency International, 2019, [Disponible en: www.transparency.org/cpi].

Capítulo XI

URUGUAY

Pablo Galain Palermo

INTRODUCCIÓN

Esta contribución analiza el problema de la corrupción en el sistema jurídico penal uruguayo y ofrece un análisis básico de la política criminal utilizada contra la corrupción¹. Aquí se entiende la corrupción como un *problema* porque se trata de una cuestión que requiere de una explicación². La cuestión problemática es que cuando hay comportamientos corruptos se alteran de forma indebida determinadas interacciones sociales y se desvirtúan funciones públicas que son realizadas para el provecho espurio de quienes las gestionan. En cuanto a lo jurídico, se busca la forma de intervenir mediante normas y mecanismos de regulación (algunos sancionatorios) que tengan una repercusión social beneficiosa. Se parte de la base que la corrupción es un fenómeno histórico con profundas raíces sociales (en algunas sociedades puede llegar a ser estructural) (Moriconi, M., 2018, pp. 497-518), donde la tolerancia y la anomia ciudadana con respecto al valor y el cumplimiento de las normas son variables a considerar al momento de dimensionar el problema, para determinar la intervención mediante una política pública (criminal)³.

¹ Para el diccionario de la Real Academia Española (RAE), en su primera acepción, problema es una “Cuestión que se trata de aclarar”.

² Según la primera acepción de la RAE aclarar es: “Disipar o quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo”.

³ En algunos sistemas es difícil identificar el problema en sí mismo cuando la legalidad y la ilegalidad se fusionan o confunden y es difícil la diferenciación entre ambas. La *crimilegalidad* “es un conjunto de patrones regulares de intercambio e interacción social entre el Estado y actores no estatales, públicos y privados que se sitúan en los márgenes de, o están flagrantemente en contravención a la ley establecida en un lugar y momento dado. Estos intercambios e interacciones sociales están situados en las zonas grises que se encuentran en algún lugar del continuo que se extiende desde el ámbito de la legalidad hasta el de la criminalidad. Si bien estos intercambios e interacciones pueden estar —y en realidad lo están

Parto de la base que los niveles de corrupción y la magnitud o dimensión del problema dependen tanto de los controles sociales primarios como secundarios (formales e informales), de modo que las normas y procedimientos (la política criminal) aplicados para la prevención y represión de los delitos relacionados con la corrupción son apenas una parte de los mecanismos que pueden ser utilizados para resolver un problema de interacción social complejo. Se toma en consideración que a nivel regional, la corrupción es considerada un fenómeno complejo y multidisciplinario contra el que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar conductas corruptas, con el objetivo de la erradicación eficaz y eficiente de tales prácticas⁴. Estas medidas pueden ser de distinta naturaleza (control primario y secundario, formal e informal), pero aquí la mirada se realiza exclusivamente desde lo jurídico penal.

Partimos de la premisa de la dificultad que tiene conceptualizar el fenómeno de la corrupción con fines preventivo-punitivos, lo que repercute directamente en la exigencia de concreción derivada del principio de legalidad. En materia penal el legislador está obligado a determinar de forma previa y concreta cuáles son los elementos esenciales de las conductas (prohibiciones o mandatos) que pueden llegar a convertirse en tipos penales y de aquellos intereses que pasan a ser protegidos mediante la amenaza de castigos. En lo que respecta a la concreción de la materia de prohibición, Uruguay ha tomado por el camino unidireccional de considerar la corrupción como un fenómeno ligado únicamente a las relaciones funcionariales (un problema de ejercicio de la función pública), a pesar de los cambios en las relaciones sociales nacionales e internacionales que podrían sugerir una

a menudo— orientados a generar ganancias económicas privadas, individuales o colectivas, también producen legitimidad, exoneración judicial y, en última instancia, orden político y social” (Schultze-Kraf, M., (2016), p. 34).

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 242. La corrupción se ha convertido en un problema de primer orden en el continente latinoamericano, al punto de que en tiempos recientes la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido desarrollando determinados estándares judiciales que refieren a la corrupción y la protección de los Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, N.º 23, Corrupción y Derechos Humanos).

ampliación del ámbito de prevención y punición a la corrupción en las relaciones privadas (Bautista, O., 2017, pp. 1-11). Consecuencia de esta decisión político criminal de limitar el problema de la corrupción al ámbito de los funcionarios públicos, desde el punto de vista jurídico-penal, no pueden ser consideradas como parte del “problema de la corrupción” todas aquellas desviaciones éticas en relación con las normas deontológicas en el ámbito de las relaciones y negociaciones privadas⁵.

Este foco, anclado exclusivamente en lo “público” o “funcional”, ha reducido no solo las posibilidades de intervención y la competencia de la Administración de Justicia (control secundario) sino también la visión del ciudadano uruguayo, que se considera ajeno al problema y piensa que vive en un país “libre” de corrupción o con un nivel de corrupción “tolerable” (control primario)⁶. Para la mayoría de los ciudadanos, Uruguay está libre de “contagio” o, al menos, su “sistema defensivo” ha funcionado reactivamente ante la aparición del fenómeno⁷. Este imaginario de ausencia de corrupción (o al me-

⁵ De otra opinión, para el caso uruguayo, Montano (2009): “Pueden existir actos corruptos en otros ámbitos del quehacer social cuando el sujeto activo actúa de manera distinta a la que corresponde a su quehacer en el ámbito de una determinada función o de un determinado cargo, aprovechándose de su situación de ventaja o de poder, para ir en contra de los intereses de quien confía en él. Por eso el ámbito es bastante más amplio que el de los funcionarios públicos (...) Habrá de reservarse la reacción penal a aquellos casos más graves que no pueden ser controlados por otros sectores del orden normativo social. su conducta puede quedar sometida al derecho sancionatorio administrativo. Si, además, con el actuar dañoso se producen perjuicios podrá reclamárseles por la vía civil”.

⁶ “La corrupción es un fenómeno borroso, difícil de registrar por su opacidad e ilegalidad. Hasta ahora han predominado las encuestas y entrevistas de opinión o de victimización al momento de estudiarla, lo que conlleva los aspectos relativos a la construcción de ese fenómeno social desde las percepciones de las personas” (Hernaíz, C., Phélan, M. & Camacho, J., 2014, p. 136).

⁷ A la corrupción se la ha definido a lo largo del tiempo como si se tratara de una enfermedad. En Alemania, durante el nacionalsocialismo, se quería evitar “el peligro de contagio” (*Ansteckungsgefahr*) en relación con la corrupción. La jurisprudencia se refería al fenómeno con expresiones biológicas o metáforas médicas como “enfermedad del estado”, “cáncer metastásico”, “úlceras”, “plaga”, “bacilo”, “virus” o “epidemia” (Rose-Ackerman, S., 2001, p. 62). Las alusiones biológicas o médicas no han cesado, si nos atenemos a la reunión de Ministros de Justicia del Consejo de Europa de La Valetta en 1997 donde se calificó a la corrupción como un “cáncer” o al Prefacio de la Convención de Naciones Unidas

nos como un problema endémico) es respaldado por la calificación de organismos y medios de comunicación internacionales⁸, algunos de ellos dedicados a medir los índices de corrupción, si bien cabe recordar que tales índices se confeccionan considerando la opinión de empresarios y ciudadanos del país involucrado (Transparency International, 2018); lo que puede explicar en parte esa idea de ajenidad del Uruguay y de sus ciudadanos en las mediciones de las desviaciones en los ámbitos de relación público y privado. En el informe de Transparency International de 2018, Uruguay ocupa el puesto número 23 a nivel mundial, lo que lo posiciona como el país más “transparente” de América Latina (Transparency International, 2018); aunque estos datos no permitan afirmar que sea el menos corrupto⁹. Ahora bien, como ya se dijo, estos índices se construyen considerando la opinión y la percepción de los ciudadanos que allí habitan¹⁰.

contra la Corrupción (CNUCC), donde se la considera una “plaga insidiosa” ya ingresados en el Siglo XXI: “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad”.

⁸ Según el sitio web del Banco Mundial actualizado en octubre 2019: “En términos relativos, su clase media es la más grande de América, y representa más del 60% de su población. Uruguay se ubica entre los primeros lugares de la región en relación con diversas medidas de bienestar, como el Índice de Desarrollo Humano, el Índice de Oportunidad Humana y el Índice de Libertad Económica. La estabilidad de las instituciones y los bajos niveles de corrupción se reflejan en el alto grado de confianza que tienen los ciudadanos en el Gobierno.”. Dice el Diario El País de Madrid (2019): “La estabilidad política y jurídica, los bajos niveles de criminalidad, de corrupción y de pobreza han convertido a Uruguay en una isla dentro de Latinoamérica. Las empresas multinacionales se instalan en Montevideo y en las zonas libres de impuestos; las potencias mundiales también se disputan el territorio, muchas veces ante la indiferencia de los propios uruguayos”.

⁹ Tengamos en cuenta, sin embargo, que “transparencia no es lo contrario de corrupción. Transparencia es un concepto que proviene de la estética y la óptica. Si entendemos la corrupción como un fenómeno moral, lo contrario sería probidad u honestidad. [...] Para el discurso moralista anticorrupción, la transparencia es el medio para recuperar la confianza pública en los dirigentes y en las instituciones y relegitimar la democracia. [...] La transparencia brinda datos, no intenciones. [...] Los datos se constatan, las intenciones se discuten. La comprensión de la corrupción es contingente y la transparencia de esa contingencia es la mayor fuente de deslegitimación de su persecución y condena” (Moriconi, M., 2018, p. 276).

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que se trata de un sistema jurídico que no considera la posibilidad de cometer delitos en el ámbito privado. También debe considerarse que

Uruguay no ha estado libre de problemas de corrupción a nivel público, pero muchos de ellos, aun cuando afectaban a personas vinculadas al poder y se trataba de beneficios económicos relativamente bajos, han sido detectados por el sistema republicano de controles y sancionados por el sistema jurídico. En cuanto a la corrupción en el ámbito privado, la no injerencia del derecho penal en dicha esfera —mediante la protección de bienes jurídicos— dificulta su consideración como un problema de gravedad para las interacciones sociales. De todas formas, la cuestión de la percepción de la corrupción puede llegar a ser confusa. En 2009 el 73% de los empresarios manifestaron en una encuesta de una empresa privada que en Uruguay había corrupción (El Observador). Según el Informe de *Latinobarómetro* de 2018, en Uruguay la corrupción no existe con significancia estadística para la población (1%), sin embargo, el 59% considera que durante ese año la corrupción aumentó. Téngase en cuenta que en muchas de las figuras vinculadas a la corrupción hay un pacto ilegítimo que dificulta la identificación de una víctima concreta (en muchos casos se trata de una víctima-autor o de un autor-víctima), constituyendo delitos donde la víctima es potencial (como miembro de la sociedad)¹¹. De esta manera se podría decir que para la mayoría de los ciudadanos la corrupción está en aumento, aunque no sea considerada como un problema o riesgo del país, lo que explica que —salvo durante algún escándalo puntual— ella no está presente en el discurso público y, por lo tanto, tampoco aparece como una cuestión de importancia en la agenda política del gobierno.

La corrupción como fenómeno de gravedad que debe ser combatido mediante la política criminal y las herramientas del derecho penal, no es un problema exclusivo de países “en vías de desarrollo” ni se relaciona con el desarrollo (o prosperidad) económico (al que incluso puede con-

además de la percepción subjetiva de la corrupción existe una corrupción objetiva que se tendría que medir con indicadores que permitan comparar en el tiempo y espacio informes policiales, sentencias judiciales, casos de corrupción que tomaron conocimiento público, aunque no recibieron tratamiento penal, volumen del fraude fiscal, etc. (Diez Nicolás, J., 2013; Fernández Steinko, p. 225).

¹¹ Esta potencialidad de la víctima disminuye las posibilidades de que la sociedad se identifique con la ella y pueda percibir con mayor claridad el fenómeno delictivo (Garland, D., 2012, p. 324).

tribuir positivamente)¹², sino que guarda relación con la calidad del “Estado de Derecho”¹³. Si bien este análisis escapa al objeto de este trabajo, podemos asumir que según indican las “mediciones de transparencia”, los Estados totalitarios y/o aquellos con mayor “déficit democrático” (entiéndase dentro de este concepto a los controles republicanos entre los distintos poderes de Estado, el papel de la prensa, la injerencia de los organismos de control del gasto público, etc.) son los que tienen mayores índices de corrupción y de impunidad, lo que puede interpretarse como que tienen (forzosamente) una mayor tolerancia con aquella¹⁴. Podría pensarse que el grado y magnitud de la tolerancia se relaciona con la fortaleza democrática de un país y que ello debería incidir en la política criminal y en el ejercicio y aplicación del derecho sancionador (administrativo o penal). Siguiendo este razonamiento, que bien puede aplicarse al caso uruguayo, se podría sostener que a mayor calidad del Estado de Derecho habrá menor tolerancia con la corrupción¹⁵.

¹² En términos de crecimiento y desarrollo económico la “corrupción” de funcionarios públicos (extranjeros) por medio de grandes corporaciones privadas (o públicas) ha estado ligada a la expansión de las democracias y la libertad de mercados, al punto que Huntington (1968) proclamó que una sociedad con una burocracia rígida, excesivamente centralizada y honesta puede ser peor que una sociedad con una burocracia rígida, excesivamente centralizada y deshonestas (p. 386).

¹³ En la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2004 se dice: “Preocupada por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.” A nivel regional, se dice que la prevención y el combate a la corrupción son fundamentales para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho en nuestros países, y que la corrupción debilita la gobernabilidad democrática, la confianza de la ciudadanía en las instituciones y tiene un impacto negativo en el goce efectivo de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las poblaciones de nuestro hemisferio” (VII Cumbre de Las Américas, Lima (2018).

¹⁴ Nash, C. (2008): “Venezuela hoy puede ser un ejemplo de déficit democrático y altos índices de corrupción e impunidad. China, por su parte, tiene similares déficits democráticos, pero su gobierno sigue una política de “guerra contra la corrupción”, si bien su política criminal no es transparente en cuanto al concepto y los mecanismos de lucha desplegados en el combate” (pp. 353-408) (Transparency International).

¹⁵ Según *Latinobarómetro* 2018 el 50% de ciudadanos latinoamericanos cree que su presidente y sus funcionarios pueden estar envueltos en casos de corrupción, mientras que en Uruguay solo el 26% piensa de esa manera.

La corrupción guarda relación con la calidad de un sistema social y jurídico, pues ella no solo tiene que ver con el incumplimiento de deberes funcionariales o del cargo, sino también con la relación entre el ciudadano y el funcionario que debería estar ceñida por la imparcialidad u objetividad (Valeije, I., 1995, pp. 27 y 35). A nivel comparado, “el elemento sistematizador común es la vinculación con la función y la violación de disposiciones que deben ser respetadas en el ejercicio de la función” (Überhofen, M., 1997, p. 71). Esto no significa que no exista corrupción en las relaciones entre sujetos del ámbito privado que cumplen con determinados roles u ocupan cargos de poder y tomas de decisión en el mundo económico-empresarial, cuando ellos actúan contrariamente a los deberes inherentes o a la fidelidad con los intereses que representan (por ejemplo, mediante el pago de sobornos para beneficiar otros intereses). Claro está, el problema de la corrupción (también en el ámbito privado) sería de urgente intervención si en Uruguay existiera un problema de corrupción estructural que dañara el *rule of law*. El problema que aquí no puedo analizar ni debatir es si ese ámbito de los privados debe integrar el mismo concepto de corrupción que rige para el ejercicio de la función pública¹⁶.

¹⁶ “Haciendo un collage de varias concepciones se puede decir que la corrupción es todo comportamiento o acción abusiva por parte de funcionarios gubernamentales, o de algún miembro de una compañía, éticamente cuestionable y con la que se busca el beneficio individual o de un grupo específico, en detrimento del posible beneficio de otros actores (BID, 2001; PNUD, 2003). En un intento por identificar estas acciones se pueden enumerar las siguientes: sobornos, lavado de dinero, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, encubrimiento, obstrucción de la justicia y corrupción política” (Hernaíz, C., Phélan, M. & Camacho, J., 2014, p. 140). Ahora bien, hay que tener en cuenta la advertencia de Kindhäuser (2007): “Si bien mi tesis tiene como consecuencia en el plano de la política jurídica que los delitos de corrupción se puedan ampliar en su ámbito de aplicación o aplicar a nuevos sectores sociales, los elementos específicos de la corrupción no necesitan por ello ser modificados. En la discusión político-jurídica alemana y europea se comete precisamente este error: se modifican los elementos de las formas de agresión corruptivas para ampliar el ámbito de aplicación del delito y se sanciona, de esta manera, conforme al tenor literal formas de comportamiento que, o no son en lo absoluto criminal, o no tienen ya un carácter de corrupción” (p. 2). Hay quienes no encuentran inconvenientes en que el legislador recurra a criterios más estrictos para determinar el injusto del funcionario público en comparación con el del empleado privado (Überhofen, M., 1997, p. 33); y están aquellos que prefieren reforzar los

1. LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICA Y NORMATIVA PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA CORRUPCIÓN

En su origen republicano, Uruguay fue un campo de pastoreo para cabezas de ganado y un “Estado tapón” entre Brasil y Argentina, a impulso de los intereses comerciales de Gran Bretaña (Vanger, M., 1968, pp. 1 y ss.). Si seguimos la división cronológica hecha por Sarlo (2011) para explicar la correlación entre las estructuras estales y la justicia, podemos decir que entre 1830-1904 la república se construyó sobre los partidos políticos tradicionales (Colorado y Blanco), quienes cumplieron con las estructuras y funciones de un Estado débil hasta la Guerra Civil (1904), que fue el mojón para el nacimiento de una única política de Estado. Entre 1904-1973 se construyó el Estado moderno con un sistema electoral seguro y transparente (1925) y una fuerte burocracia (p. 79). El Estado uruguayo fue construido a imagen y semejanza de los Estados benefactores europeos con los desafíos de los países en vías de desarrollo (Forteza. A., 2011, p. 79), un modelo que podemos denominar *batllista*, en honor a su principal impulsor José Batlle y Ordoñez, Presidente de la República entre 1903-1907 y 1911-1915.

Uruguay ha sido históricamente una socialdemocracia con un Estado fuerte, paternalista y competidor del mercado en aquellas áreas en las que no gozaba del monopolio del servicio. El Estado de bienestar comienza su declive luego de la “Guerra de Corea”, cuando la situación mundial se estabiliza y el comercio deja de ser favorable a los países meramente exportadores de materias primas. En 1955 —de un total de 3 millones de habitantes— había 120.000 funcionarios públicos que respondían a los partidos políticos tradicionales. Las cargas sociales excedían la capacidad de la economía donde 1 persona de cada 8 era funcionaria pública o jubilada (Doyenart, J., 2013, p. 25). A nivel social siempre ha existido una “cultura de la pobreza” que exalta virtudes en la *humildad de los pobres* (como si las carencias fueran resultado de una decisión propia) y una “condena a la riqueza”¹⁷, aun cuando ella fuera obtenida por medios legales.

mecanismos de control financiero antes que incrementar la punición (Queral, J., 2007, p. 437).

En Uruguay existe una confusión entre “lo público” y “la propiedad”, en el sentido que solo el Estado puede realizar funciones de este tipo porque es quien luego se encarga de la distribución del gasto social (Doyenart, J., 2013, p. 46). El Estado es laico desde principios del siglo XX y, a diferencia de lo que sucede en sus vecinos en América Latina, la Iglesia no ocupa un papel relevante en las cuestiones políticas y parlamentarias (Da Costa, N., 2009)¹⁸.

Si volvemos a la secuencia propuesta por Sarlo, entre 1973-1984 (dictadura cívico-militar), hubo un colapso del modelo de Estado, pero no se produjo un cambio total hacia las tendencias liberales extremas como sucedió en los países vecinos del cono sur. Entre 1985-2010 se producen cambios económicos más drásticos con el advenimiento del Partido Nacional (Blanco) al gobierno (1990-1995) con la aprobación de la Ley de Empresas Públicas (Ley 16.211 de 1991), que condujo a un proceso de privatización de algunos servicios prestados por el Estado (i.e. concesión de servicios de agua potable y saneamiento en zonas del Departamento de Maldonado¹⁹, adjudicación del sistema de telefonía celular privados en competencia con la empresa estatal ANTEL). Esta ley fue muy criticada por los sectores de izquierda (porque no se condecía con la idiosincrasia uruguaya) y fue anulada parcialmente por el Referéndum del 13.12.1992 (con el apoyo del Partido Colorado, defensor del *modelo batllista*, que corría peligro de ser *desmantelado* por las privatizaciones), si bien ella permitió la

¹⁷ En Uruguay el “éxito se esconde, se disimula (...) la riqueza existe, pero hay que repartirla”, frase con la que se muestran de acuerdo más del 60% de los uruguayos mayores de 17 años” (Doyenart, J., 2013, p. 37).

¹⁸ A fines del Siglo XIX gana adeptos el positivismo racional que desplazó al humanismo. El positivismo evolucionista, el progresismo científico racional ha marcado profundamente a la sociedad uruguaya. “Seguramente, el positivismo imperante en esa época tuvo un impacto decisivo en nuestra identidad. Escepticismo, individualismo, racionalismo, introspección, separación de lo público de lo privado y esa cuasi religiosidad secular nos marcaron en forma permanente. Pero, quizás lo más importante radique en la asociación entre lo público y el Estado, hasta el punto que se confundieran en una sola cosa” (Doyenart, J., 2013, p. 164).

¹⁹ En 2004 un Plebiscito que contó con un 64.58% de votos por el sí, decidió mantener el monopolio estatal del agua potable en Uruguay y el saneamiento, a través de la empresa estatal OSE.

asociación de lo público con lo privado, la desmonopolización de los seguros (1993) y quitar de la órbita estatal a las empresas deficitarias.

Entre 2005 y comienzos de 2020 la izquierda (Frente Amplio) estuvo en ejercicio del poder y revirtió completamente el proceso de disminución del Estado, aumentando el número de funcionarios públicos aproximadamente en 70.000 nuevos cargos (en diciembre de 2017 la cifra llegaba a 297.601) (El Observador, 2016). A partir de marzo de 2020 habrá un gobierno de coalición compuesto por todos los partidos que desde la centro-izquierda a la centro-derecha formaban la oposición, que será liderado por Luis Lacalle Pou del Partido Nacional, hijo del expresidente Luis Alberto Lacalle (The New York Times, 2019).

Cabe mencionar que un Estado con las características del uruguayo debe convivir constantemente con el problema del “clientelismo” político y con posibles actos de corrupción, principalmente, en la esfera pública debido al papel de gestión que cumple el Estado en régimen cuasi monopolístico²⁰. La consideración de Uruguay como el país con menos índice de corrupción de la región no se condice con la estructura y el modelo que se acaba de describir, lo que sugiere que son otras las variables (posiblemente sociales, de idiosincrasia y de control primario) que deben utilizarse para el análisis y la comprensión del caso uruguayo. El problema de la corrupción en Uruguay, entonces, debe ser entendido en este contexto político (y social) que se arrastra desde el nacimiento del país como república independiente.

El sistema penal se construyó desde el Código Penal para prohibir la corrupción en el ejercicio de la función pública. En lo que refiere al contenido de las normas, el fenómeno de la corrupción es un campo que aún está en construcción. La doctrina penal (incluso la de sistemas jurídicos muy desarrollados como el alemán) no tiene absoluta claridad conceptual sobre aquello que se considera como “corrupción”, ni sobre los delitos que sistémicamente pertenecen o deberían pertenecer a dicho concepto (Zimmermann, T., 2018, p. 56; Bannenberg, B., 2002, pp. 11 y ss.; Grieger, J., 2012, p. 4). En distintos trabajos sobre la materia se relaciona una gran variedad de delitos con el concepto

²⁰ Reconocido por el expresidente José Mujica, García, A. (2009). Pepe. Coloquios, Uruguay: Fin de Siglo.

de corrupción, delitos de muy diversa naturaleza y gravedad (en cuanto a la importancia de los bienes jurídicos protegidos), que van desde la estafa o los derechos de autor en el plagio en tesis doctorales hasta el crimen de tortura (Zimmermann, T., 2018, p. 57).

En Uruguay, la corrupción está sistematizada como un problema relacionado con el ejercicio de la función pública (Adriasola, G., 1999; Malet, M., 1999; Malet, M., 2008; Montano, P., 2019; Ottati, A., 2000, pp. 275-314; Spangenberg, M.). El sistema penal define de modo taxativo quiénes son los posibles sujetos activos de las conductas delictivas relacionadas con la corrupción. Esto es, *corruptos* solo pueden ser determinados sujetos (delitos especiales), según una técnica legislativa que liga al concepto con la función. El Código Penal ofrece una definición de funcionario público en el Art. 175²¹ cuyos elementos centrales son: a) el ejercicio de un cargo y/o b) el desempeño de una función, que puede ser retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal. Como se puede apreciar, se trata de un concepto amplísimo que incluye a personas que tienen cargos o que cumplen tareas dentro del área pública.

La parte especial del Código Penal, además, permite que personas que no revisten la condición formal de funcionario público actúen materialmente como tales, en lo que sería una ampliación del término que ofrece este cuerpo normativo para abarcar a “funcionarios de hecho”. Esta condición es exigida, por ejemplo, para la comisión de determinados delitos y crímenes como la desaparición forzada de personas (Art. 19 Ley 18.026), donde junto a los funcionarios públicos en ejercicio de un cargo pueden participar del delito otras personas que desempeñan de hecho una función ligada a la actividad pública (Galain Palermo, P., 2011, pp. 419-447). Además de los elementos que aporta la previsión penal para determinar quién puede ser funcionario, existen lineamientos de actuación para los funcionarios (Art. 58.1

²¹ Art. 175 CP, Concepto de funcionario público: “A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal”.

de la Constitución), donde se explicita el principio que el funcionario solo puede servir a los intereses generales y no a los de una fracción política²². En línea con esta máxima de comportamiento se prohíbe cualquier tipo de actividad político-partidaria en relación con el cargo que se ocupa²³. El ejercicio del cargo es la actividad del funcionario propia de la competencia del puesto que ocupa en los cuadros de la Administración Pública; mientras que, la función pública se refiere a toda actividad que suponga cumplir los fines del Estado²⁴.

El cohecho es el tipo penal principal, dividido por el codificador en un tipo penal simple (Art. 157 CP) cuando el pago indebido tiene como finalidad que el funcionario ejecute un acto de su empleo²⁵, con una figura atenuada cuando el pago se realice por un acto ya cumplido²⁶. Véase que en la primera modalidad al funcionario se le realiza un pago indebido para que realice su trabajo y en la segunda modalidad se le paga por el trabajo realizado, difuminando la frontera entre el cohecho y las dadas o “propinas” y dejando en manos del aplicador de la ley un amplio margen de apreciación y decisión

²² Art. 58.1 CU: “Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie”.

²³ Art. 58.2 CU: “No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes”.

²⁴ Los Arts. 2 y 3 del Decreto 30/003 de 23.01.2003 incluyeron en el concepto de funcionario público a los funcionarios de los entes autónomos y en general, de todos los organismos, servicios o entidades estatales y a las personas públicas no estatales.

²⁵ “Cohecho significa corrupción, tal como aparece en los antecedentes italianos, y proviene del latín significando arreglar o preparar alguna cosa. Y corromper refiere a la putrefacción, la alteración de la materia, y en sentido figurado al vicio, al abuso, al acto de seducir o cohechar, en el caso de un funcionario, vinculándose así también muy estrechamente con el soborno (art. 159 C.P.)” (Langón, M., 2017, p. 405).

²⁶ (Cohecho simple): “El funcionario público que, por ejecutar un acto de su empleo, recibe por sí mismo, o por un tercero, para sí mismo o para un tercero, una retribución que no le fuera debida, o aceptare la promesa de ella, será castigado con una pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, con multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 5.000 UR (cinco mil unidades reajustables) e inhabilitación especial de dos a cuatro años. La pena será reducida de la tercera parte a la mitad, cuando el funcionario público acepta la retribución, por un acto ya cumplido, relativo a sus funciones”.

sobre la materia de prohibición, pues en definitiva será él quien coloque la línea divisoria entre una conducta delictiva y una conducta tolerada por los usos y costumbres, que es de amplia difusión en la región.

Entre las distintas formas de cometer este delito, el Art. 158 tipifica una modalidad de cohecho calificado cuando el pago indebido se realiza con el fin de retardar u omitir un acto relativo al cargo o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo²⁷. Este tipo de cohecho es de mayor gravedad que los anteriores, pues el injusto no solo abarca el pago de un “precio” para recibir una función pública a la que se tiene derecho, sino que aquí se “paga” para obtener como “contravalor” una conducta del funcionario contraria a derecho. En realidad este tipo calificado parecería corresponderse con aquello que debería entenderse por cohecho, incluyendo también otras figuras agravadas cuando detrás de la lógica del “pacto ilícito” hay un trasfondo económico, pues se trata de realizar “pagos” o “beneficios” con el objetivo de obtener “la concesión de un empleo público, estipendios, pensiones, honores o el favor o el daño de las partes litigantes en juicio civil o criminal” o para “la celebración de un contrato en que estuviere interesada la repartición a la cual pertenece el funcionario o se realizare por medio de un uso abusivo de los procedimientos legales que deben aplicarse por la Administración Pública en materia de adquisición de bienes y servicios”²⁸.

²⁷ Art. 158 (Cohecho calificado): “El funcionario público que, por retardar u omitir un acto relativo a su cargo o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otro, dinero u otro provecho, o acepta su promesa, será castigado con doce meses de prisión a seis años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a seis años, y multa de 50 UR (cincuenta unidades reajustables) a 10.000 UR (diez mil unidades reajustables).”

²⁸ Art. 158: “La pena será aumentada de un tercio a la mitad en los siguientes casos: 1. Si el hecho tuviere por efecto la concesión de un empleo público, estipendios, pensiones, honores o el favor o el daño de las partes litigantes en juicio civil o criminal. 2. Si el hecho tuviere por efecto la celebración de un contrato en que estuviere interesada la repartición a la cual pertenece el funcionario o se realizare por medio de un uso abusivo de los procedimientos legales que deben aplicarse por la Administración Pública en materia de adquisición de bienes y servicios”.

El Art. 158 bis tipifica el tráfico de influencias²⁹, y en los siguientes artículos aparecen tipos penales relacionados con el soborno (Art. 159), el fraude (Art. 160), la conjunción del interés personal y del público (Art. 161), el abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (Art. 162), la revelación de secretos (Art. 163) y la utilización indebida de información privilegiada (Art. 163bis), que serían aquellos delitos que la codificación de algún modo vincula con el fenómeno de la corrupción en el ejercicio de la función pública. El legislador uruguayo considera que existe un deber de imparcialidad que hace a la función pública, que —entre otras cosas— le impide “interesarse” por cuestiones privadas (con el fin de obtener un provecho indebido para sí o para otro) mientras ejerce el cargo (esta es la base del delito de “conjunción del interés público con el privado” del Art. 161 CP). La buena fe y la veracidad se relacionan con delitos como el fraude (Art. 160 CP), el sigilo y la reserva pueden ser también entendidos como deberes inherentes a la función pública (Art. 163 CP), así como la “información reservada” no puede ser utilizada para obtener ventajas mediante su divulgación (Art. 163bis CP). En este mismo sector del código penal se encuentran formas omisivas que refieren a los deberes funcionariales, cuando no se realiza aquello que era debido por mandato expreso de la ley (Art. 164 CP)³⁰. El sistema castiga incluso el abandono colectivo del ejercicio de la función (Art. 165 CP), elevando a la categoría de bien jurídico penal al ejercicio mismo de la función pública y obligando a serios esfuerzos

²⁹ Art. 158bis: “El que, invocando influencias reales o simuladas, solicita, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otro, provecho económico, o acepta su promesa, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario al mismo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. La pena será reducida de un tercio a la mitad cuando se acepta la retribución, con el fin de influir decisivamente, para que el funcionario público ejercite un acto inherente a su cargo. Se considerará agravante especial del delito la circunstancia de que el funcionario público, en relación al cual se invocan las influencias, fuere alguna de las personas comprendidas en los artículos 10 y 11 de la ley de prevención y lucha contra la corrupción”.

³⁰ (Omisión contumacial de los deberes del cargo): “El funcionario público que, requerido al efecto por un particular o por un funcionario público, omitiere o rehusare sin causa justificada ejecutar un acto impuesto por los deberes de su cargo, será castigado con suspensión de tres a dieciocho meses”.

de interpretación judicial para que una imputación penal no vulnere el derecho constitucional de huelga.

Algunos tipos penales utilizados para la lucha contra corrupción no solo permiten el entrecruzamiento de la construcción política con la normativa en su máxima potencia, sino que ponen en riesgo garantías fundamentales de los ciudadanos que ejercen un cargo o una función pública. El fenómeno de la lucha contra la corrupción es un terreno de disputas políticas donde el derecho penal es utilizado para cumplir con una función ajena a sus cometidos, esto es, se lo utiliza a modo de parámetro de medición del desempeño de las personas inmersas en la política de Estado y de los funcionarios en el ejercicio de lo público. El Art. 162 CP es el que mejor se presta para esta tarea porque es un tipo abierto que por su vaguedad puede ser aplicado para reprochar penalmente a quienes “abusan” de cualquier forma de su “función”. Este abuso de la función —no obstante— no es determinado previamente por el legislador sino por los aplicadores del derecho, en clara violación de principios consagrados en la Constitución y en la ley, pero que, sin embargo, su utilización cuenta con el aval permanente de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en cuanto a su constitucionalidad³¹. La aplicación de este delito es constante a pesar de que con ello se lesiona el principio de legalidad en cuanto a la exigencia de certeza³². En el caso que más adelante se refiere sobre los directores de ANCAP la fiscalía pretendía iniciar proceso penal por abuso innominado de

³¹ De otra opinión es Chaves (2015), que entiende que se viola la exigencia de determinación de la ley cuando “a pretexto de su interpretación, se incorporen a su sentido los propios, personales y subjetivos criterios de valoración del juzgador, que desvirtuarían la competencia exclusiva del legislador y la trasladarían por vía indirecta, pero de todos modos claramente inconstitucional, a quien no lo es.” (p. 115). Según este autor, la violación del Art. 10 de la Constitución es manifiesta, pues “nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, al mismo tiempo que afirma la competencia exclusiva del legislador de restringir la libertad en razón de hechos lesivos, prohíbe que ella se traslade a otro magistrado, ya sea de modo directo o indirecto” (Chave G., 2015, p. 115).

³² A diferencia de los concretos delitos de cohecho, fraude y demás tipos penales vinculados con la corrupción, el Art. 162 “crea un continuo de ilicitudes, según el cual, toda infracción a los deberes funcionales, en ausencia de otra incriminación específica, constituiría el delito innominado que llena automáticamente ese vacío de especificidad” (Chave G., 2015, p. 120).

funciones, argumentando que hubo arbitrariedad en el desempeño de la función, que, sin embargo, no fue considerada suficiente para tipificarse como “abuso de la función” a simple criterio del juez. Tal como muestra este simple ejemplo el abuso en la función termina siendo determinado o configurado por los aplicadores del derecho con un gran margen de selectividad³³, lo que significa en el sistema procesal penal acusatorio, que en los casos en los que se recurra al juicio abreviado serán los fiscales³⁴ quienes determinen con sus “acuerdos” con la defensa la materia de prohibición de aquellos funcionarios públicos que pudieron llegar a actuar de forma arbitraria³⁵. La concreción del tipo penal termina siendo materia de disputa entre los operadores de la administración de justicia, en un terreno donde campea la inseguridad jurídica. Este delito no solo afecta la garantía del principio de legalidad (y lesividad) sino que puede ser identificado como ejemplo de la delicada situación que se vive en muchos países en cuanto a lo que se ha denominado “politización de la justicia” o “judicialización de la política”, donde fiscales y jueces penales se convierten en evaluadores de la gestión de la función pública mediante la interpretación de los casos de abuso. Y esta no es una cuestión menor, porque el delito de abuso innominado de funciones es constantemente aplicado por la justicia uruguaya³⁶, si

³³ El reenvío al Derecho Administrativo tampoco ayuda a concretizar el concepto de “abuso en la función”, que continua como indeterminado a efectos penales (comportamiento o conducta prohibida o mandada).

³⁴ Fiscalía General de la Nación constituida como Servicio Descentralizado por la Ley 19.334, organismo con estrecha vinculación al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura.

³⁵ Por lo general, este es un tipo penal que se ha utilizado en la praxis contra opositores políticos (o por la oposición política contra los funcionarios en actividad del partido de gobierno) y que no se ha modificado o, incluso, derogado, porque se ha considerado como tema de discusión estrictamente político partidario, en tanto ningún gobierno en ejercicio quiere ser responsable de su derogación, para que no se interprete que el objetivo de la misma sea la sustracción de sus funcionarios de posibles conductas corruptas, incluso cuando ellas no estuvieran clara y previamente definidas.

³⁶ Andrés Arocena, ex Intendente de Florida y ex director de la empresa de Telefonía del Estado (Antel), procesado en 2006 por compras irregulares; Juan Justo Amaro (ex presidente de la empresa estatal de Obras Sanitarias [OSE]), Carlos Rodríguez Landoni (exdirector OSE) y Hugo Granucci (ex Vicepresidente de OSE) por viáticos irregulares abonados.

bien como muestra la gráfica siguiente del Poder Judicial (delitos cometidos entre 2003 y 2013), según la clasificación realizada por este poder del Estado para los delitos vinculados con la corrupción, es el peculado el delito cometido (o que se persigue y castiga) con mayor frecuencia (Art. 153 CP)³⁷.

En lo que refiere a la lucha contra la corrupción los funcionarios públicos están obligados a denunciar los delitos que tengan conocimiento dentro de su “repartición” o que tengan “efectos” en la misma (Art. 177)³⁸.

³⁷ Art. 153: (Peculado) “El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años”.

³⁸ Con una redacción un tanto confusa este delito refiere a los funcionarios públicos que tengan conocimiento de la comisión de un delito en la repartición o área en la que cumplen funciones. En particular se dirige a jueces y policías. Dice: “El Juez competente que, teniendo conocimiento de la ejecución de un delito, no interviniera o retardase su intervención, y el que no siendo competente, omitiere o retardare formular su denuncia, será castigado con la pena de tres meses a dieciocho meses de prisión. La misma pena se aplicará al funcionario policial que omitiera o retardare formular la denuncia de cualquier delito de que tuviere conocimiento por razón de sus funciones, y a los demás funcionarios, en las mismas circunstancias, de los delitos que se cometieren en su repartición o cuyos efectos la repartición experimentara particularmente. Se exceptúan de la regla los delitos que sólo pueden perseguirse mediante denuncia del particular ofendido”. Por último, el tipo considera un agravante especial a la comisión de los delitos de corrupción que se pudieran cometer en la “repartición” en la que el funcionario cumple funciones de jefatura: “Constituye circunstancia agravante especial, respecto de los funcionarios públicos y en relación a los hechos que se cometieren en su repartición, el hecho de que se trate de los delitos previstos en los artículos 153,155,156,157,158, 158 bis, 159, 160, 161, 162, 163 y 163 bis”.

PROCESAMIENTOS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Título IV, Capítulos I y II del Código Penal. Arts. 153 al 165.

Período 2003 – 2013

Nivel nacional

Valores absolutos

artículo	DELITO	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	TOTAL
153	PECULADO	50	22	34	23	32	25	30	21	17	24	11	289
160	FRAUDE	24	12	16	63	34	8	8	15	14	5	19	218
158	CORRUPCIÓN CALIFICADA	8	9	14	11	3	20	17	26	7	30	20	165
156	CONCLUSIÓN	15	5	9	16	7	11	15	14	7	13	4	116
162	ABUSO DE FUNC. EN CASOS NO PREV. ESPEC. POR LA LEY	6	11	11	9	12	17	12	8	0	2	13	101
157	COHECHO SIMPLE	5	8	2	2	1	44	0	0	13	2	1	78
159	SOBRORNO	7	6	3	2	5	5	9	7	0	15	7	66
161	CONJUNCIÓN DEL INTERÉS PERSONAL Y DEL PÚBLICO	5	3	2	1	4	3	7	1	2	0	1	29
164	OMISIÓN CONTUMACIAL DE LOS DEBERES DEL CARGO	1	2	1	0	0	0	5	3	1	3	0	16
163 bis	UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA	2	0	3	1	0	2	1	0	0	0	0	9
155	PECULADO POR APROVECHAMIENTO DEL ERROR DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	2
163	REVELACIÓN DE SECRETOS, POR FUNCIONARIO PÚBLICO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	2
158 bis	TRAFFICO DE INFLUENCIAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1
	TOTAL	123	78	95	128	98	137	104	95	61	97	76	1092

Nota: 2003 a 2012: datos válidos al 25 de noviembre de 2013; y 2013 datos válidos al 5 de mayo de 2014

Fuente: Registro Nacional de Antecedentes Judiciales – Instituto Técnico Forense – Poder Judicial
Elaborado por Soc. Marcelo Brito
Montevideo, 24 de julio de 2014

PROCESAMIENTOS POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Título IV, Capítulos I y II del Código Penal. Arts. 153 al 165.
Periodo 2003 – 2013

Nivel nacional
Valores relativos

artículo	DELITO	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	TOTAL
153	PECULADO	40,7%	28,2%	35,8%	18,0%	32,7%	18,2%	28,8%	22,1%	27,9%	24,7%	14,5%	26,5%
160	FRAUDE	19,5%	15,4%	16,8%	49,2%	34,7%	5,8%	7,7%	15,8%	23,0%	5,2%	25,0%	20,0%
158	COHECHO CALIFICADO	6,5%	11,5%	14,7%	8,6%	3,1%	14,6%	16,3%	27,4%	11,5%	30,9%	26,3%	15,1%
156	CONCUSION	12,2%	6,4%	9,5%	12,5%	7,1%	8,0%	14,4%	14,7%	11,5%	13,4%	5,3%	10,6%
162	ABUSO DE FUNC. EN CASOS NO PREV. ESPEC. POR LA LEY	4,9%	14,1%	11,6%	7,0%	12,2%	12,4%	11,5%	8,4%	0,0%	2,1%	17,1%	9,2%
157	COHECHO SIMPLE	4,1%	10,3%	2,1%	1,6%	1,0%	32,1%	0,0%	0,0%	21,3%	2,1%	1,3%	7,1%
159	SOBORNO	5,7%	7,7%	3,2%	1,6%	5,1%	3,6%	8,7%	7,4%	0,0%	15,5%	9,2%	6,0%
161	CONJUNCION DEL INTERES PERSONAL Y DEL PUBLICO	4,1%	3,8%	2,1%	0,8%	4,1%	2,2%	6,7%	1,1%	3,3%	0,0%	1,3%	2,7%
164	OMISION CONTUMACIAL DE LOS DEBERES DEL CARGO	0,8%	2,6%	1,1%	0,0%	0,0%	0,0%	4,8%	3,2%	1,6%	3,1%	0,0%	1,5%
163 bis	UTILIZACION INDEBIDA DE INFORMACION PRIVILEGADA	1,6%	0,0%	3,2%	0,8%	0,0%	1,5%	1,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,8%
155	PECULADO POR APROVECHAMIENTO DEL ERROR DE OTRO	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,5%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,2%
163	REVELACION DE SECRETOS. POR FUNCIONARIO PUBLICO	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	2,1%	0,0%	0,2%
158 bis	TRAFIGO DE INFLUENCIAS	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,0%	0,0%	0,1%
	TOTAL	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Nota. 2003 a 2012: datos válidos al 25 de noviembre de 2013; y 2013 datos válidos al 5 de mayo de 2014

Fuente: Registro Nacional de Antecedentes Judiciales – Instituto Técnico Forense – Poder Judicial
Elaborado por Soc. Marcelo Brito
Montevideo, 24 de julio de 2014

Si quisiéramos determinar didácticamente cuáles serían los tipos penales vinculados con el fenómeno de la corrupción, podríamos decir que son aquellos que surgen de los delitos agrupados por la Ley 17.060, denominada “Ley Cristal” en alusión a la “transparencia” exigida en el desempeño de la función pública. El legislador ha determinado que solo en algunos casos el *pactum sceleris* forme parte del injusto, si bien en varios de ellos el abuso en el ejercicio de la función se presenta como elemento clave del accionar corrupto (detrás del abuso existe generalmente la promesa de la ganancia ilícita para quien actúa dentro de su repartición, es decir, antes o después de la actuación hubo un pacto o promesa de “remuneración” o “contravalor” o, al menos, un interés económico espurio que motiva la conducta del funcionario)³⁹. En el Art. 163ter el legislador crea una modalidad agravada para el caso de que el funcionario que hubiera cometido cualquiera de los delitos identificados con la corrupción (Arts. 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163bis) haya obtenido “un enriquecimiento patrimonial”⁴⁰, lo que refuerza la idea de que detrás del abuso en la función existe una finalidad de enriquecimiento que permite explicar racionalmente la conducta ilícita de quien actúa arbitrariamente motivado por la expectativa o la certeza de un pago indebido (*pactum sceleris*). Si analizamos conjuntamente las agravantes creadas por el Art. 163ter y las de la parte final de la “omisión de los funcionarios en proceder a denunciar los delitos”

³⁹ Esta ley sistematizó los delitos que pueden ser cometidos por funcionarios públicos como un grupo de delitos especiales referidos a la función pública: concusión (Art. 156), cohecho simple (Art. 157) y calificado (Art. 158), soborno (Art. 159), fraude (Art. 160), conjunción del interés personal y del público (Art. 161), abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (Art. 162), la revelación de secretos (Art. 163) y la utilización indebida de información privilegiada (Art. 163bis).

⁴⁰ Aquí nuevamente la discrecionalidad de los administradores de la justicia penal para determinar cuándo un funcionario público se ha enriquecido mediante prácticas corruptas. La obligación que rige para algunos funcionarios de presentar al comienzo de su gestión el estado patrimonial surge aquí como la pauta más clara para llevar a cabo una imputación de este tipo de conducta agravada por el resultado. Como se puede apreciar, el legislador uruguayo sigue aquí una lógica similar al tipo penal de “enriquecimiento ilícito”, que no existe como tipo penal autónomo, aunque su lógica aparezca de forma tangencial agravando los tipos penales relacionados con el ejercicio de la función pública.

(Art. 177 CP)⁴¹, se podría concluir que el legislador considera que el núcleo duro de la corrupción se compone de los delitos tipificados en los Arts. 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163 bis del Código Penal.

Es importante decir que cuando los actos de corrupción causan un perjuicio, ellos pueden ser invalidados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (acción de nulidad, Arts. 22-24 Decreto Ley 15.524). La Constitución, por su parte, exige responsabilidad funcional a quienes hayan causado esos daños (Arts. 24 y 25). No obstante la posibilidad normativa de reclamos del propio Estado contra los funcionarios corruptos mediante “acciones de repetición” (*law in books*), estas prácticamente no se producen en la práctica (*law in action*).

2. ALGUNOS CASOS RELEVANTES QUE INCIDIERON EN LA MAGNITUD DEL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN Y EN LA POLÍTICA CRIMINAL PARA SU CONTROL Y REPRESIÓN

Como se dijo, en la década del noventa el neoliberalismo tuvo su expresión más importante con una ola de privatizaciones de lo público con el objetivo de disminuir el tamaño del Estado. Las privatizaciones vinieron de la mano de resonados casos de corrupción y pronto fueron asociadas con la imagen de piratas con traje y corbata en procura de aquello que pertenece al Estado (con independencia de la buena o mala gestión de lo público, lo importante para el 70% de los uruguayos es que tal empresa permanezca en el dominio público como parte de su soberanía) (Doyenart. J., 2013, p. 204). Hasta 2005, fecha en la que asume la izquierda, hubo numerosos casos de corrupción que guardaban relación con las administraciones blancas (1990-1995) y coloradas (1995-2004). No obstante, los casos de corrupción no disminuyeron entre 2005-2019 durante la administración

⁴¹ Art. 177 CP: Constituye circunstancia agravante especial, respecto de los funcionarios públicos y en relación a los hechos que se cometieren en su repartición, el hecho de que se trate de los delitos previstos en los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 159, 160, 161, 162, 163 y 163 bis.

del Frente Amplio (El Observador). En lo que sigue algunos casos de relevancia y la reacción del sistema a través de la justicia penal u otras formas de reacción política.

2.1. Gobierno Blanco (1990-1995)

Durante este periodo la corrupción se manifestó en el manejo del sistema financiero, lo que de algún modo relacionaba este fenómeno con la política económica del Gobierno.

2.1.1. Caso Banco Pan de Azúcar (BPA)

La dictadura cívico-militar dejó un grave problema financiero (Hemisferio Izquierdo, 2017), que tuvo como consecuencia la quiebra de cuatro de los bancos privados más importantes durante el primer mandato de Julio María Sanguinetti (1984-89). En 1985 el BPA es intervenido y el Estado adquiere el paquete accionario a través del Banco de la República (BROU) y la Corporación Nacional para el Desarrollo⁴². Con la llegada del presidente Luis Alberto Lacalle (1990-1995) el BPA se vendió a un consorcio extranjero liderado por el empresario franco marroquí Stephan Benhamou en cinco millones de dólares, cuando se habían recibido ofertas superiores⁴³. Previamente el Estado había utilizado recursos propios y créditos internacionales para la compra del BPA (una suma estimada entre 90 y 95 millones de dólares). De esta forma, el Estado adquiriría el banco y asumía las deudas a un alto precio y luego lo vendía a uno casi irrisorio, en lo que constituía un pésimo negocio con dinero público y un posible

⁴² “El Gobierno buscó que los bancos en dificultades, a través de un plan de reestructuración y rehabilitación financiera y administrativa, aseguraran su viabilidad para luego ser reprivatizados. De esta manera, para evitar el cierre de estas instituciones, el Estado se hizo cargo de ellas, comprando sus carteras a un costo de aproximadamente USD 400.000.000” (Prats, M., 2008, p. 67).

⁴³ “La oferta aceptada fue de cinco millones de dólares, cuando poco antes se habían rechazado ofertas de quince y hasta treinta millones de dólares, provenientes de entidades financieras más reconocidas internacionalmente que la que se lo adjudicó, en definitiva. El argumento más fuerte esgrimido por el BCU fue que los adquirentes aseguraban la fuente de trabajo de los cuatrocientos empleados del banco y el compromiso “tácito” de “promover el desarrollo nacional” (Prats, M., 2008, p. 67).

favorecimiento a intereses de privados. El BCU era garante del control de todo el proceso de compra de los paquetes accionarios de los bancos durante el proceso de reprivatización.

Todo lo relacionado con esta venta fue investigado por la justicia con el resultado de la única condena por el delito de “Abuso innominado de funciones” del exministro de Economía y expresidente del BCU Enrique Braga, en tanto existían dudas sobre la titularidad del paquete accionario, entre otras irregularidades. También fue procesado Daniel Cambón, exasesor presidencial de Lacalle, por el delito de “conjunción del interés personal con el público”. Es interesante observar en una gran cantidad de casos de corrupción que vinculan a privados en operaciones de índole económico-financiero, cómo la justicia penal uruguaya se siente satisfecha con la imputación de una figura residual como el abuso del funcionario público en la función (innominado, por cierto) y no profundiza las investigaciones con el objetivo de descubrir cuáles son las rutas del dinero utilizado para corromper (buscar la trazabilidad, encontrar las relaciones nacionales e internacionales por las que trasiegan los capitales, conocer el *modus operandi* que vincula lo público con lo privado, etc.). Esta observación es pertinente porque muchos casos culminaron con imputaciones de tipos casi marginales en relación con el daño social de las conductas corruptas, aun cuando existían fuertes indicios probatorios que deberían haber despertado el interés político criminal no solo en la represión de los involucrados en las maniobras de índole económico-financiero sino para cumplir con la finalidad de prevención de futuros delitos. Véase que en casos como este se hace una “justicia parcial” pues no se ingresa en la compleja trama de relaciones que demostrarían quienes (más allá del funcionario que interviene y es castigado por ello) mediante el soborno llegan a ser los beneficiarios finales de las conductas corruptas (de los funcionarios). En este caso en particular, como no se pudo constatar un enriquecimiento personal de Braga, se prefirió imputar la conducta de “abuso de la función” en lugar de indagar sobre la posibilidad de que haya habido, por ejemplo, un “engaño en los actos o en los contratos en que deba intervenir por razón de su cargo”, que hubiera causado un daño “a la Administración en beneficio propio o ajeno”. Si esos hubieran sido los hechos constatados estaríamos ante una conducta concreta de fraude (Art. 160 CP). Esta es una característica propia de la praxis de la justicia penal uru-

guaya, que recurre rápidamente a la primera figura penal que pueda adecuarse a los hechos, sin importar que se trate de una figura residual en la que ingresan “comportamientos innominados” que a juicio del juzgador signifiquen un “abuso en el ejercicio de la función”, pero que para la función de prevención general apenas brinda indicios sobre las maniobras delictivas y los beneficiarios de las mismas. Esta no es una buena noticia para la seguridad jurídica y tampoco para la calidad técnica de la justicia en un Estado de Derecho, siempre en perjuicio de los ciudadanos y de las funciones preventivas de las sanciones penales. La condena efectiva fue de 124 días de prisión preventiva que culminó con la excarcelación de Braga previo pago de una fianza de cincuenta mil dólares (Prats, M., 2008, p. 74).

Este caso dejó grandes enseñanzas en materia de corrupción y tuvo fuertes repercusiones políticas. Por un lado, el Partido Nacional que ejercía el gobierno perdió gran parte de su caudal electoral en las elecciones nacionales siguientes, lo que muestra el costo político que la corrupción puede traer aparejado para quienes ejercen el poder. En segundo lugar, quedó en evidencia que la justicia penal no estaba preparada para la investigación de complejas tramas financieras propias de la criminalidad organizada transnacional (ni tampoco había sido del interés de la política criminal del país la prevención, investigación y represión de materias de esa naturaleza, mas allá de la conducta de los funcionarios públicos intervinientes en los hechos) y, por último, se pudo constatar la ausencia de debidos controles estatales a las actividades financieras (*compliance*) (Prats, M., 2008, pp. 63 y ss.). Como otra consecuencia política de este caso, la oposición exigió una nueva legislación en materia de delitos económicos, pues la realidad estaba mostrando que ellos tienen estrechos vínculos con la corrupción de los funcionarios públicos.

2.1.2. Otros casos relevantes

En 1995, el ex director del Banco de Seguros del Estado (Julio Grenno) fue procesado junto al asesor de Presidencia Daniel Cambón también por abuso innominado de funciones (Art. 162 CP), por un negocio realizado en 1992 de marcado de vehículos realizado a través de la aseguradora estatal. La justicia recurre nuevamente a esta figura residual, posiblemente, por no haber podido probar en forma feh-

ciente las circunstancias que rodearon el cobro de dinero por parte de los dos funcionarios.

En 1997 se investigó a José Luis Ovalle, ex Ministro de Transporte y Obras Públicas por haber exigido dinero a un operador del puerto de Montevideo, lo que configuraría un delito de concusión, que no pudo ser probado pese a la existencia de una grabación cuya prueba no fue considerada como legítimamente obtenida. El caso no culminó con una condena judicial, pero si tuvo repercusiones políticas, pues Ovalle fue expulsado del Partido Nacional, lo que constituye un fuerte indicio de haber cometido actos de corrupción intolerables que no pudieron ser probados por la justicia penal.

En 1999 fue condenado con pena privativa de libertad por un delito continuado de fraude (Art. 160 CP), Rodolfo Flores, ex presidente de la Administración de Ferrocarriles del Estado (AFE). Se constataron irregularidades en los contratos suscritos en 1993 entre el organismo y las empresas privadas Luxtol SA y Rutalmar SA. Según la Fiscalía Flores tenía “pleno conocimiento de que se estaba otorgando la concesión de una empresa integrada por funcionarios del ente, vinculados entre sí y con los jerarcas por vínculos personales y políticos de larga data, con el claro propósito de beneficiarla” (La Red 21, 2000).

Este periodo de gobierno estuvo sacudido por numerosos escándalos de corrupción con amplia repercusión en la opinión pública⁴⁴, que pusieron de manifiesto la necesidad de reformas legislativas para

⁴⁴ “El final de una gestión para el recuerdo, la sucesión de episodios, como veremos, fue frenética y estuvo llena de figuras inolvidables, una suerte de “Corte de los Milagros” a la uruguaya, algunos de los cuales trabajan hoy para “el príncipe encantador”, pero nadie los ve ni los nombra: los hermanos Carlos y José Rohm, que “se hicieron cargo” del Banco Comercial, ambos procesados por estafa por la Justicia argentina en su momento; Daniel Cambón, exsecretario de Lacalle, procesado por conjunción del interés personal con el público; Julio Grenno, expresidente del Banco de Seguros, procesado por abuso de funciones; Stephane Benhamou, vaciador del Banco Pan de Azúcar; Enrique Braga, ministro ausente y firmante, que fue procesado por abuso innominado de funciones, y sobre el cual hay consenso que no se quedó con nada, pero al que sus “amigos” le negaron los 50.000 dólares que necesitaba para curar su enfermedad en Estados Unidos; Iván Coronel, exdirector de AFE, procesado por fraude; y personajes como Igor Svetogorsky, Juan Carlos Raffo, Jorge Sacchi, José Luis Ovalle, Agustín de Urtubey e Ignacio de Posadas, el inventor y difusor de las SAFI” (Caras & Caretas, 2020).

entender, prevenir y reprimir el problema de la corrupción en las altas esferas del poder y su relación con las finanzas, el orden socioeconómico y la connivencia entre actores nacionales e internacionales, que obligaban al derecho a ir más allá de las tradicionales formas de cohecho, concusión, fraude o el polémico delito residual de “abuso innominado de funciones”.

A comienzos de los noventa no existían prácticamente organizaciones de la sociedad civil que tuvieran como finalidad la lucha institucional contra la corrupción (control primario). Únicamente el sindicato de trabajadores bancarios (AEBU) se presentó ante el Parlamento para ofrecer argumentos a las comisiones investigadoras de la época (Prats, M., 1988, p. 76). Las comisiones parlamentarias demostraron su poca efectividad ante este tipo de criminalidad vinculada al poder político. La fragilidad del sistema de prevención y contralor era un incentivo más para utilizar al Uruguay para cometer conductas vinculadas a la criminalidad económico-empresarial (Prats, M., 1988, p. 77)⁴⁵.

2.2. *Gobierno Colorado (1995-2005)*

Los hechos de corrupción mencionados pusieron el tema en la agenda política con repercusión legislativa. Durante este periodo presidido por Julio María Sanguinetti (1995-2000) y Jorge Batlle (2000-2005) el país suscribió algunas convenciones internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29.03.1996, ratificada por la Ley 17.008 de 25.09.1998), que motivaron la creación de leyes nacionales para legislar en la materia. De este modo se sancionó la Ley 17.060 de 23.12.1998 (Ley Anticorrupción), que consagra normas de prevención contra la corrupción y modificaciones e innovaciones en los delitos relativos a la materia.

⁴⁵ “Pero, más allá de las consecuencias políticas y de los resultados judiciales, la gran enseñanza del “caso BPA” fue constatar la falta de debidos controles estatales a las actividades financieras de la banca privada, la insuficiente transparencia en los procedimientos de privatización y ventas públicas, y la ausencia del debido ejercicio por parte del BCU de sus potestades regulatorias. Todo este episodio reveló una excesiva discrecionalidad política en los procesos de toma de decisiones que afectan a la economía nacional”.

La Ley 17.060 crea la Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado (Art. 4)⁴⁶. En la actualidad se trata de un órgano autónomo encargado de propiciar políticas públicas, normativas y acciones que fortalezcan la transparencia en la gestión del Estado, asesorar al Poder Judicial y a la Administración en la lucha contra la corrupción, recibir y custodiar las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos obligados legalmente a su presentación, difundir los principios de la ética pública y la normativa anticorrupción y atender los compromisos internacionales asumidos por el país en las convenciones y convenios vinculados a la materia (JUTEP, 2019). En los artículos 10 y 11 establece la nómina de funcionarios obligados a presentar la Declaración jurada de bienes e ingresos ante la Junta, y en los artículos 12 y siguientes prevé los plazos, circunstancias y contenido de dichas declaraciones. El Decreto 354/999 de 1999 dice que se trata de un órgano público que actuará en el ámbito del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura. Cabe recordar que Uruguay no tiene un Ministerio de Justicia, y que las cuestiones relacionadas con la justicia son competencia de Educación y Cultura. La Junta tiene potestad sancionatoria (Art. 99 Ley 18.046 de 2006), “facultándose a retener el 50% del salario de los funcionarios omisos en presentar la declaración jurada patrimonial, hasta tanto acrediten el cumplimiento de la obligación legal, en cuyo caso se le devolverá lo retenido” (JUTEP, 2019). Ella puede establecer vínculos de cooperación con organismos internacionales y con organizaciones de la sociedad civil con el fin de fortalecer la participación social en la lucha contra la corrupción (Art. 100 Ley 18.046). La Junta tiene que “atender los compromisos internacionales asumidos por las convenciones y convenios vinculados a la materia”, previsto en el Art. 3.9 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y el Art. 6 de la Convención de Naciones Unidas para combatir la corrupción (Yarzabal, L. & Chiappara, C., 2012).

El decreto 30/003 de 23.01.2003 estableció las normas generales de conducta y de responsabilidad que rigen la actuación de los fun-

⁴⁶ La Ley 18.362, cambia la denominación a Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) y realiza modificaciones respecto a los obligados a presentar declaración jurada (Decreto 338/010 de 2010).

cionarios públicos. Allí se deja en claro que los conceptos constitucionales de la desviación de poder⁴⁷ y el concepto genérico de “buen administrador” son esenciales para las normas de conducta en la función pública, que “alcanzan a toda persona que desempeñe funciones en cualquier entidad regida por el Derecho Público, cualquiera sea su naturaleza jurídica”⁴⁸. El Art. 10 ofrece un concepto de corrupción basado “en el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o no un daño al Estado (art. 3° de la ley 17.060)”⁴⁹; por lo que se insiste en que la corrupción se limita al uso indebido del poder o la función en el ámbito público y que debe perseguir un objetivo económico (aunque no se dañe al Estado), lo que deja fuera del concepto cualquier otro beneficio o provecho ilegítimo (por ejemplo, de índole sexual o inmaterial)⁴⁹.

Los casos de corrupción llevaron a que a mediados de los noventa la sociedad civil se involucrara en la prevención de la corrupción a través de la Comisión Uruguaya de Lucha Contra la corrupción, con el cometido de promover la educación en el tema; proponer medidas para combatir las causas que posibilitan la corrupción; identificar el problema en nuestra sociedad; facilitar a los ciudadanos los instrumentos para denunciar actos o hechos que puedan considerarse de corrupción (Uruguay Transparente, 2019).

⁴⁷ Se dice en el considerando 6: “todas las entidades públicas sólo existen y pueden actuar para el cumplimiento de los fines de interés público que el ordenamiento jurídico dispone para cada una de ellas y sus agentes, principio de jerarquía constitucional en que se funda la figura de la “desviación de poder” explícitamente recogida en la Carta (art. 309)” (IMPO, 2003).

⁴⁸ También se mencionan los principios de interés público, imparcialidad, buena fe, lealtad, legalidad, eficiencia, eficacia, transparencia, publicidad, entre otros (art. 309).

⁴⁹ Si se analiza el concepto de “Probidad” del Art. 11 se verá que allí se dice que “El funcionario público debe observar una conducta honesta, recta e íntegra y desechar todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros, en el desempeño de su función, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro (arts. 20 y 21 de la ley 17.060)”⁴⁹; de modo que los actos de corrupción desde la óptica de la probidad abarcarían “todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza”, lo que de por sí sugiere que el provecho injusto no tiene por qué estar únicamente vinculado a lo económico.

A pesar de estos cambios normativos dirigidos a la lucha contra la corrupción, que significaron un *aggiornamento* del orden jurídico en la materia, en particular en los aspectos de prevención, durante este periodo de gobierno en manos del Partido Colorado también hubo casos de corrupción vinculados a las altas esferas del poder.

2.2.1. Cangrejo Rojo

El caso más sonado ocurrió en 2000 durante el mandato de Sanguinetti y culminó con la condena con prisión por delito de estafa contra altos cargos de la Marina, Eladio Moll y su hijo Ricardo Moll, por negocios vinculados con empresarios norteamericanos que pretendían obtener negocios vinculados a la pesca. En episodios muy confusos, que la justicia penal nunca pudo probar, el hijo de Sanguinetti, Julio Luis, fue grabado (sin su consentimiento) en una conversación donde solicitaba un millón de dólares para interceder en la concesión de “permisos” de pesca, en lo que podría haber configurado un delito de tráfico de influencias”.

2.2.2. Conclusión relacionada con la adjudicación de viviendas

Durante el gobierno de Sanguinetti, el expresidente del Banco Hipotecario del Uruguay (BHU), Salomón Noachas, fue condenado a prisión por dos delitos de concusión en reiteración real, por la adjudicación de viviendas a familiares directos. El delito se configura porque el funcionario actúa de forma “desleal” porque pone “el acento en el carácter abusivo del desempeño de la función, siendo esencial el rasgo de unilateralidad de la acción, esto es, constituye un acto de corrupción promovido por el propio funcionario, que abusando como en este caso de su calidad del presidente del BHU, persuade a los funcionarios a actuar fuera de reglamento, en provecho de sus hijos, de su esposa y el suyo propio, que obtienen la adjudicación de diferentes viviendas” (Montevideo, 2003).

2.3. *Gobierno del Frente Amplio (2005-2020)*

En 2005 se produce la llegada de la izquierda por primera vez al gobierno, basándose su discurso en el abandono de las políticas neo-

liberales (exagerada e indiscriminada apertura comercial y financiera, centralización del capital y la precarización del trabajo), una mayor atención social a los más desfavorecidos en detrimento de la “oligarquía” (Frente Amplio, 2003, p. 4), mejor distribución de las riquezas y máxima transparencia y publicidad en la gestión de lo público⁵⁰.

2.3.1. En cuanto a las normas

En el 2006 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. El texto hace referencia en su preámbulo a la responsabilidad de todos los Estados en la lucha contra la corrupción y su erradicación, así como el deber de los Estados de cooperar entre sí, incluyendo la participación en el esfuerzo de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como pueden ser las organizaciones no gubernamentales, organizaciones de base comunitaria y la sociedad civil en general. Su aprobación es una respuesta a los casos de corrupción ocurridos en Uruguay, tal como se expresa en la discusión parlamentaria (Parlamento de Uruguay). Esta convención refiere a la corrupción en el sector privado, si bien ello no tuvo eco en el ordenamiento jurídico uruguayo ni fue reclamado por la academia u otros actores sociales como una necesidad.

También en 2006 se sancionó la Ley 18.831 sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública con el objetivo de “promover la transparencia de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública” (Art. 1). El derecho de acceso pertenece a todas las personas sin distinción y sin necesidad de justificar las razones por las que se solicita ser informado (Art. 3). Los organismos públicos, sean o no estatales, deberán difundir en forma permanente, a través de sus sitios web u otros medios, información mínima sobre su composición y funcionamiento (Art. 5).

⁵⁰ “El gobierno se ve desbordado, la corrupción ha quedado al descubierto” (Frente Amplio, 2003, p. 5). “El fortalecimiento y la confiabilidad de la función pública pasa por erradicar la “Cultura del Secreto”, aplicando la máxima transparencia en la Gestión Pública” (Frente Amplio, 2003, p. 20). “En general el combate contra todo abuso, exceso o utilización de la función pública con fines individuales o de cualquier índole” (Frente Amplio, 2003, p. 21).

En 2008 llegó el momento de incurrir en el tema de la lucha contra la corrupción vinculada al crimen organizado y los funcionarios encargados de la prevención y represión del delito. La política criminal se dirigió a la lucha contra la corrupción al interno de la Policía y a la especialización de la Fiscalía para una lucha más eficiente contra la criminalidad más grave y con mayor poder de corrupción (Gimate-Welsch, A., 2017, pp. 340 y ss). Para ello se creó la Dirección de Asuntos internos (Ley 18.362) con la competencia, entre otras, de “Prevenir los actos de corrupción en el cumplimiento de la función policial, promoviendo la capacitación y el fortalecimiento en los valores éticos, tales como honestidad, integridad y eficiencia en la gestión” (Art. 17) y se crearon las Fiscalías Letradas Nacionales en Materia Penal con Especialización en Crimen Organizado (Ley 18.390).

En 2009, la Ley 18.485 reguló el funcionamiento de los Partidos Políticos, en particular, la financiación pública (Arts. 20 y ss) y privada (Art. 31), sin llegar a crear delitos relacionados con dichos aspectos. Se enumeran específicas prohibiciones (Art. 45) y se determina una sanción de multa equivalente al doble del monto de la donación o contribución prohibida o del gasto no registrado; mientras que los donantes serán sancionados con una multa cuyo monto podrá ser entre dos y diez veces el valor de lo ilícitamente donado (Art. 46). El incumplimiento reiterado de algún Partido Político en la materia solo da lugar a la suspensión de hasta por un año (Art. 47) de la partida de financiación pública (Art. 39). Si se tratara de una transgresión de una empresa concesionaria del Estado o que tiene una relación con el mismo (formalizadas mediante contratación directa o adjudicación de licitación), la sanción se limita a “determinar que en el futuro la empresa, o ésta y sus directivos responsables, no serán tenidos en cuenta para nuevas adjudicaciones, en caso de una obra y, en caso de una concesión de servicio, declararla precaria o extinguida dentro de los ciento ochenta días de recibida la comunicación de la Corte Electoral, sin perjuicio de la sanción prevista en el literal anterior” (Art. 48).

La Ley 19.121 de 2013 reguló el estatuto del funcionario público de la administración central con el objetivo de lograr “un marco de profesionalización, transparencia, eficacia y eficiencia” (Art. 1). La ley vuelve a definir al funcionario público de la administración central como “todo individuo que, incorporado mediante un procedimiento legal, ejerce funciones públicas en un organismo del Poder Ejecutivo

bajo una relación de subordinación y al servicio del interés general” (Art. 3). En el Art. 4 se enumeran los principios fundamentales de la función, en particular: la imparcialidad; mientras que en el Art. 29 se declaran los deberes y obligaciones y en el Art. 30 las prohibiciones e incompatibilidades. En los artículos 73 y siguientes se especifican el tipo de faltas, los procedimientos y las sanciones correspondientes.

La Ley 19.340 del 28 de agosto de 2015 convierte a la Junta de Transparencia y Ética Pública como Servicio Descentralizado, sustituyendo a la anterior Unidad Ejecutora N°22 del Ministerio de Educación y Cultura⁵¹.

Diversas leyes aumentaron las obligaciones de funcionarios públicos en relación con la declaración de patrimonio⁵².

La búsqueda constante del fortalecimiento de la transparencia condujo a la Ley 19.823 que aprobó un Código de Ética en la Función Pública con el objetivo de “sistematizar y homogeneizar, en una misma norma de jerarquía legal, un conjunto de reglas relativas al buen ejercicio de la función pública” (Parlamento de Uruguay, caso Senador Charles Carrera). El artículo 12.1 expresa que “Se entiende que existe corrupción, entre otros casos, en el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener directa o indirectamente un provecho económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para otro, se haya causado o no un daño al Estado o a la

⁵¹ La Junta, como Servicio Descentralizado, es regulada según lo dispuesto en la sección XI, capítulo I de la Constitución de la República y las normas especiales dictadas en la materia.

⁵² La Ley 19.149 de 2013 (Art. 139) agrega el literal S al artículo 11 de la Ley 17060, “el cual incluye a todo el personal del Ministerio del Interior sin excepciones en la obligación de presentar declaraciones juradas, lo que provocó un aumento importante en la cantidad de funcionarios obligados, los que pasaron de 12.000 a más de 40.000”. La ley 19.208 de 2014 extendió la obligación de formular la Declaración jurada de bienes e ingresos a funcionarios o empleados de empresas privadas creadas o adquiridas por organismos públicos, siempre que la participación del Estado sea mayoritaria (JUTEP, 2019). En 2019 la Ley 19.797 amplió el número de funcionarios y ciudadanos obligados a ofrecer declaración jurada de bienes, entre ellos, los miembros de los órganos directivos de las Personas Públicas no Estatales, de empresas privadas pertenecientes mayoritariamente a organismos públicos y delegados estatales en las empresas de economía mixta, así como la totalidad de funcionarios aduaneros y de la Dirección Nacional de Casinos. (Art. 1).

persona pública no estatal”. A las leyes existentes en la materia esta ley agrega una serie de prohibiciones para los funcionarios públicos como, por ejemplo, la de contratar con el mismo organismo en el que ejerce funciones; prohibición de uso indebido de fondos; prohibición de intervención de forma absoluta y no meramente formal evitando el conflicto de intereses.

2.3.2. En cuanto a los casos

2.3.2.1. *Peculado y abuso de funciones en empresa pública monopolística*

Este caso de 2016 es relevante porque analiza la conducta de Raúl Sendic mientras fue Presidente (2010-2015) del ente autónomo ANCAP (Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland)⁵³. El caso también destaca porque Sendic fue elegido Vicepresidente de la República como compañero de fórmula de Tabaré Vázquez para el periodo 2015-2020 y porque acabó renunciando a esa investidura (el 13 de setiembre de 2017) debido al inicio de juicio penal en su contra por delitos cometidos durante su periodo al frente de la empresa estatal ANCAP⁵⁴. El Fiscal Letrado Nacional en lo Penal Especializado en Crimen Organizado solicitó el enjuiciamiento sin prisión de algunos directores de ANCAP y de algunos gerentes de empresas vinculadas al ente (subsidiarias) pero que operan en el ámbito del derecho privado. Las conductas por las que se solicitaba la imputación penal incluían a Raúl Sendic por reiterados delitos de peculado (Art. 153 CP) y dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (Art. 162 CP); así como a otros directores por el delito de abuso de funciones y un gerente de empresa subsidiaria por un delito de estafa (Art. 347 CP) (Juzgado Letrado

⁵³ Esta es una empresa pública (Ente Autónomo) encargada de explotar y administrar el monopolio del alcohol y carburante nacional, el cemento portland, y tiene potestades de importar, refinar y vender derivados de petróleo. En 2016 se inició juicio penal por las eventuales responsabilidades penales que pudieran recaer sobre los directores y funcionarios de ANCAP.

⁵⁴ Este aspecto de la renuncia de un vicepresidente en ejercicio por un acto de corrupción del pasado, sirve como muestra de la poca tolerancia que existe en relación a los hechos de corrupción en el ámbito público.

Penal, 2016). En los hechos investigados por negocios de trading o intermediación, no se pudo probar la comisión de abuso de funciones⁵⁵. Esta investigación tuvo que discernir las normas del derecho penal de las normas del derecho administrativo, para determinar qué violación de las reglas que rigen la administración pública y de los principios que rigen la actuación de los funcionarios públicos (ética, probidad) implica una trasgresión a la norma penal. La justicia asume que no cualquier infracción que amerite responsabilidad administrativa constituye delito y, además, delimita el concepto de funcionario público a quienes cumplen con una función pública, entendiendo por tal toda aquella que implica el cumplimiento de los fines del Estado⁵⁶.

En lo que refiere a las responsabilidades de directores y gerentes de empresas vinculadas a ANCAP, pero que operan en el ámbito del derecho privado, la justicia penal analizó algunos casos que culminaron en pérdidas de dinero para las arcas públicas, pero que fueron investigados únicamente en el marco del Art. 162 CP (esto es, una investigación limitada al abuso de la función que no alcanza a la trama organizativa que conduce al abuso del funcionario). El dolo de este tipo de conducta guarda relación con la intención (la conciencia y la voluntad exigida por el Art. 18 CP) de realizar algo por fuera de los reglamentos o las

⁵⁵ En 2010 se firmaron dos contratos de compraventa: uno de venta de petróleo crudo de PETROECUADOR a ANCAP y el otro de productos refinados de ANCAP a PETROECUADOR. El 26 de agosto de 2010, ANCAP y TRAFIGURA firmaron lo que se llamó un “contrato espejo”, esto es, un Acuerdo de Intercambio de Hidrocarburos por el cual ANCAP se obligaba a proveer a TRAFIGURA el crudo que recibiera de PETROECUADOR durante la vigencia del Convenio del 26/1/2010 y por su parte TRAFIGURA se obligaba a proveer a ANCAP los productos refinados a ser entregados a PETROECUADOR durante la vigencia de dicho convenio, como contraprestación de la entrega de crudo de la empresa ecuatoriana. Se acuerda que TRAFIGURA abonará a la empresa uruguaya una comisión por cada cargamento recibido/o entregado (cláusula 10) (fs. 11-15 de Anexo Doc. II parte A) (Juzgado Letrado Penal, 2016).

⁵⁶ En opinión de la Juez Beatriz Larrieu, quien resolvió la apertura del juicio contra los indagados, los delitos contra la administración pública (que pueden ser cometidos por funcionarios públicos o estar relacionados con ellos) no protegen el mismo bien jurídico. “Así, los delitos perpetrados por funcionarios en general implican una infracción al deber propio de la función (tales como el peculado, la concusión, el fraude) mientras que los delitos perpetrados por quien no es funcionario en general implican la falta de respeto a los funcionarios o la desobediencia de sus mandatos (tales como el desacato o el atentado).”

formalidades (jurídicas, ¿la costumbre?) propias del cargo, lo que puede entenderse como un dolo peligrosamente cercano a la falta del debido cuidado, pues los perjuicios económicos derivados de tales actos arbitrarios (más cercanos a la imprudencia que a la intención de lograr un determinado resultado ilícito) parecen ser un elemento decisivo para la imputación dolosa. Téngase en cuenta que la intención de realizar ese acto arbitrario no forma parte del dolo, sino que es una intención requerida para la concreción del tipo penal. Véase que la eventualidad del perjuicio económico es parte del razonamiento para imputar el abuso de funciones o eximir de tal reproche penal. La expresión “en perjuicio de la Administración o de los particulares” contenida en el Art. 162 del CP no forma parte del dolo del autor, es considerada como una referencia subjetiva del tipo penal, esto es, un elemento subjetivo que cumple con una función constitutiva del tipo penal para contribuir a la precisión del injusto (principio de certeza del tipo penal).

Ahora bien, no cualquier acto arbitrario que pueda llegar a causar un perjuicio a la administración (o a particulares) sería suficiente para imputar el delito, pues, como surge del razonamiento de la juez actuante, esos actos arbitrarios deberían estar “—motivados por fines espurios o contrarios a los intereses públicos—, con abuso del cargo —excediéndose en los poderes que les conferían los cargos que ocupaban— y destinados a perjudicar a la Administración” (Juez Beatriz Larrieu). Como se ha dicho, el contenido del tipo penal abierto es completado por los fiscales y jueces en el caso concreto, esto es, según las circunstancias del caso.

En lo que refiere a los cargos de responsabilidad en las empresas vinculadas a empresas públicas pero que operan en el ámbito privado, técnicamente no se puede hablar de actos de corrupción en el sentido de que los delitos que puedan llegar a ser cometidos (piénsese en una apropiación indebida, por ejemplo, que sería el símil del peculado de un autor que es sujeto privado) no forman parte del elenco de delitos que forman parte del fenómeno “corrupción”. No obstante, mas allá de este formalismo, no parece haber lugar a la duda en cuanto a que se trata de casos estrechamente relacionados con la corrupción en la función pública.

Finalmente, el proceso penal fue iniciado para juzgar las conductas de Sendic vinculadas con el uso indebido de las tarjetas de crédito para exclusivo uso corporativo, utilizadas para la compra de efectos per-

sonales⁵⁷. El perjuicio total de estas maniobras para la administración pública fue de aproximadamente \$ 550.000 (quinientos cincuenta mil pesos uruguayos, lo que a la fecha serían unos U\$S 14.800, dólares americanos catorce mil ochocientos) y U\$S 38.000 (treinta y ocho mil dólares), de los cuales apenas hizo un reembolso durante todo su ejercicio como presidente de la empresa estatal de U\$S 130 (ciento treinta dólares)⁵⁸. La fiscalía solicitó el enjuiciamiento de Raúl Sendic bajo la imputación de reiterados delitos de peculado (Art. 153 CP), si bien: “De acuerdo a los informes remitidos por ANCAP y las conclusiones de la JUTEP, la empresa estatal no llevaba a cabo el debido contralor del uso de las tarjetas corporativas, conforme estaba regulado en el reglamento de uso del año 2011”⁵⁹. Esta solicitud fue acogida por la juez, porque la ausencia de control y las omisiones de la empresa no eximen al presidente que no pudo justificar los gastos personales realizados con dicho medio de pago⁶⁰. Se entiende que en lugar de gastos debido a la

⁵⁷ “Por resolución n° 322/3/2011 del 24 de junio de 2011, el Directorio de AN.C.A.P. aprobó un reglamento titulado “Procedimiento para el uso y administración de tarjetas corporativas de Directorio”: Cada Director tiene asignada una tarjeta para “efectuar pagos por gastos imprevistos que surjan en sus misiones de trabajo”. Asimismo, dispone que cada Director es responsable personal por los gastos incurridos, y que mensualmente, en un plazo no mayor a dos días hábiles posteriores al cierre de la tarjeta, cada usuario debe remitir a la Gerencia de Relaciones Institucionales y Comunidad una copia del estado de cuenta y los comprobantes de los gastos. De los estados de cuentas de las tarjetas agregados en esta causa (Anexo Doc. n° XVII parte A pp. 6-17 vto. y parte B pp. 961-1189). Resulta que Raúl Sendic usó la tarjeta en más de trescientas oportunidades, en el país y en el exterior. El listado de gastos incluye hoteles, restaurantes y combustibles, compras realizadas en tiendas de ropa, *freeshops*, supermercados, calzados deportivos, electrónica, joyería y librerías, entre otros.”

⁵⁸ Dice la sentencia: “El indagado no aclaró las compras realizadas, ni en la nota presentada a la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) ni en su comparecencia ante esta sede. Tampoco presentó las facturas correspondientes a los gastos ni comprobantes de haber procedido al reembolso a A.N.C.A.P. en caso de gastos personales (fs. 1941-1942 y 2606-2634)”.

⁵⁹ El único control era realizado por la Gerencia Económica Financiera que verificaba que el monto global de las compras con tarjetas corporativas fuese equivalente al monto debitado por el BROU y que las tarjetas fueran válidas.

⁶⁰ Estos gastos significan una desviación del objeto de tales tarjetas que solo pueden ser utilizadas en estrecho vínculo con la función desempeñada y en determinadas ocasiones (gastos imprevistos), máxime cuando algunos de ellos fueron realizados —incluso— durante periodo de licencia. “Esta conducta es violatoria de las

función (incluso aquellos imprevistos) hubo una *apropiación indebida* de fondos públicos para gastos personales que estaban en su posesión por razón del cargo. De esta forma, la extensa investigación por hechos de corrupción ocurridos en ANCAP condujo apenas a una imputación penal del otrora presidente Raúl Sendic por reiteradas conductas de peculado por la utilización indebida de la tarjeta corporativa (apropiación de fondos públicos) en concurso con un delito de abuso de funciones en casos no previstos por la ley.

2.3.3. Abuso innominado de funciones

En el año 2012 PLUNA⁶¹ suspendió las operaciones por su situación económica y el Poder Ejecutivo envió al parlamento un proyecto de ley para su liquidación. De ese modo, se creó un fideicomiso para la transferencia de los bienes y a finales del año se realizó la subasta pública. El 4 de abril de 2014 se dispuso el procesamiento sin prisión del ex Ministro de Economía Fernando Lorenzo y del expresidente del Banco de la República (BROU), Fernando Calloia, por un delito de abuso de funciones dadas las irregularidades en el otorgamiento del aval bancario a la empresa adquirente (COSMO). A pesar de la solicitud fiscal, en 2017 la Jueza de Crimen Organizado absolvió a Lorenzo por considerar que no fue garante de la operación; sin embargo, este año por la apelación presentada por el fiscal el Tribunal de Apelaciones de 1° turno confirmó la condena por abuso de funciones de Calloia o y revocó la absolución de Lorenzo.

2.4. *Corrupción y ausencia de contralor: la Dirección Nacional de Aduanas*

La función del control aduanero ha sido generalmente un área problemática en el tema de la lucha contra la corrupción y su posible

normas de conducta exigibles a los funcionarios públicos en relación a la administración de fondos públicos, establecidas en los arts. 20 a 23 de la denominada Ley Anticorrupción n° 17.060 y del decreto n° 30/2003”.

⁶¹ PLUNA era una aerolínea de bandera uruguaya, subsidiada por el Estado (Ley 9.940 de 1940) que funcionaba como Ente Autónomo, hasta que la Ley 16.211 de 1991 le permitió asociarse con capitales privados y en 1995 se asoció con la empresa VARIG de Brasil, convirtiéndose en PLUNA S.A.

vinculación con determinados grupos dedicados a distintas formas de tráfico de productos y contrabando. En agosto de 2019, las autoridades alemanas incautaron 4,5 toneladas de cocaína (con un valor aproximado de 1000 millones de Euros) de un contenedor que había partido desde Uruguay con un cargamento de soja⁶².

El director de la Dirección Nacional de Aduanas de Uruguay, Enrique Canon (en funciones desde 2010 durante el mandato de José Mujica y que desde 2017 era el presidente del Consejo de la Organización Mundial de Aduanas), renunció a su cargo debido a este caso (CNN, 2019), que, sin embargo, tratándose del mayor decomiso de droga en la historia de Alemania y que la droga fue traficada desde Uruguay, apenas tuvo repercusión en la discusión pública uruguaya⁶³.

2.5. *La conjunción del interés personal con el público*

Con fecha de 3 de mayo de 2019, Luis Pacheco, fiscal de Crimen Organizado, pide el procesamiento del diputado por Montevideo Daniel Placeres del Movimiento de Participación Popular (MPP), persona muy allegada al ex Presidente José Mujica, por el delito de conjunción del interés personal y del público en sus dos modalidades previstas en el Art. 161 del Código Penal, esto es: 1) por interesarse en cualquier acto o contrato en que deba intervenir por razón de su cargo con el fin de obtener un provecho indebido para sí o para otra persona y 2) por omitir denunciar o informar alguna circunstancia que lo vincule personalmente con el particular interesado en dicho acto o contrato. Su conducta delictiva se vincula directamente con su actuación parlamentaria en temas relacionados con la empresa *Envidrio*, donde habría votado beneficios para ésta (i.e. prestamos monetarios ofrecidos por entidades públicas) durante el tiempo que cumplía un

⁶² “Este era el segundo caso consecutivo relacionado con la incautación en Europa de droga procedente de Uruguay, después de los 600 kilos de cocaína interceptados en Francia en mayo pasado —aunque la noticia se conoció el 25 de julio— y precedentes del aeropuerto internacional de Carrasco” (Infobae, 2019).

⁶³ Llama la atención que el caso no fue parte de la campaña electoral que tuvo lugar en Uruguay durante 2019, con la excepción del candidato a la presidencia por el Partido Ecologista Radical Intransigente, Cesar Vega, quien declaró que Uruguay no solo no protege el medio ambiente, sino que es un país corrupto y vendedor de cocaína (El País, 2019).

rol jerárquico en la empresa. Según el dictamen fiscal, Placeres contaba con familiares dentro de la plantilla de trabajadores de *Envidrio*, entendiéndose que fueron beneficiados con la extensión del seguro de desempleo. Asimismo, se solicita que el Parlamento levante los fueros parlamentarios de Placeres para que sea conducido ante la Justicia (Juzgado Letrado Penal, 2019), razón por la cual con fecha 6 de mayo de 2019 y antes de contar con un pronunciamiento del Parlamento, el Sr. Daniel Placeres renuncia a su banca.

Por el mismo delito, en el mes de diciembre de 2018, se solicita el procesamiento de un jerarca de un hospital público en el departamento de Bella Unión, el más alejado de la capital, por la contratación de ambulancias a una empresa de la cual era dueño, a sabiendas que esta sería la única oferente y adjudicataria del llamado a licitación, incurriendo entonces en el delito de conjunción de interés personal y del público (Art. 161 CP). La denuncia fue presentada de oficio por Carlos Negro, fiscal de Crimen Organizado (Juzgado Letrado Penal, 2016).

2.6. Corrupción policial en función de auxiliar de la administración de justicia

A fines del mes de mayo de 2019, siete policías de la Zona IV de Investigaciones de Montevideo fueron imputados por un delito de extorsión, un delito de abuso de funciones, un delito de violación de domicilio especialmente agravado, un delito de privación de libertad y un delito de asociación para delinquir. Estos policías extorsionaron a una persona investigada por la Fiscalía de Flagrancia de 4° Turno de la capital por la presunta comisión de delitos de amenazas y estafa, a quien exigieron la suma de \$U 500.000 (aprox. 13.500 Dólares Americanos) a cambio de evitar la prisión y no informar a fiscalía sobre el negocio fraudulento (Juzgado Letrado Penal, 2019). Cuando se abre investigación contra estos funcionarios públicos, se recogen pruebas que indicarían que las conductas corruptas se vendrían llevando a cabo por más de una década, especialmente, en cuanto a la función de la Policía como auxiliar de la Administración de Justicia Penal⁶⁴.

⁶⁴ Al momento de escribir esta contribución no se tiene certeza acerca de cuantos juicios penales pudieron ser “viciados” por la conducta de estos funcionarios,

2.7. *Corrupción y lavado de dinero: repercusiones del caso Lava Jato*

El caso *Lava Jato* es la mejor prueba de cómo la corrupción penetra en los más altos niveles de gobierno a nivel nacional e internacional y de cómo las ganancias también traspasan las fronteras. En este tipo de maniobras la participación de las entidades privadas que operan en Uruguay se limita generalmente al ocultamiento de las ganancias obtenidas en el extranjero, que luego se vuelven a utilizar para comprar acceso al poder en lo que se puede entender como un espiral de corrupción⁶⁵. En el mes de mayo de 2018, la Fiscalía General de la Nación informa que se detuvo en Montevideo a cuatro personas que eran investigadas por la Justicia de Brasil en el marco de la causa *Lava Jato*, la mayor investigación de corrupción en la historia de aquel país. Según la justicia brasileña existen indicios de que el estudio jurídico “Posadas, Posadas y Vecino” habría tenido un rol preponderante en la operación de lavado de casi 11 millones de dólares. Entre las posibles pruebas cuenta la “delación premiada” o “colaboración eficaz” de João Antônio Bernardi Filho, ex trabajador de la constructora *Odebrecht*, quien aportó información sobre la empresa *Hayley*, creada en 2009 y con sede en Montevideo, que tuvo un papel clave en la operación de blanqueamiento de capitales⁶⁶.

2.8. *Corrupción y nepotismo*

El nepotismo es otro de los temas que puede asociarse a un favorecimiento indebido muy cercano al fenómeno de la corrupción (Bour, E.,

ni que repercusiones pudo haber tenido esta conducta corrupta a lo largo del tiempo respecto a la validez de la cosa juzgada.

⁶⁵ Dice un informe del BID: “los llamados Panamá Papers y los últimos escándalos de los Paradise Papers han revelado la existencia de oscuras estructuras legales que permiten esconder y lavar ganancias derivadas de la evasión fiscal, la corrupción, la malversación, el uso indebido de ingresos provenientes de las industrias extractivas, y de otros delitos relacionados” (BID, 2018, p. 8).

⁶⁶ El medio de prensa uruguayo “Sudestada” señaló que el administrador de esa sociedad anónima es el estudio mencionado anteriormente. De Souza, directivo de Petrobras, habría utilizado a dicha empresa para lavar dinero de varias empresas constructoras, entre ellas, *Odebrecht*, la argentina *Techint* y la italiana *Saipem* (Sudestada, 2019).

2014). En mayo de 2019 trascendió que Cancillería había alterado los resultados de un concurso, beneficiando a tres personas, de las cuales una de ellas sería el hijo de una embajadora vinculada al Frente Amplio, partido en el gobierno entre 2005 y 2020 (El Observador, 2019).

Con intermitencias la prensa se refiere a los negocios con Venezuela (a partir de 2005) de Javier Vázquez, hijo del dos veces presidente Tabaré Vázquez (2005-2010/2015-220), cuando el gobierno venezolano tomó la decisión de utilizar software libre para para la administración pública⁶⁷. Los negocios del hijo del presidente uruguayo con Venezuela, se especula, son una de las razones por las que el gobierno uruguayo se ha puesto constantemente de parte del régimen de Nicolás Maduro en todas las ocasiones en las que se ha intentado un repudio internacional a las graves violaciones a los Derechos Humanos que allí se cometen y que Uruguay no condenó durante los tres periodos en los que gobernó el Frente Amplio.

3. DESAFÍOS

D.1. A pesar de los casos recién mencionados y de la renuncia del Vicepresidente de la República por la comisión de delitos de corrupción, no se puede afirmar que en Uruguay la corrupción de los funcio-

⁶⁷ Entre otros, el hijo del Presidente participó de “la informatización de la empresa estatal de comunicaciones CGV Telecom por un monto de USD 62 millones; licencias y capacitaciones al Ministerio de Ciencia y Tecnología por USD 4.500.000; la empresa Montevideo Comm cerró un contrato para la administración de portales por USD 1.200.000; Geocom cobró USD 2,8 millones por un sistema de gestión para alcaldías y Artech Consulting consiguió otros dos contratos por USD 3,5 millones y 670 mil dólares” (InfoBae, 2019). “Vázquez reconoció que participó “en el relevamiento de los requerimientos técnicos, en los cronogramas de trabajo y la solución técnica” para que las empresas uruguayas pudieran cerrar sus contratos en Venezuela y luego ellas pagaron por sus “servicios profesionales”. Estos negocios fueron denunciados, pero “la denuncia contra Vázquez fue archivada poco después por pedido del fiscal Juan Gómez quien consideró que “no resulta acreditado” que el hijo del presidente “hubiese usufructuado de ningún privilegio por su relación de parentesco” (InfoBae, 2019). En lo que refiere a esos negocios, el contador Eduardo Gómez Canon, denunció ante la justicia haber sido perjudicado en la firma de esos contratos, sufriendo una pérdida millonaria. El 10 de junio de 2009, Canon apareció muerto en una playa de Punta del Este, acontecimiento calificado por la justicia uruguaya como suicidio.

narios públicos sea percibida por la población como un problema que requiera de prioridad en la agenda política. Ella tampoco ocupa un lugar de importancia en la política de gobierno y en la prensa (excepto durante alguna instancia judicial en la que se dirima la responsabilidad penal de algún funcionario en cargo de relevancia). La corrupción tampoco fue decisiva en la campaña política de 2019 donde una coalición de partidos opositores al Frente Amplio gana la elección luego de tres periodos de gobierno “progresista”. La inseguridad pública y la mala gestión en algunas empresas estatales (aunque la justicia penal no hubiera probado hechos de corrupción) fueron aspectos decisivos para el cambio de rumbo de las políticas de gobierno a partir de 2020.

Uruguay ha decidido limitar la corrupción al ámbito público, pero hay otras formas de comprensión de dicho fenómeno que se condicen de mejor modo con los tiempos actuales y que deberían ser analizadas con mayor detenimiento en cuanto a la necesidad de tipificación penal⁶⁸. La Convención contra la Corrupción de Naciones Unidas (CNUCC), ofrece algunas características de *la corrupción* con relevancia penal (criterios y conductas), que abarca los ámbitos público y privado y cuya

⁶⁸ “Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella” (CNUCC, 2004). Uno de los temas que aún quedan pendientes guarda relación con la transparencia en el financiamiento de los partidos políticos y el correcto funcionamiento del propio sistema de partidos de acuerdo con los principios constitucionales, para garantizar la transparencia en la financiación; la igualdad de oportunidades, la confianza de los ciudadanos en el sistema democrático, para que no se produzcan injerencias dirigidas a favorecer intereses particulares. En los sistemas jurídicos que ya cuentan con leyes en la materia, también se crean problemas cuando los vacíos legales se quieren llenar con el recurso a delitos pre-existentes a efectos de evitar lagunas de punibilidad. En relación con la utilización en Chile de la figura del cohecho para castigar el ofrecimiento o aceptación de financiamiento a legisladores a cambio de una actitud favorable al negocio del financista, así como la denominada “corrupción de los parlamentarios” (la “compra del voto” del sistema penal alemán, § 108e StGB), aplicando la tesis que el delito de cohecho se basa en la mera infracción a deberes de probidad administrativa (García Palominos, G., 2019, pp. 122-172). Para el caso español, Ley Orgánica 1/2015 introdujo el delito de financiación ilegal de los partidos políticos (Art. 304 bis), que fue relacionado con el de pertenencia a una organización destinada a financiar ilegalmente a aquéllos (Art. 304 ter) (Alapont, J., 2018; Javato, A., 2017).

finalidad político criminal se concentra en los aspectos preventivos, de cooperación internacional y en la recuperación de los activos⁶⁹.

La CNUCC en su Art. 13 resalta la importancia de la participación de la ciudadanía en la lucha contra la corrupción. Esta posibilidad es reconocida por los entrevistados en el último informe de *Transparency International*, donde el 77% de los entrevistados contestaron que creen que la sociedad civil puede influir en la lucha contra la corrupción. Esto resulta de importancia cuando el 33% dijo haber sido víctima de la solicitud de soborno de un funcionario público (61% en el caso de Venezuela), el 21% efectivizó el pago indebido por conveniencia, el 20% porque dicho pago era esperado como algo natural, el 16% como muestra de gratitud (*Transparency International*, 2019). Ahora bien, hay que tener en cuenta que el 73% cree que si denunciara algún hecho de corrupción podría ser víctima de una retaliación, el 23% cree que puede denunciar libremente sin que ello traiga algún tipo de consecuencia y el 38% cree que si denuncia ello podría servir de algo (*Transparency International*, 2019). Estos índices indican que dentro de la lucha contra la corrupción no basta con crear normas prohibitivas, sino que se requiere de un fortalecimiento de los sistemas de protección de las víctimas y de los denunciantes.

A nivel regional la CICC se limita a la corrupción pública, porque se trata de proteger “la democracia representativa” para lograr o mantener la “estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”, de los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas⁷⁰. A nivel de la norma en nuestra región la corrupción se vincula únicamente

⁶⁹ Art. 1: “La finalidad de la presente Convención es: a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos” (CNUCC, 2004).

⁷⁰ El combate de la corrupción “fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión público y el deterioro de la moral social”. El Preámbulo incluso la considera “uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada” y la relaciona “con los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes” (OEA, CNUCC, 2004). La corrupción es un fenómeno que pone en riesgo la paz a nivel nacional y regional, pues se relaciona directamente con la violencia (i.e. terrorismo, crímenes internacionales y/o conflictos armados) (*Transparency International*, 2014).

con el ámbito público, sin embargo, a nivel político en el Compromiso de Lima (VIII Cumbre de las Américas en 2018) se recomendó: “Promover códigos de conducta para los servidores públicos que contengan altos estándares de ética, probidad, integridad y transparencia, tomando como referencia los ‘Lineamientos para la Gestión de Políticas de Integridad en las Administraciones Públicas de las Américas’, e instar al sector privado a desarrollar códigos de conducta similares” (VII Cumbre de Las Américas, Lima, 2018).

En cuanto a la finalidad que orienta a la lucha contra la corrupción, la recuperación de activos es un objetivo claro identificado a nivel internacional (Art. 31 CNUCC), como si la eficacia preventiva fuera una finalidad que se entremezcla con la capacidad de recuperación de los dineros mal habidos, según la lógica del decomiso, también seguida para la lucha contra el lavado de dinero (Art. 23 CNUCC). En ese sentido no parece clara la frontera entre lo preventivo y lo retributivo, pues el decomiso parece ser una pena o consecuencia jurídica más identificada con la retribución que con la prevención especial o general. Desde el punto de vista político criminal, se muestra como una cuestión de suma importancia la finalidad de persecución y decomiso de los bienes con valor económico relacionados con la corrupción. Una finalidad de este tipo solo puede tener éxito si está basada en un rápido y eficaz sistema de cooperación internacional entre los Estados Parte. Ahora bien, queda abierta la cuestión de la legitimidad de este objetivo de recuperación de activos cuando se trata de sistemas (jurídicos, sociales, políticos) que de algún modo han sido permeables y permisivos con la corrupción.

El Grupo de Examen de la Aplicación de la CNUCC en su informe sobre Uruguay de 8 de octubre de 2014 sostuvo que “el soborno en el sector privado en los términos del artículo 21 de la Convención no está legislado”. Cabe decir que el sistema jurídico penal uruguayo recurre a otras figuras para intentar abarcar algunas conductas que podrían estar relacionadas con estas formas de corrupción⁷¹.

⁷¹ “Actualmente, se recurre en forma tangencial a otras conductas que eventualmente podrían cubrir algunos elementos de este delito, tales como la estafa (art. 347 del CP), la apropiación indebida (art. 351 CP), revelación de documentos o secretos profesionales (respectivamente arts. 301 y 302 CP) y el prevaricato (arts. 194 y 196 CP)” (Grupo de Examen de Aplicación, 2014).

La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) del 21 de noviembre de 1997, deja claro dos objetivos fundamentales: 1. que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales y 2. Que hay una obligación de parte de los gobiernos de prevenir la instigación al soborno por parte de personas y empresas en las transacciones comerciales internacionales (OCDE, 1997). Consecuente con estos objetivos surgen dos obligaciones para los Estados signatarios: 1. la tipificación a nivel nacional del cohecho del funcionario público extranjero; 2. la consideración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hasta el momento, Uruguay no ha firmado esta convención y de los dos objetivos ha cumplido con el primero (Art. 29 Ley 17.060)⁷². Según el presidente de la JUTEP, en los próximos años la OCDE aplicará para la corrupción el mismo esquema que el GAFI viene aplicando en materia de contralor internacional para el combate del problema del lavado de dinero (El País, 2019). Esto sugiere que el legislador uruguayo, para evitar inconvenientes a nivel internacional, se tendrá que ocupar de la corrupción en el ámbito privado y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En el XI Foro Global de Transparencia, que tuvo lugar a fines de 2018, Uruguay promovió un acuerdo fiscal para combatir la corrupción en América Latina, intensificando la cooperación internacional y el uso de información con fines tributarios. El objetivo era maximizar el uso de la información impositiva (i.e., tener acceso en tiempo real a los datos) para la persecución del fraude fiscal, la corrupción y de los delitos financieros (Presidencia, 2018). Esta iniciativa uruguaya a nivel internacional no se condice con la política criminal interna, donde la corrupción no abarca el ámbito de las “funciones” del ámbito privado

⁷² El tipo penal uruguayo solo castiga a la persona que ofrece dinero u otro provecho económico a un funcionario extranjero, pero no se penaliza al funcionario extranjero (o funcionario de una organización internacional pública) cuando ha aceptado dicho “soborno”. Ello significa que apenas se castiga con el pomposo nombre de “cohecho y soborno transnacional” de la promesa u otorgamiento de un beneficio indebido de carácter meramente patrimonial a un funcionario extranjero para la celebración o facilitación de un negocio de comercio exterior uruguayo.

(nacional e internacional), que podría identificarse como el ámbito en el que habría que intensificar la prevención de los delitos financieros.

En los días que corren, mientras escribo esta contribución, hay varios proyectos de ley relacionados con la corrupción pendientes en el Parlamento. Aquí procedo a mencionar aquel presentado por el partido de gobierno en marzo de 2019 (Carpeta 1322) y el presentado por el Partido Independiente en noviembre de 2017 (Carpeta 944). El primer proyecto se refiere a un deber para determinados funcionarios de certificar su condición de buenos contribuyentes y de poner en conocimiento los posibles cargos que ocupen en empresas privadas o en determinadas estructuras jurídicas de las que puedan participar o ser beneficiarios (i.e., fideicomisos financieros)⁷³. Para ello se exonera de la obligación de reserva que exige el Art. 47 del Código Tributario⁷⁴ y de la obligación de guardar secreto profesional⁷⁵. Este proyecto parece obedecer a recomendaciones como la de los

⁷³ Artículo 1. “Los titulares de cargos electivos, políticos y de particular confianza deberán presentar, al asumir su cargo, los certificados emitidos por la Dirección General Impositiva y el Banco de Previsión Social de estar al día con los tributos a su cargo y de los tributos a cargos de las sociedades, fideicomisos u otras estructuras jurídicas, en las que sean directores, administradores, socios, accionistas o beneficiarios finales”.

⁷⁴ Artículo 47 (Secreto de las actuaciones). “La Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales. Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada. La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente”.

⁷⁵ Artículo 25. “Las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional y sólo pueden, ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud. No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

expertos del BID en cuanto a mejorar la transparencia estableciendo “registros públicos que identifiquen a los beneficiarios finales de las empresas y entidades financieras” (BID, 2018, p. VI). El segundo proyecto se concentra en la ampliación de las potestades de la JUTEP no solo como órgano asesor en la lucha contra la corrupción⁷⁶ sino también en la recolección de pruebas, constituyéndolo como órgano colaborador con el Ministerio Público.

El Banco Interamericano del Desarrollo (BID), entre junio de 2017 y setiembre de 2018, realizó un informe sobre tributación, industrias extractivas, infraestructura, sociedad civil, gobernanza e instituciones, sector privado y tecnologías de la información, para comprender las consecuencias del problema de la corrupción y para analizar las distintas soluciones posibles (BID, 2018). El informe recomienda mejoras en la gobernanza a nivel regional⁷⁷, y constata que el gran problema de la mayoría de los países de la región es que han creado normas que no han sido bien ejecutadas o implementadas. A su vez, se deja claro que las reglas internacionales en materia de transparencia e integridad son una hoja de ruta ineludible que debe ser adoptada en el ámbito nacional⁷⁸. Si nos atenemos a los informes que refieren a Uruguay, los análisis son positivos con las normas y herramientas

⁷⁶ Entre otras funciones “se agregan a los cometidos de la JUTEP la potestad de ampliar el ámbito de las declaraciones juradas, extendiendo la publicidad de estas a un elenco mucho más amplio de jerarcas públicos que incluye además del Presidente y Vicepresidente de la República, a los legisladores, ministros, subsecretarios, directores generales de los Ministerios, Intendentes Departamentales y Directores de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados”.

⁷⁷ Los expertos coinciden en que los recientes escándalos a nivel regional han demostrado que la corrupción en América Latina y el Caribe es sistémica, y que abarca una compleja red de métodos y mecanismos a gran escala. La manera a través de la cual se desvían fondos se ha vuelto más sofisticada, y los sistemas de gobernanza y control de la región no están lo suficientemente desarrollados para enfrentar estos nuevos retos. Al mismo tiempo, en muchos países también se verifica lo que se llama la “pequeña corrupción” que, si bien difiere en la suma de los grandes sobornos y negociados, tiene un efecto directo sobre el ciudadano común y corriente” (BID, 2018). “Algunos países están en una mejor situación que otros. Uruguay, Chile y Costa Rica se sitúan en una buena posición a nivel mundial por los avances institucionales y legales que han realizado en las últimas décadas para fortalecer su gobernanza y control de la corrupción” (BID, 2018).

⁷⁸ “Sin embargo, el panel es claro en aclarar que no se trata solamente de asegurar la calidad técnica de las leyes o las políticas públicas de integridad. Es necesario,

existentes, sin embargo, no existen tipos penales para determinadas conductas que podrían ser asimiladas a la corrupción como el hecho de solicitar “coimas” para otorgar determinadas obras en el ámbito privado o pagar determinados “precios” a quienes toman decisiones para recibir un trato preferencial en la contratación de empresas que brindan servicios públicos, perjudicando de esa manera a otros en la “libre competencia”⁷⁹.

El análisis de datos de la realidad será esencial antes de emprender el camino de la utilización del derecho penal para lidiar con la corrupción en el ámbito privado. Dentro de los desafíos y las asignaturas pendientes del legislador en materia de política criminal hay que incluir el análisis racional sobre la necesidad real de tipificar la corrupción en el ámbito privado; pero dicho análisis no solo debe hacerse incluyendo la percepción subjetiva sino también la corrupción objetiva⁸⁰.

señalan, que las reformas en el plano local incorporen a la sociedad civil y el sector privado” (BID, 2018).

⁷⁹ “Los expertos también se enfocaron en el rol del sector privado. Como señalan, los escándalos ponen el foco en los empresarios corruptos, y a veces se pierde de vista que cada contrato obtenido con un soborno deja en el camino a un empresario que no estaba dispuesto a pagar”. *Ibíd.*, En el informe del BID se recomienda el uso de estrategias de acción colectiva en el sector privado, “para asegurar que las reglas de integridad sean adoptadas progresivamente por todas las empresas del sector” (BID, 2018).

⁸⁰ Valga como ejemplo la consulta a la ciudadanía uruguaya sobre qué grupos podrían estar mayormente involucrados en actos de corrupción, donde solo el 23% tuvo una percepción negativa de los empresarios (corrupción privada); que es una cifra superior a la percepción de corrupción en el ámbito público (19%). En Argentina y Brasil, únicos países vecinos, la imagen del empresario es mucho más negativa (40% y 39% respectivamente).

PERSONEROS INVOLUCRADOS EN ACTOS DE CORRUPCIÓN: TODOS TOTALES POR PAÍS 2018



P. Cuántos de los siguientes grupos de personas piensa Ud. que están involucrados en actos de corrupción o no tiene suficiente información para opinar? ¿Ninguno, algunos, casi todos o todos?
Aqui: Suma alternativa "casi todos" y "todos".

	EL PRESIDENTE Y SUS FUNCIONARIOS	LOS PARLAMENTARIOS	EMPLEADOS PÚBLICOS	CONCEJALES	LA POLICÍA	FUNCIONARIA NACIONAL DE IMPUESTOS	JUECES Y MAGISTRADOS	LÍDERES RELIGIOSOS	EMPRESARIOS
Argentina	53	46	26	38	41	30	43	27	40
Bolivia	42	41	35	43	50	34	44	21	25
Brasil	62	59	27	56	27	29	28	22	39
Colombia	46	51	41	46	39	36	42	29	30
Costa Rica	29	33	24	31	28	22	23	22	22
Chile	32	44	32	41	35	33	36	45	38
Ecuador	49	58	54	59	54	55	59	49	56
El Salvador	53	54	37	45	41	37	42	27	35
Guatemala	52	54	38	48	43	37	35	20	31
Honduras	45	44	30	36	41	33	34	21	29
México	61	59	47	58	60	40	42	31	35
Nicaragua	52	53	41	51	53	45	50	20	29
Panamá	54	50	34	45	37	35	40	23	32
Paraguay	65	68	54	62	60	50	62	25	51
Perú	53	62	42	59	46	41	50	28	33
Uruguay	26	25	19	22	23	16	21	31	23
Venezuela	65	64	46	63	72	59	56	23	39
R.Dominicana	55	55	34	49	58	48	52	32	39
Latinoamérica	50	51	37	47	45	38	43	28	35

Fuente: Latinobarómetro Informe 2018, p. 67.

En 2019, como ya se dijo, se sancionó un “Código de Ética en la Función Pública” (Ley 19.823), que deja a discreción del Estado la sanción de privados, y no brinda garantías precisas para los funcionarios que denuncien hechos de corrupción, por ejemplo, en lo que refiere a cómo serán incluidos en el sistema de protección de testigos⁸¹. Se define al funcionario público como cualquiera que tenga

⁸¹ Art. 42: “Los funcionarios públicos que denunciaren delitos de Corrupción contra la Administración Pública, quedarán incluidos en el programa de protección de testigos de la Fiscalía General de la Nación. Las personas públicas referidas en esta ley, deberán disponer la creación de ámbitos competentes para la recepción reservada de denuncias o noticias de actos de corrupción que ocurran en las

una vinculación con el Estado para desempeñar la función pública a título oneroso o gratuito, permanente o temporario. La ley ofrece un concepto de “corrupción” basado en el uso indebido de la función con la finalidad de obtener un provecho indebido, sin que sea necesario que se cause un daño al Estado o a la persona pública no estatal⁸². Además, ofrece un concepto de “probidad”⁸³ y una enumeración contraria a la misma (Art. 14). Las prohibiciones se enumeran en los artículos 27 y siguientes. El funcionario público debe distinguir y separar radicalmente los intereses personales del interés público e informar a su superior ante cualquier sospecha de irregularidad (Art. 19). Los privados involucrados en actos de corrupción pueden recibir una suspensión de hasta dos años para contratar con una persona pública estatal o no estatal (Art. 12), sin embargo, no se especifica algún tipo de diferenciación entre conductas leves y graves que sirvan

respectivas dependencias, las que luego de ser diligenciadas y, de existir mérito suficiente, serán derivadas a las autoridades competentes. En el curso del diligenciamiento de las actuaciones respectivas, se dará debida protección administrativa y laboral a los funcionarios denunciantes sin perjuicio de su responsabilidad en el caso de denuncias falsas o infundadas. Dicha protección implicará, entre otros aspectos, la reserva de su identificación si correspondiere y la preservación de su estabilidad laboral, no pudiéndose permitir que se le apliquen medidas administrativas que le causen perjuicio si no están debidamente fundadas.

⁸² Art. 12 (Concepto de corrupción): “Se entiende que existe corrupción, entre otros casos, en el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener directa o indirectamente un provecho económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para otro, se haya causado o no un daño al Estado o a la persona pública no estatal. Se considera parte integrante del concepto de corrupción la oferta que realice una persona física o jurídica a un funcionario público, de un beneficio de cualquier especie, para sí o para un tercero, a los efectos de que cumpla con las tareas propias de su función u omita cumplirlas. Quien incurra en esta conducta quedará suspendido en la posibilidad de contratar con una persona pública estatal y no estatal y de actuar como representante, gestor o administrador de un proveedor de las mismas por un término de dos años, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que corresponda y lo que determine la reglamentación en materia de contratación con el Estado”.

⁸³ Art. 13 (Probidad): “El funcionario público debe observar una conducta honesta, recta e íntegra y desecher todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros, en el desempeño de su función, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. También debe evitar cualquier acción en el ejercicio de la función pública que exteriorice la apariencia de violar las normas de conducta en la función pública”.

de parámetro para la proporcionalidad de la sanción. El “código de ética” no especifica cómo se garantizará la reserva de identidad de los funcionarios denunciantes, dejando desprotegido a quien se comporte de manera *virtuosa*.

A nivel regional (a iniciativa de Brasil) se prepara para fines de 2019 un “Plan de acción del Mercosur para el combate a la corrupción” donde consta un compromiso de los países que lo componen de velar por la integridad, honestidad y responsabilidad hacia la cosa pública, así como por el cumplimiento de las convenciones internacionales en la materia (Semanao Búsqueda, 2019, Montevideo, p. 25).

En Uruguay existe el delito de desacato que castiga con 3 a 18 meses de prisión a quienes “ofendan” o “desobedezcan” a los funcionarios públicos en una protección del honor y de la posibilidad de simple menoscabo de la autoridad del que cumple una función pública, que produce un blindaje innecesario y desproporcionado a estos funcionarios, que puede convertirse en un obstáculo para la denuncia ciudadana de actos de corrupción. En los hechos se da el mensaje erróneo de que el funcionario no se encuentra al servicio del ciudadano, sino que este es un “súbdito” de aquél (Art. 173 CP). Este delito, que existe en la mayoría de los países del continente, es contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁴ y pone en peligro la libertad de expresión y el derecho a la información. La conveniencia de la permanencia de este delito o la necesidad de su derogación debería ser discutida y analizado en el marco político criminal de la lucha contra la corrupción.

⁸⁴ Estos tipos penales “proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que a los ciudadanos privados, en directa contravención con el principio fundamental de un sistema democrático, que sujeta al gobierno a controles, como el escrutinio público, para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos [...] Para asegurar la adecuada defensa de la libertad de expresión, los Estados deben reformar sus leyes sobre difamación, injurias y calumnias en forma tal que sólo puedan aplicarse sanciones civiles en el caso de ofensas a funcionarios públicos. Además, la responsabilidad por ofensas contra funcionarios públicos sólo debería incurrirse en casos de “real malicia”. La doctrina de la “real malicia” significa que el autor de la información en cuestión era consciente de que la misma era falsa o actuó con desconocimiento negligente de la verdad o la falsedad de dicha información” (OEA, 1995).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El problema de la corrupción está directamente relacionado con los mecanismos de control social informal y formal, (primario y secundario) y con las características del Estado de Derecho. La corrupción incide en la calidad del sistema social y jurídico; ella tiene que ver con el mal desempeño de la función pública y conlleva la violación de los deberes del cargo. Pero, además, rompe con la imparcialidad y objetividad que tiene que caracterizar a las relaciones entre los ciudadanos y los funcionarios en el cumplimiento de las cuestiones públicas.

Uruguay no tiene un problema estructural ni tampoco índices altos de corrupción. No existe una tolerancia social e institucional que pueda ser considerada grave o que contribuya con la impunidad de quienes cometen delitos vinculados con la Administración Pública. Las instituciones y organismos internacionales que se dedican al análisis de la corrupción indican que Uruguay es uno de los países con menores índices de corrupción del continente americano. Para explicar la situación de Uruguay hay que recurrir, por un lado, a la incidencia del ordenamiento jurídico y las funciones político-criminales de prevención y represión, y por otro lado, a las características sociales y políticas, esto es, considerar el sentido republicano de la ciudadanía y de las instituciones.

En Uruguay el combate o lucha contra la corrupción se limita —incluso semánticamente— a la función pública y no puede tener pretensiones (más allá de lo simbólico) de abarcar a la corrupción en todas sus manifestaciones. Para la política criminal uruguaya, la corrupción es un fenómeno circunscripto a la prevención y el castigo de las violaciones a la probidad de los funcionarios públicos, aunque tales abusos —en algunos delitos— no estén previa y claramente delimitados. El delito de abuso innominado de funciones (Art. 162 CP), a pesar de los reparos que se le hacen por no cumplir con las exigencias constitucionales del principio de legalidad, es constantemente utilizado por la justicia penal uruguaya. Este delito residual es funcional a una política criminal que, por un lado, pone el foco de atención en la represión de la conducta de los funcionarios públicos (arbitraria, ilegítima, abusiva) y que, por otro lado, no realiza esfuerzos preventivos para el control (futuro) de la corrupción, pues no concentra sus esfuerzos y presupuesto en la investigación de las circunstancias

(económico-financieras-transnacionales) vinculadas con los delitos cometidos por los malos funcionarios.

En los casos de corrupción aquí seleccionados se aprecia que el sistema jurídico fue implacable en aquellos de poca gravedad en cuanto al daño social causado (por ejemplo, en cuanto a la cuantía del daño, si bien en la gravedad del injusto puede incidir también la jerarquía del funcionario que comete el delito), como podría ser el peculado por utilización de una tarjeta corporativa por un monto de aproximadamente U\$S 48.000 (Dólares Americanos Cuarenta y Ocho mil), que motivara la renuncia del Vicepresidente en funciones de la República. Este caso puede servir como indicador que, por un lado, existe poca tolerancia hacia la corrupción⁸⁵ y que, por otro lado, existe un alto grado de independencia del Poder Judicial en relación con los otros poderes del Estado. Sin embargo, como vimos ante los grandes escándalos ocurridos a partir de los noventa, el sistema judicial tiene demasiadas carencias para la investigación de la delincuencia económica de tipo complejo vinculada con el poder político y termina operando como una “válvula de escape” de los casos “investigados” por comisiones parlamentarias (investigaciones políticas que conducen a sanciones políticas como la expulsión de un Partido Político), pero sin que la población pueda tener demasiadas expectativas de búsqueda de la “verdad material” en cuanto a la trazabilidad de las operaciones y de la identidad de los operadores, que pueda conducir no solo a la imputación de figuras penales vinculadas con el derecho penal económico, con la administración pública y con la libre competencia, sino también con la criminalidad organizada.

Uruguay está ligado a la política criminal sugerida por las convenciones regionales que limitan el fenómeno de la corrupción al ámbito público, pero no cumple a cabalidad con las exigencias internacionales que sugieren a nivel global la inclusión de los pactos indebidos y de la falta de probidad en el ejercicio de actividades —también— en

⁸⁵ Con independencia de la importancia del cargo político del funcionario corrupto y de la poca cuantía del daño causado, que no fueron utilizados en el caso concreto de forma legitimadora o justificante de la conducta que mereció una condena penal y sirvió de muestra de la salud que goza el sistema en cuanto al fenómeno de la corrupción.

el ámbito de los privados. Es legítimo que para el ámbito público se exija la “incolumidad” en el ejercicio de la función, porque allí reside la integridad del propio Estado y de sus instituciones, pero ello no significa que se tenga que desconocer que las relaciones privadas sociales y comerciales también necesitan basarse en la confianza, la libre competencia y la economía libre de acuerdos ilícitos. En ese sentido la política (criminal) de Uruguay se encuentra omisa en la discusión pública sobre la necesidad de *aggiornar* la concepción y definición del fenómeno de la corrupción desde lo conceptual y lo normativo, cuyo combate efectivo y eficaz en los ámbitos públicos y privado se exige desde el plano internacional.

La decisión político criminal de poner el centro de atención en la función pública (porque allí está la esencia de la corrupción), no exige como correlato la renuncia a prevenir y castigar la corrupción en el ámbito privado, cuando la realidad indica que se trata de un fenómeno mucho más amplio y complejo que debería incluir un ámbito mayor de relaciones corruptas. Tal y como está “construido” el sistema penal uruguayo, la corrupción solo tiene lugar en el ámbito público pero las investigaciones no siempre conducen a conocer en profundidad los trasfondos y vínculos entre criminales y funcionarios públicos. Considerando todas estas cuestiones y con ese marco de referencia se tiene que analizar la política criminal llevada a cabo por Uruguay en la lucha contra la corrupción.

REFERENCIAS

Doctrina

- Adriasola, G. (1999), Delitos de corrupción pública. Montevideo: Del Foro.
- Alapont, J. (2018), “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”, *InDret*, 4, [Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/348309/439472>].
- Bannenberg, B. (2002), *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse*. Germany: Luchterhand.
- Bautista, O. (2017), “La corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución”, *Encuentros Multidisciplinares*, [Disponible

- en: http://www.encuentros-multidisciplinares.org/revista-56/oscar_diego.pdf].
- Bour, E. (2014). “Corrupción-Reflexiones en la academia”, [Disponible en: <http://ebour.com.ar/pdfs/CORRUPCION%20ANCE3.pdf>].
- Chaves, G. (2015). *El Derecho Penal según la Constitución*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay.
- Da Costa (2009), N. *La laicidad uruguaya*, [Disponible en: <https://journals.openedition.org/assr/21270?lang=es>].
- Diez Nicolás, J. (2013), “Actitudes hacia la corrupción”.
- Doyenart, J. (2013), *Como el Uruguay no había*. Uruguay: Fin de Siglo.
- Fernández Steinko (Ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Forteza, A. (2011), “El Estado benefactor, principales desafíos”, Arocena/Caetano (Coords.) *La aventura uruguaya*. Naidés es más que naidés?, Montevideo: Debate.
- Galain Palermo, P. (2011), “El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas”, en Muñoz Conde et al. (Dirs.), *Un derecho penal comprometido: Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galain Palermo, P., “El delito de lavado de activos: ¿Cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?”, en Hefendehl, R. & Galain Palermo, P. (en prensa), *El derecho penal económico en su dimensión global*. Dogmática, criminología y política criminal, Montevideo/Buenos Aires: BdF
- García Palominos, G. (2019), “(In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (art. 248 y ss. CP)”, *Polít. crim.* Vol. 14, No 27.
- Garland, D. (2012), *La cultura del control*. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, Barcelona: Gedisa.
- Gimate-Welscj, A. (2017), *Seguridad*. Chile, Argentina y Uruguay. Hacia un modelo de seguridad ciudadana y seguridad pública (1990-2015), México: Biblioteca Nueva.
- Grieger, J. (2012), *Einleitung: Korruption, Korruptionsbegriffe und Korruptionsforschung*, Graeff, P./Grieger, J. (Hrsgs.), *Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionforschung*. Baden-Baden: Nomos.
- Hernáiz, C., Phélan, M. & Camacho, J. (2014). “Sobre las mediciones de corrupción y su relación con el desarrollo y el bienestar en América Latina”, *Paradigmas*, jul.-dic., Vol. 6, 2.
- Huntington, S. (1968), “Political Order in Changing Societies”, Yale UP, New Haven.

- Javato, A. (2017). “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP) Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-26, [Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-26.pdf>].
- Kindhäuser, U. (2007), “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Polít. crim.* n° 3, A1.
- Langón, M. (2017). *Código Penal Uruguayo y Leyes Complementarias Comentados*. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Malet, M. (1999), *La corrupción en la Administración Pública*. Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
- Malet, M. (2008), *Derecho penal, Hacienda y Administración pública*, Montevideo: FCU.
- Montano, P. (2009). “Delitos de corrupción”, UY/DOC/447/2009.
- Moriconi, M. (2018) “Reframing illegalities: crime, cultural values and ideas of success (in Argentina)”, *Crime Law Soc Change*, 69.
- Moriconi, M. (2018), “Desmitificar la corrupción La perversidad de su tolerancia... y de su combate”, *Nueva Sociedad*, 276, [Disponible en: <https://nuso.org/articulo/desmitificar-la-corrupcion/#footnote-4>].
- Nash, C. (2008). “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, [Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.com/site2008/index2.php?seccion=legi>, pp. 353-408].
- Ottati, A. (2000), “Aspectos penales de la Ley Anticorrupción”, *Revista de Derecho*, 1, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay.
- Queralt, J. (2007), “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, *Mir*
- Puig/Corcoy (Dirs.), *Política criminal y reforma penal*. España: Edisofer.
- Prats, M. (2008), *Venta del Banco Pan de Azúcar en Uruguay: un caso de corrupción en las altas esferas*, en *Transparencia y probidad pública. Estudios de caso de América Latina*. Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, [Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/388/submission/proof/files/assets/basic-html/index.html#67>].
- Rose-Ackerman, S. (2001), *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid: Siglo Veintiuno.
- Sarlo, O. (2011), “Un escenario posible para Uruguay 2020. El sistema judicial para un país de primera”, *Arocena/Caetano (Coords.)*, *La aventura uruguaya Naidés es más que naidés?*, Montevideo: Debate.
- Schultze-Kraf, M., (2016), “Órdenes criminales: repensando el poder político del crimen organizado”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 55, Quito.

- Spangenberg, M. “Los deberes subyacentes a los delitos contra la Administración Pública”, [Disponible en: <https://www.dgi.gub.uy/wdgi/page?2,principal,resultado-de-busqueda,O,es,0,SRC;1703;0;3409742;N;SRC>].
- Überhofen, M. (1997), *La corrupción en el derecho comparado*. Argentina: Konrad Adenauer/Ciedla.
- Valeije, I. (1995). *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid: Edersa.
- Vanhger, M. (1968), José Batlle y Ordóñez. *El creador de su época*. 1902-1907, Buenos Aires: Eudeba.
- Yarzabal, L. & Chiappara H, C. (Eds.) (2012), *El Control de la Corrupción en el Mercosur/Memoria del Primer Encuentro de Órganos Superiores de Control de la Corrupción en el Mercosur*. Montevideo: Junta de Transparencia y Ética Pública.
- Zimmermann, T. (2018). *Das Unrecht der Korruption. Eine strafrechtliche Theorie*. Baden-Baden: Nomos.

Jurisprudencia

- CIDH, Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.
- CIDH, 2019, N° 23: Corrupción y Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo23.pdf>
- Juzgado Letrado Penal Especializado en Crimen Organizado de Primer Turno, IUE 2-13757/2016.
- Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de 1° Turno Autos caratulados: “G.R., R. y otros-Denuncia” I.U.E. N° 2-15452/2017.
- Juzgado Letrado Penal Especializado en Crimen Organizado de 2° turno, I.U.E. N° 474-106/2016,
[Disponible en: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/7303/1/bella-union.pdf>]
- Juzgado Letrado Penal Especializado en Crimen Organizado de 3° turno, IUE. N° 590-53/2019,
[Disponible en: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/8180/1/formalizacion-1902424.pdf>].
- Parlamento de Uruguay, [Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/27510/tramite>].
- Parlamento de Uruguay, Senador Charles Carrera en la exposición de motivos. <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141494/tramite>

Otras Referencias

- Alianzas público-privadas para promover la transparencia, la Vicepresidencia de sectores y conocimiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)”, 2018, p. 8, [Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/17362/alianzas-publico-privadas-para-promover-la-transparencia>].
- Banco Mundial, 2019, [Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/uruguay/overview>].
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2001.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2018, Grupo asesor de Expertos en corrupción y transparencia e integridad para América Latina y el Caribe, [Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-del-Grupo-Asesor-de-Expertos-en-anticorrupcion-transparencia-e-integridad-para-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>].
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2018, La reforma pendiente de América Latina, [Disponible en: <https://www.iadb.org/es/mejorandovidas/la-reforma-pendiente-de-america-latina>].
- Caras & Caretas, 2020, Alberto Grille, [Disponible en: <https://www.carasy-caretas.com.uy/el-negro-final-del-gobierno-de-lacalle-escandalos-y-repression-2/>]
- Centro de Información Oficial (IMPO), 2003, [Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/30-2003>].
- CNN en Español, 2019, [Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2019/08/02/alerta-uruguay-renuncia-director-de-aduanas-por-controversia-sobre-droga-incautada-en-europa/>].
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA (1995)/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, 197-212. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202000.pdf>].
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2005, [Disponible en: <https://www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/proluder/noticias/paginas/1/30181/P30181.xml&xsl=/proluder/tpl/p18f-st.xsl&base=/proluder/tpl/top-bottom.xsl>].
- Comisión Uruguaya de lucha contra la corrupción (Uruguay Transparente), 2019, [Disponible en: <http://www.uruguaytransparente.uy/>].
- Convención Interamericana contra la Corrupción Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)
- Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) de 2004, [Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf].

- Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, OCDE, 1997 [Disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf].
- VII Cumbre de Las Américas, Lima, Compromiso de Lima: “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”, Lima, 14 de abril de 2018, [Disponible en: <https://www.viiicumbreperu.org/compromiso-de-lima-gobernabilidad-democratica-frente-a-la-corrupcion/>].
- El País, 2016, [Disponible en: https://elpais.com/economia/2019/04/10/actualidad/1554921124_678155.html].
- El País, 2019, [Disponible en: <https://www.pressreader.com/uruguay/el-pais-uruguay/20191017/281724091319722>].
- El País, 2019, [Disponible en: <https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/cesar-vega-pais-antinatural-corrupto-vendemos-cocaina.html>].
- El Observador, 2016, [Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/corrupcion-en-uruguay-la-turbiedad-del-estado-2016112500>].
- El Observador, 2016, [Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/corrupcion-en-uruguay-la-turbiedad-del-estado-2016112500>].
- El Observador, 2018, [Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/con-gobiernos-del-fa-aumentaron-en-70-000-los-vinculos-laborales-con-el-estado-201872500>].
- El Observador, 2019, [Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/cancilleria-altero-resultados-del-concurso-de-ingreso-y-beneficio-a-tres-personas-2019514191356>].
- Frente Amplio, Grandes Lineamientos Programáticos para el Gobierno 2005-2009. Porque entre todos otro Uruguay es Posible. Aprobado por el IV Congreso Extraordinario del Frente Amplio del 20 y 21.12.03, p. 4. [Disponible en: <https://www.frenteamplio.uy>].
- Grupo de Examen de Aplicación, 2014, Resumen: Uruguay, CAC/COSP/IRG/2014/CRP.15
- Hemisferio Izquierdo, 2017, [Disponible en: <https://www.hemisferioizquierdo.uy/single-post/2017/08/12/La-dictadura-y-el-capital-financiero-Uruguay-1973-1984>].
- InfoBae, 2019, [Disponible en: <https://www.infobae.com/america/america-latina/2019/08/03/renuncio-el-director-nacional-de-aduanas-de-uruguay-por-los-casos-de-incautacion-de-cargamentos-de-droga-en-europa/>].
- InfoBae, 2019, [Disponible en: <https://www.infobae.com/america/america-latina/2019/01/29/los-negocios-millonarios-del-hijo-de-tabare-vazquez-que-explicarian-el-apoyo-uruguayo-al-regimen-de-nicolas-maduro/>].
- Junta de Transparencia y ética pública (JUTEP), 2019, [Disponible en: <https://www.gub.uy/junta-transparencia-etica-publica/institucional/cometidos>].

- Junta de Transparencia y ética pública (JUTEP), 2019, [Disponible en: <https://www.gub.uy/junta-transparencia-etica-publica/institucional/creacion-y-evolucion-historica>].
- La Red 21, 2000, [Disponible en: <http://www.lr21.com.uy/politica/2955-tribunal-de-apelaciones-absolvio-al-ex-presidente-de-afe-michael-castle-ton>].
- Montevideo, 2003, [Disponible en: <https://www.montevideo.com.uy/Noticias/FUE-PROCESADO-EL-EX-PRESIDENTE-DEL-BHU-SALOMON-NOACHAS-uc4235>].
- Organización de Estados Americanos (OEA), [Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp].
- Presidencia, 2018, Uruguay promovió acuerdo fiscal para combatir la corrupción en América Latina, [Disponible en: <https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/pablo-ferreri-iniciativa-combate-corrupcion-delitos-financieros-fiscal>].
- Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), 2003.
- Real Academia Española (RAE), [Disponible en: <https://dle.rae.es/problema?m=form>].
- Semanario Búsqueda, (2019), Montevideo.
- Sudestada, 2019, Lava Jato: así fue cómo el estudio de Ignacio De Posadas ayudó a lavar 10,6 millones de dólares, [Disponible en: https://www.sudestada.com.uy/articleId__637118fb-941a-4382-aaaf-4b7636676099/10981/Detalle-de-Investigacion].
- The New York Times, 2019, [Disponible en: <https://www.nytimes.com/2019/11/28/world/americas/uruguay-president-election-luis-lacalle-pou.html>].
- Transparency International, 2014, [Disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/anti_corruption_changing_china].
- Transparency International, 2014, [Disponible en: https://www.transparency.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/2014/Corruption_as_a_Threat_to_Stability_and_Peace_TransparencyDeutschland_2014.pdf].
- Transparency International, 2018, [Disponible en: <https://www.transparency.org/cpi2018>].
- Transparency International, 2019 [Disponible en: https://www.transparency.org/files/content/pages/2019_GCB_LatinAmerica_Caribbean_Full_Report.pdf].

Tercera Parte

**LA RESPUESTA AL FENÓMENO
DE LA CORRUPCIÓN DESDE
OTRAS RAMAS DEL DERECHO
INTERNO: EXPERIENCIAS
IBEROAMERICANAS**

Capítulo XII

**LA REGULACIÓN DE LA
FINANCIACIÓN DE LAS CAMPAÑAS
POLÍTICAS EN COLOMBIA: ESPECIAL
ATENCIÓN A LA FINANCIACIÓN
ILÍCITA DE LAS CAMPAÑAS COMO
FORMA DE CORRUPCIÓN POLÍTICA
QUE AFECTA A LA DEMOCRACIA Y
LOS DESAFÍOS DEL ESTADO A LA LUZ
DEL ACUERDO DE PAZ**

Vanessa Suelst Cock*

INTRODUCCIÓN

La preocupación por la corrupción política es un fenómeno global. No obstante, no existe unicidad en su definición. Al respecto Philip Mark señala que hay dos características dominantes en este tipo de corrupción: la violación de la ley y del interés público por parte de funcionarios públicos, con el fin de satisfacer intereses o ganancias personales (Philp, 1997).

El criterio esencial de esta definición, señala el autor, es que los funcionarios o candidatos electorales violan las reglas sabiendo que

* La presente contribución se inscribe dentro del proyecto de investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación ‘Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos’, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

con ello violan el interés general, y eso lo hacen en busca de satisfacer sus intereses individuales o para beneficiar a un tercero. Esta actuación reiterada incide en la formación y desarrollo de la cultura política en un contexto determinado. De esta manera se puede comprender que el costo de la corrupción política es el daño que se hace a los propósitos del proceso democrático y al desarrollo de la cultura política¹.

Respecto de la afectación a la democracia, la corrupción política implica la falta de legitimidad de los partidos políticos por parte de su electorado, y de las instituciones en la que los funcionarios se desempeñan (Universidad de Vanderbilt, 2011; KAS, 2010)². “La corrupción y la consiguiente quiebra de fidelidad entre representantes y representados explica en gran medida la desafección y la falta de confianza. También puede explicar la baja participación en los procesos electorales y el poco interés en lo público” (Della Porta, 1997; Pharr, S. J. y Putnam, R. D. 2000).

En Colombia, la Constitución de 1991 reguló el tema de la financiación política con el cometido de solventar la crisis de los partidos políticos debido a la financiación ilícita de las campañas mediante dineros del narcotráfico (Duncan, 2005). Esta situación deslegitimaba el régimen político y deterioraba las instituciones políticas (Thoumi, 1999). No obstante, la regulación constitucional de 1991 no pudo prever que la corrupción política iba a mutar y que serían otras redes, mediante diversos mecanismos, los que continuarían incidiendo en el

¹ Es importante señalar que Philp Mark señala que corrupción política está asentada en la naturaleza y fines del poder político, y lo que se entiende por ello en un contexto determinado. Esto genera un sinnúmero de perspectivas sobre la naturaleza y causas de la corrupción política (Philp, 1997).

² Los resultados de la última medición del Proyecto de Opinión Pública de Latinoamérica (LAPOP), “La cultura política de la democracia en Colombia, 2009”, confirman la tendencia reiterada de los colombianos a tener baja confianza en las instituciones y actividades propias de la democracia representativa y electoral: los partidos políticos (36,7%), el Concejo (46,2%), el Congreso (49,1%), las elecciones (49,2%), la Alcaldía (51,2%) y el Consejo Nacional Electoral (51,3%). La única excepción al respecto es la presidencia, la cual goza de los mejores puntajes de confianza (67,8%), más por identificación de los ciudadanos con la figura (el presidente) que con la institución. Universidad de Vanderbilt. (2011), (KAS, 2010).

proceso democrático, mediante la financiación de las campañas, tales como grupos al margen de la ley y empresas transnacionales³.

Existe en Colombia una irresponsabilidad política de los partidos y movimientos políticos frente a la financiación ilícita de las campañas o aquella financiación privada que viole los máximos permitidos. Las consecuencias de la falta de confianza e ilegitimidad de los partidos políticos condujeron a nuevas reformas constitucionales y legales para fortalecer al sistema electoral y con ello perseguir y sancionar a los que incurrieran en dichas conductas.

En este sentido, la reforma al Código Penal de 2017 castiga la financiación ilícita de las campañas y la violación de los máximos de financiación privada, como formas de corrupción política. La introducción de los delitos electorales busca proteger el régimen político y garantizar los derechos a la elección popular, el ejercicio libre del voto y el correcto funcionamiento de la administración pública.

De acuerdo con el anterior contexto, este artículo se propone describir qué se comprende por corrupción política y cómo ello afecta la democracia. También se explica el contexto colombiano a partir de los casos de corrupción política más relevantes, y las recientes reformas realizadas para evidenciar a modo de conclusión los retos que enfrenta la democracia colombiana a la luz del Acuerdo de Paz entre el gobierno y las FARC-EP.

1. CORRUPCIÓN POLÍTICA Y AFECTACIÓN A LA DEMOCRACIA

El concepto de corrupción usado desde las ciencias sociales lo introdujo Joseph S. Nye como “el comportamiento que se desvía de los deberes de un rol público por un beneficio personal, pecuniario o de estatus” (Gardiner, 2002; Heidenheimer, A. J., Johnston, M., & Le Vine, V. T., 1989; Seña, 1997). Cuando la corrupción se naturaliza en una sociedad se deteriora la selección de los mejores para conducir los

³ De acuerdo con el índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparency International, Colombia está en el puesto número 96. Este índice de percepción no se refiere a la corrupción política exclusivamente.

asuntos públicos, y atenta contra la igualdad política. Esta situación afecta la representación política base de las democracias contemporáneas, y con ello la legitimidad de los partidos políticos y las instituciones. El electorado pierde la confianza en los procesos democráticos y como consecuencia se presenta una desafección por lo público (Della Porta, 1997; Pharr, S. J. & Putnam, R. D., 2000; Torcal, M., & Montero, J. R., 2006; Newton, K., 2001; Laporta, F., 1997).

La corrupción es la expresión de las insuficiencias de la democracia representativa y del Estado de derecho. Entre las afectaciones a la democracia está que:

[...] daña la regla de la mayoría porque cuando se toma alguna medida en cumplimiento de un pacto corrupto se deja de lado las preferencias de los votantes. También, se afecta los fundamentos de la teoría de la representación porque hace inútil la prohibición del mandato imperativo, ya que los representantes ejecutarán las órdenes de ciertos representados. El voto igualitario se trastoca en una especie de voto censitario donde determinadas preferencias valen más que otras. Elimina la esperanza de los actores políticos al apartarse los ciudadanos de la vida política al saber con absoluta certeza que su voto es irrelevante. Asimismo, la calidad de la democracia se ve debilitada porque la corrupción afecta o elimina el principio de publicidad que le es propio. Se sustraen de la agenda pública todas aquellas cuestiones que constituyen la contraprestación corrupta; provoca una serie de actos ilícitos en cascada; fomenta la impunidad y afecta todos los sistemas de control. Se produce en el ciudadano una sensación de que “todo vale”; viola los principios de igualdad y de equidad en las condiciones de competencia entre partidos y candidatos, pues aumentan las oportunidades de ganar al que tiene más recursos aunque estos sean ilícitos; alienta el crimen organizado y el narcotráfico y, daña las bases del libre mercado y del *fair play* y con ello se afecta a los consumidores (Cardenas, 2005; Malem, J., 2003; Carrillo, manuel et. al., 2003, pp. 485-498).

De acuerdo con la anterior cita se puede afirmar que la influencia de ciertos actores en la democracia representativa mediante la financiación de campañas de las autoridades de elección popular (presidente o congresistas) puede llevar a la captura estatal “como los intentos de extraer beneficios del Estado a través de influencia corrupta en la formulación de la política pública, las leyes y las regulaciones” y que se presenta en economías en transición (Hellman, 2000).

En un Estado capturado por las empresas u otros actores sociales ilegales y legales como grupos, firmas del sector público o privado

influyen en las reglas del juego, en su diseño, de modo que logran obtener ventajas económicas (Hernández, C. N. L., & Martínez, A. F. Á., 2010)⁴. Esto lo realiza a través de transacciones ilícitas otorgadas a funcionarios públicos. Este tipo de actuación permite que grupos con amplio poder manipulen la formulación de estas regulaciones y de las políticas públicas para su implementación (Kauffmann, 2001).

En relación con lo anterior se ha señalado que las políticas públicas que han sido formuladas por intereses particulares no responden a las demandas de la mayoría de los ciudadanos, contribuyendo así a excluir de los beneficios del crecimiento a amplios sectores de la población y a la pérdida de legitimidad del Estado y de su sistema democrático.

1.1. Los casos de corrupción política

Uno de los posibles factores que incide en la captura del Estado es la financiación por fuentes ilícitas. Esta situación se evidencia en Colombia, como lo señaló la Misión de Observación Electoral, en que “veinte alcaldes fueron capturados por delitos electorales, corrupción e incluso lavado de activos. Cinco de ellos lo fueron antes de las elecciones de 2015 y aun así habían sido avalados por los partidos y fueron elegidos por los ciudadanos” (Vargas, 2017). Es el caso de la Guajira (un departamento de Colombia que limita con Venezuela) en donde desde 1992 no se ha contado con un gobernador que no haya estado implicado “en procesos penales, disciplinarios o electorales. Y muchos son los partidos que han avalado a los gobernadores guajiros en estos 25 años, sin hacerse responsables por las sanciones que estos reciben” (Hernández, C. N. L., & Martínez, A. F. Á., 2010).

En las recientes elecciones legislativas de 2018, el Fiscal General de la Nación, señaló que existía una serie de pruebas sobre diferentes tipos de delitos electorales ocurridos en las elecciones del Congreso. También se ha denunciado la violación de máximos de financiación política y compra de votos en las elecciones regionales de 2015, y que continuó en las elecciones legislativas de 2018 que

⁴ En Colombia una literatura ha evidenciado la captura del Estado por parte del paramilitarismo.

implicaron a cuatro senadores de la República (Vanguardia, 2018). El caso de corrupción en la Corte Suprema de Justicia, en junio de 2017, en el cual magistrados habrían beneficiado a políticos en sus procesos judiciales a cambio de pagos (El tiempo, 2017). La filtración de dinero a las campañas presidenciales de 2010, y 2014 y al congreso de la República por la empresa brasilera Odebrecht (El Tiempo, 2018; CNN, 2016)⁵. Entre los casos también se encuentra la financiación ilícita de diversos alcaldes y gobernadores del país, quienes entregan contratos a financiadores de campañas electorales en el ámbito de la vivienda e infraestructura (El Espectador, 2017; El Tiempo, 2017; Caracol Radio, 2017). Y la financiación ilícita a congresistas por parte de grupos paramilitares (El Tiempo, 2017). Así como el financiamiento por parte del narcotráfico, que se evidenció en particular en el proceso 8000, desarrollado en la década de 1990, en el que se condenó a congresistas, candidatos y ministros en el mandato del presidente Ernesto Samper por el financiamiento del Cartel de Cali (Semana, 2017).

De los casos mencionados, se puede apreciar la relación entre algunas campañas electorales con actores del conflicto armado, como el paramilitarismo y el narcotráfico, a través de recursos ilícitos. Es decir, que la historia de la corrupción política en Colombia pasa por las dinámicas del conflicto armado, y del involucramiento de estos actores en los cargos de elección popular (Duncan, 2005). La revisión de casos también evidencia que hay presencia de actores legales que financian campañas electorales a cambio de recibir favorecimientos en la realización de contratos con el Estado a nivel nacional, departamental y local. De ahí las cifras tan altas de destitución de funcionarios de elección popular en Colombia (Procuraduría, 2014; Guevara, 1999; Copello, 2011) y que sean empresas de vivienda y desarrollo de infraestructura urbana las que financian a estos funcionarios (Transparencia Colombia, 2015).

⁵ En estos casos existe ya una sanción al exsenador Bernardo Miguel Elías Vida del partido político de la U. Fue el primer capturado por los sobornos de la firma Odebrecht. Frente a ello el congreso suspendió su curul.

1.2. Marco normativo de la lucha contra la corrupción y reformas al sistema electoral colombiano

Colombia ha desarrollado un amplio marco normativo para enfrentar la corrupción derivado de la suscripción a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁶ y la Convención Interamericana Contra la Corrupción⁷. De acuerdo con estas convenciones el gobierno colombiano mediante los desarrollos normativos ha intentado fortalecer las instituciones que luchan contra la corrupción como la Procuraduría, la Fiscalía y la Contraloría, y tipificado los delitos relacionados con la corrupción que atentan contra la administración y los bienes públicos. Asimismo, ratificó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE adoptada en 1997 por la Organización Internacional y ratificada en 2012. La ratificación de Colombia implica la introducción de mecanismos legales para evitar los sobornos y la corrupción en transacciones empresariales y la inversión extranjera. En este instrumento se promueve que se penalice a las personas y las empresas que ofrezcan gratificaciones a funcionarios públicos con el fin de beneficiarse en sus negocios.

Derivado de los instrumentos internacionales se expide el Estatuto Anticorrupción contenido en la ley 1474 de 2011, este estatuto contiene normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. La norma estableció una sanción de tipo disciplinario para actos de corrupción política, como la inhabilidad para contratar con quienes financien campañas políticas mediante aportes superiores al 2.5% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral. Esta inhabilidad se extiende también a las sociedades existentes en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan fi-

⁶ Introducida al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 970 del 13 de julio de 2005 y que con el Decreto 4898 de 2007 se señala la reserva hecha por Colombia frente al artículo 66 párrafo 6 con lo cual Colombia declara que no se considera vinculada por el párrafo 2 del mismo artículo.

⁷ Introducida al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 412 de 1997.

nanciado directamente o por persona interpuesta campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

En el mismo año, se sustituyó el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción por la Secretaría de Transparencia⁸, “con la misión de asesorar y apoyar directamente al Presidente de la República en el diseño de una Política Integral de Transparencia y Lucha contra la Corrupción y coordinar su implementación” (Secretaría de Transparencia, 2018). Entre las medidas de implementación están la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública de 2014 (Ley 1712 de 2014), que dispone que cada entidad pública debe formular un Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano como instrumento preventivo de la corrupción (Decreto 1081 de 2015). Así mismo, en 2017, se reglamentan las Comisiones Regionales de Moralización (Decreto 1686 de 2017), que con la Comisión Nacional de Moralización (Ley 1712 de 2014) realizan acciones de coordinación de las acciones de los órganos de prevención, investigación y sanción de la corrupción para que sus actuaciones sean más efectivas.

Colombia cuenta también con una Política Pública Integral Anticorrupción contenida en el documento CONPES 167 de 2013. El objetivo, de esta política es fortalecer las herramientas y mecanismos institucionales para la prevención, investigación y sanción de la corrupción en el país, a través de 5 estrategias:

1. Mejorar el acceso y la calidad de la información pública para prevenir la corrupción.
2. Mejorar las herramientas de gestión pública para prevenir la corrupción.
3. Aumentar la incidencia del control social en la lucha contra la corrupción.
4. Promover la integridad y la cultura de la legalidad en el Estado y la sociedad.
5. Reducir la impunidad en actos de corrupción.

El Plan de Acción del CONPES 167 contiene 110 acciones, concertadas con 18 entidades y 24 dependencias del ejecutivo nacional y órganos de control, con sus respectivos indicadores de cumplimiento, metas, plazos, responsables y montos asignados para su cumplimiento. En total se destinaron alrededor de 240 mil millones de pesos para los próximos 4 años (Secretaría de Transparencia, 2018).

⁸ Creada mediante decreto 4637 el 9 de diciembre de 2011. El decreto 672 de 2017 le asigna otras funciones a la secretaria de la transparencia en relación con la lucha contra la corrupción.

En consecuencia, el desarrollo normativo en Colombia de lucha contra la corrupción se fortaleció a partir de 2011, porque con anterioridad solo existía la Comisión Nacional de Moralización, que coordinaba a las autoridades que actuaban para prevenir o controlar la corrupción. Sin embargo, la nueva regulación introducida en 2011 con el Estatuto Anticorrupción no considera a la financiación por actores armados y empresas, para obtener favores económicos o políticos, como una afectación a la democracia, sino tuvo un carácter administrativo.

1.2.1. Tipificación penal y reformas el sistema electoral colombiano

Uno de los problemas que ha enfrentado la lucha contra la corrupción política en Colombia es que, debido al Estatuto Anticorrupción, las conductas de financiación por fuentes prohibidas y violación de los máximos permitidos sólo han tenido una sanción de tipo administrativo hasta la tipificación de la corrupción política como delito en el Código Penal colombiano en 2017. Las sanciones administrativas eran impuestas a los investigados por el Consejo Nacional Electoral de acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, y por lo general fueron muy bajas.

En este contexto, la persecución penal de estas conductas con anterioridad a 2017 se realizaba mediante delitos tipificados en diversos capítulos del Código Penal, que buscan proteger bienes jurídicos diversos y distintos de los actos que involucran corrupción política mediante la financiación ilícita y el exceso de los máximos permitidos para la financiación privada, lo que explica, en parte, su baja judicialización, el cierre frecuente de las investigaciones penales y la alta impunidad. Entre los tipos penales más utilizados, destacan: (i) los delitos contra la Administración Pública o contra el orden económico y social, en particular el lavado de activos y el enriquecimiento ilícito de particulares (ii) el cohecho por dar u ofrecer, en donde se busca persuadir al servidor público mediante dinero u otra utilidad para buscar provecho de sus actuaciones como servidor público; (iii) la recepción por un servidor público de dinero o utilidades, para sí o para otro, por realizar una actividad en ejercicio de sus funciones (cohecho impropio) o en abuso de las mismas (cohecho propio); (iv)

el tráfico de influencias donde el servidor público se vale de su estado y actividad para obtener cualquier beneficio a cambio de la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de función pública; y (v) el soborno transnacional a un servidor público a cambio de que el servidor realice u omita un acto en el ejercicio de sus funciones.

En el 2017 se realizó una modificación al Código Penal, mediante la Ley 1864 de 2017, con el fin de proteger la participación democrática. Para ello se incluyeron delitos contra la participación democrática, como la perturbación de certamen democrático, el constreñimiento al sufragante, el fraude al sufragante, el fraude en inscripción de cédulas, la elección ilícita de candidatos, la corrupción de sufragante, el tráfico de votos y el voto fraudulento (Ley 599 de 2000)⁹. En el caso que nos ocupa, la reforma al Código Penal previó los delitos de financiación de las campañas electorales con fuentes prohibidas, y la violación de los toques o límites de gastos en las mismas. El primer delito sanciona tanto al gerente de la campaña electoral, como al candidato, y en el segundo delito al administrador de los recursos de la campaña. Respecto de la sanción al candidato, este podrá perder la investidura por violación de los máximos señalados por el Consejo Nacional Electoral.

Otra reacción normativa a la necesidad de sancionar los casos de corrupción política fue la reforma del sistema electoral realizada en el 2003 y en el 2009. El sistema, que está compuesto por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, se fortalece en las reformas mencionadas. En el caso del Consejo Electoral se le atribuyen las funciones de regular, inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos. Para ello tendrá la posibilidad de decidir los cuestionamientos a los resultados de las elecciones, vigilar el cumplimiento de las normas sobre partidos políticos y elecciones, distribuir los aportes para el financiamiento de las campañas y reglamentar los espacios televisivos para la divulgación de ideas, entre otras funciones. La segunda autoridad, a quien se atribuyen las funciones de organizar, dirigir y vigilar las elecciones y los mecanismos de participación ciudadana, se

⁹ Modificación del artículo 386 a 396 C del Código Penal colombiano.

refuerza mediante el establecimiento de una nueva forma de elección por méritos en cabeza de los presidentes de las altas cortes.

Los partidos y movimientos políticos se rigen por las reglas de financiamiento de las campañas electores definidas constitucional y legalmente. Estas reglas a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1991 han sido modificadas en varias oportunidades, debido a la presencia de financiación por parte de actores del conflicto, y otros tipos de actos de corrupción política¹⁰. La primera norma que reguló la materia fue la Ley 130 de 1994, que estableció la financiación directa e indirecta. La primera mediante la creación de un fondo público de financiación de las campañas electorales, y la segunda a través de la regulación de los espacios mediáticos con los que podían contar los candidatos¹¹.

En el año 2009 se realizó una importante modificación constitucional para facilitar la vigilancia y control al financiamiento de las campañas y se aclararon algunos aspectos de la financiación mixta para prevenir y sancionar la presencia de fuentes de financiación ilícita. Así el artículo 109 de la Constitución fue modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2009, estableciendo que el Estado financiaría parcialmente a los partidos y movimientos políticos que reconociera el Consejo Nacional Electoral. También financiaría consultas internas de los partidos y movimientos mediante un sistema de reposición de votos (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2018). Este artículo prevé expresamente que la violación de los tope máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. También indica que los partidos y movimientos podrán financiarse por fuentes privadas tales como donaciones, contribuciones, aportes, recursos propios entre otros. El Consejo Nacional Electoral establece cada año los montos máximos de financiación a través de recursos privados, con el fin de

¹⁰ Fraude electoral, constreñimiento al electorado. Entre otros fenómenos. En este sentido se modificó en el 2009 el artículo 107, 108 y 109 de la Constitución. Y en el 2017 la ley estatutaria 996 de 2004, conocida como Ley de Garantías Electorales.

¹¹ Art. 3 a 12 de la ley 30 de 1994 “por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”.

ejercer control sobre las campañas y cualquier tipo de favorecimiento que afecte el interés público.

El artículo 107 de la Constitución, que también se modificó con el Acto Legislativo 1 de 2009, señaló que los partidos y movimientos políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación. Las sanciones van desde multas y devolución de los recursos públicos recibidos mediante el sistema de reposición de votos, hasta la cancelación de la personería jurídica (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2018).

Con el fin de minimizar los riesgos vinculados a la financiación de la actividad política se exige a todos los beneficiarios de la financiación, rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen, y destino de sus ingresos al Consejo Nacional Electoral¹².

La ley estatutaria 1475 de 2011 modificó el régimen de partidos y movimientos políticos colombiano establecido por la Ley 130 de 1994. Las modificaciones propuestas por esta ley estuvieron encaminadas a regular la organización interna de los partidos y movimientos políticos, para que se cumplan con mínimos de participación, representación, transparencia, igualdad, pluralismo, y control sobre sus miembros y candidatos¹³.

La Ley 1475 también regula actividades que afectan tanto al régimen de partidos, como a los procesos democráticos de acuerdo con los cometidos del Estado de Derecho, tales como la doble militancia,

¹² Para este fin, el Consejo Nacional Electoral cuenta con un sistema que fue donado por Transparencia por Colombia denominado “Cuentas Claras”.

¹³ Esta ley fortalece al Consejo Nacional Electoral. Esto ha permitido que el Consejo cuente el ejercicio preferente en la competencia y procedimiento para imponer sanciones a partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Puede exigir a los partidos y movimientos políticos una declaración de patrimonio, ingresos y gastos. Estableció fuentes de financiación permitidas y prohibidas para funcionamiento de partidos y movimientos políticos, y sus respectivas campañas electorales. Reguló la financiación estatal del funcionamiento de partidos y movimientos políticos y campañas electorales, incluyendo los anticipos a que tienen derecho. Y puede imponer los límites a la financiación privada y al monto de gastos máximo de campañas electorales. También transparencia Colombia le prestó al Consejo su software de cuentas claras para hacer seguimiento virtual a los ingresos y gastos de campañas electorales.

la responsabilidad de los partidos y movimientos por la violación de normas y las conductas de sus directivos consideradas como faltas. Se estableció también la necesidad de rendición de cuentas anual, y se determinaron las fuentes de ingresos prohibidas, los límites de la financiación privada y el monto de gastos máximos para las campañas políticas. Así mismo, se incluyó un régimen sancionatorio para los partidos y los candidatos a cargo del Consejo Nacional Electoral¹⁴.

Como se observa de la descripción de las reformas al sistema electoral, existe una reciente preocupación por fortalecer el sistema, de forma que se pueda efectivamente desvincular la presencia de los actores armados y las empresas en las campañas electorales colombianas. Es decir, promover que los partidos políticos sean responsables por la vigilancia de sus miembros, y que el funcionamiento del Estado no dependa de los intereses particulares de los actores ilegales o empresariales, y con ello se afecte a las políticas públicas y al cumplimiento de los fines del Estado. No obstante, las sanciones impuestas con base en las facultades constitucionales y legales son escasas, y por ello continúan en el escenario político personas que están cuestionadas por los recursos con lo que han financiado sus campañas. De esta manera, se continúa comprometiendo el interés común del Estado de Derecho, afectándose su legitimidad.

¹⁴ Los artículos 10 a 12 de la ley citada establece las faltas y sanciones a los candidatos, partidos y movimientos políticos. Entre las faltas están imputables a los directivos de los partidos y movimientos políticos: Incumplir los deberes de diligencia en la aplicación de las disposiciones constitucionales o legales que regulan la organización, funcionamiento y/o financiación de los partidos y movimientos políticos.

Permitir la financiación de la organización y/o la de las campañas electorales, con fuentes de financiación prohibidas. Violar o tolerar que se violen los toques o límites de ingresos y gastos de las campañas electorales. Incurrir en actos tipificados como delitos contra mecanismos de participación democrática; contra la administración pública; contra la existencia y seguridad del Estado; contra el régimen constitucional y legal; de lesa humanidad; o relacionados con actividades de grupos armados ilegales o de narcotráfico. Cometer delitos contra la administración pública, actos de corrupción, mostrar connivencia con estos y/o teniendo conocimiento de estas situaciones, no iniciar los procesos correspondientes, o no realizar las denuncias del caso.

1.2.2. Jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional ha señalado desde 1994 con la sentencia C-089, que es necesario establecer unos máximos de financiación electoral y que para ello el legislador está autorizado para establecerlos “con el ánimo de garantizar la igualdad y la transparencia en la contienda electoral”. Asimismo, la Corte Constitucional ha señalado que mediante reformas constitucionales se ha intentado corregir la crisis de representatividad “por fenómenos como el personalismo en la política y la actuación de grupos armados irregulares y el crimen organizado” (Sentencia C-490 de 2011). De ahí que el cometido de la reforma constitucional de 2003, señala la Corte, fuera “fortalecer el sistema de partidos y movimientos políticos y, en especial, prever herramientas tanto para incentivar el uso de instrumentos democráticos en su interior, como para sancionar la indisciplina en relación con los programas de acción pública formulados por ellos”¹⁵. Los instrumentos existentes se habían mostrado insuficientes para aliviar la crisis de representatividad en la democracia colombiana:

[...] derivadas de la cooptación de grupos armados ilegales y el crimen organizado, por lo que se mostraba imprescindible reformar nuevamente el régimen constitucional de organización y estructura de partidos y movimientos políticos, esta vez no solo con el fin de fortalecer la representatividad democrática, sino también, para hacer responsables a los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos de las faltas relacionadas con permitir la cooptación ilegal de los cargos de elección popular (Sentencia C-490 de 2011).

En relación con lo anterior, en la sentencia C-1153 de 2005, la Corte Constitucional señaló que determinar los toques de financiación privada, permitían de un lado, la igualdad en la contienda electoral y, de otra, evitar fenómenos de corrupción en las campañas políticas. La Corte advierte que estos límites persiguen:

[...] evitar la corrupción de las costumbres políticas, pues los candidatos y los partidos que resulten triunfantes en las elecciones pueden llegar a estar involucrados en verdaderos conflictos de intereses, cuando deben a una sola persona natural proporciones muy altas de financiación de sus

¹⁵ La Corte Constitucional señala en la Sentencia C-490 de 2011 cuales fueron los cometidos de la reforma constitucional de 2003.

campañas. Se trata pues de un mecanismo que persigue un fin constitucionalmente importante, cual es el de garantizar la transparencia de la función gubernamental, al evitar el aludido conflicto de intereses (Sentencia C-1153 de 2005).

Mediante la sentencia C-303 de 2010 la Corte analizó la reforma constitucional de 2009 que modificaba el artículo 107 de la Constitución (arriba mencionada) cuyo propósito, según la Corte:

[...] era fortalecer la democracia participativa, a través de la imposición de condiciones más estrictas para la conformación de partidos y movimientos, establecer sanciones severas a los actos de indisciplina y, en un lugar central, prodigar herramientas para impedir que la voluntad democrática del electorado resulte interferida por la actuación de los grupos ilegales mencionados. Los objetivos específicos de la enmienda eran: (i) impedir el ingreso de candidatos que tuvieran vínculos o hubieran recibido apoyo electoral de grupos armados ilegales; y (ii) disponer de un régimen preventivo y sancionatorio, tanto a nivel personal como de los partidos políticos, que redujera el fenómeno de influencia de los grupos mencionados en la representación ejercida por el Congreso” (Sentencia C-303 de 2010).

En la sentencia C-141 de 2010, que declaró inconstitucional la ley que buscaba la reelección del expresidente Uribe, la Corte reiteró la importancia del:

[...] establecimiento de topes máximos de los aportes de particulares en la financiación de campañas electorales, puesto que con estas medidas el Constituyente y el legislador pretenden blindar las campañas y contiendas electorales frente a las presiones indebidas de grupos económicos de poder o intereses personalistas que puedan tener los colaboradores o contribuidores de la financiación privada, así como evitar cierto tipo de inhabilidades, como sucede por ejemplo cuando se trata de aportes de personas jurídicas cuyos objetos sociales están asociados con la prestación de servicios al Estado mediante contratos. La finalidad última del mandato constitucional y del desarrollo legal de las medidas que limitan la financiación privada, lo constituye, por tanto, la preservación de los principios fundantes de la democracia constitucional, protegiendo la formación verdaderamente democrática de la voluntad popular (Sentencia C-141 de 2010)¹⁶.

¹⁶ Esta línea jurisprudencial fue reiterada en la sentencia C-397 de 2010.

Con estos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana frente a las normas que han promovido el fortalecimiento del diseño electoral colombiano, se observa lo relevante en el contexto colombiano de desvincular a los actores ilegales de la financiación de las campañas y vigilar que no se violen los límites de financiación máximos permitidos. Asimismo, la Corte pone en el debate constitucional el asunto de los conflictos de intereses que viven los servidores públicos que han sido elegidos popularmente, a la hora de tomar decisiones en el ejercicio de sus funciones que afecten los intereses de quienes financiaron sus campañas electorales, y cómo estos conflictos de intereses afectan la configuración de la voluntad popular y con ello la democracia.

2. LA CORRUPCIÓN POLÍTICA A LA LUZ DEL ACUERDO DE PAZ¹⁷

El problema de la corrupción política es planteado en el Acuerdo para una Paz Estable y Duradera que se firmó el 11 de noviembre de 2016 entre el gobierno colombiano y las FARC-EP. El punto 2 del acuerdo propuso abordar las causas estructurales y los factores prolongadores del conflicto armado, entre los cuales se encuentran los problemas de participación política¹⁸. Allí, se trataron temáticas que afectan al funcionamiento de la democracia en Colombia, debido a las limitaciones a la oposición, la poca presencia de fuerzas políticas territoriales y la falta de garantías para una deliberación amplia y profunda. Estas dificultades facilitan el involucramiento de los acto-

¹⁷ Este aparte del artículo se realiza con base en un análisis del punto 2 del Acuerdo para una Paz Estable y Duradera suscrito entre el Estado Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias —FARC— 24.11.2016. Ver Alto Comisionado para la Paz (2017), y el artículo Suelst Cock, Vanessa, Jaramillo Marin, Jefferson, La participación política en el acuerdo de paz una revisión del sentido de la democracia en Colombia, *Icade* No. 103, 2018. (Suelst Cock V. y., 2018).

¹⁸ Los factores que causaban el conflicto en las últimas cinco décadas debían mitigarse mediante medidas de reforma rural, participación política, sustitución de cultivos, justicia, verdad, reparación y reincorporación a la vida civil de los excombatientes. Acuerdo para una Paz Estable y Duradera suscrito entre el Estado Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias —FARC— 24.11.2016. Ver Alto Comisionado para la Paz (2017).

res al margen de la ley, como el paramilitarismo y el narcotráfico, en los partidos políticos colombianos, especialmente en los que han sido considerados como tradicionales (el liberal y el conservador) o en los que se han desprendido de estos dos partidos políticos (que tienen la mayor representación en el Congreso, y en las asambleas y consejos territoriales). Ese involucramiento hace difícil que a través del proceso democrático se puedan enfrentar los conflictos propios de un Estado, incluyendo la definición de las políticas económicas y de desarrollo. De ahí que el Acuerdo de Paz se proponga en el punto 2 democratizar la participación política en Colombia (Swelt Cock V., 2018).

A pesar de que la Constitución de 1991 permitió avances en la participación política de sectores políticamente marginados, los logros todavía son muy limitados en términos de profundizar la democracia en el país. De acuerdo con Palacios (2011), los patrones clientelares (algunas formas de corrupción política) que afectaron tanto al proceso de la Constituyente, como a la Constitución de 1991, “difícilmente han podido dar los resultados esperados en cuanto a democratizar completamente la vida pública y pacificar el país” (pp. 121-144).

En el mismo sentido, Swelt Cock y Jaramillo Marín han subrayado que:

[...] a lo largo de la década de los noventa la democracia se fragmenta por las lógicas y secuelas de la guerra. Las negociaciones fallidas, entre los actores armados y el Estado, generaron una dosis de escepticismo nacional frente a una salida negociada al conflicto. El exterminio selectivo de terceras fuerzas políticas por parte de agentes estatales y el incremento de acciones victimizadoras y de propagación del terror con la población civil por las guerrillas y los grupos paramilitares, condensaron un síntoma de desgaste y colapso moral de la sociedad colombiana. Finalmente, la captura de ciertas instituciones estatales y de varios partidos políticos, por las lógicas y estructuras narcoparamilitares mafiosas han revelado el fracaso rotundo de nuestro “estilo democrático perdurable (Swelt Cock & Jaramillo Marín, 2018).

Teniendo en cuenta factores como la existencia de una relación histórica entre la ausencia de participación política y la violencia en Colombia, la radicalización de las apuestas políticas divergentes, las pocas garantías a la oposición y la limitación de sistema político colombiano, el acuerdo de paz firmado en noviembre de 2016, aborda en su punto dos la tarea de ampliar y profundizar la democracia,

mediante propuestas de creación de nuevos partidos, movimientos políticos, escenarios de participación ciudadana, y la posibilidad de una deliberación democrática con la oposición.

Para lograr esto se insta a fortalecer a las organizaciones y movimientos sociales, garantizar la seguridad de los nuevos movimientos políticos y sociales, crear nuevos canales de difusión mediática; crear nuevas circunscripciones electorales, crear nuevas autoridades electorales y garantizar la creación del nuevo partido político de las FARC-EP y su acceso a 5 curules en la Cámara y el Senado como medida de reincorporación política (Suelto Cock, 2018).

El punto dos, a su vez reconoce, que es necesario aumentar la participación ciudadana, en la discusión de los planes de desarrollo, de las políticas públicas y, en general, en los asuntos que interesan a la comunidad con el fin de incidir en el ejercicio del poder político. De este modo, se parte del supuesto, que la participación legitimaría las decisiones públicas y podría ser un mecanismo de control de la administración pública. En las medidas que se contemplan es transversal la participación de las minorías, especialmente la participación de las mujeres rurales dado el impacto del conflicto armado y su exclusión y discriminación histórica que ha impedido su acceso a los espacios de representación política y social en igualdad (Suelto Cock, 2018).

Asimismo, con el objetivo de promover el pluralismo político y ampliar y profundizar la democracia y la representatividad del sistema de partidos, se amplía el ejercicio del derecho de asociación con fines políticos y las garantías para asegurar la igualdad de condiciones en la participación de los partidos y movimientos políticos. El acuerdo prevé que el Gobierno Nacional desarrolle medidas para promover el acceso al sistema político, remover obstáculos y hacer los cambios institucionales necesarios para que los partidos y movimientos políticos obtengan y conserven la personería jurídica, y en particular para que organizaciones y movimientos sociales hagan el tránsito a partidos o movimientos políticos. Para ello se exigirá un número mínimo de afiliados en los partidos y movimientos políticos que deseen continuar existiendo en el escenario político con personería jurídica. Así mismo, “el sistema incorporará un régimen de transición durante ocho años, en el que se establecerán mecanismos de financiación y divulgación de los programas, con el fin de promover y estimular a

los nuevos partidos y movimientos políticos de alcance nacional, así como a otros que habiendo tenido representación en el Congreso la hubieran perdido” (Acuerdo de Paz 2016, p. 50).

Con el fin de establecer una distribución más equitativa de los recursos, se tomarán medidas para:

- (i) incrementar el porcentaje que se distribuye por partes iguales entre los partidos o movimientos políticos con representación en el Congreso;
- (ii) aumentar el fondo de financiación de partidos y movimientos políticos; y
- (iii) ampliar los espacios de divulgación del programa político de los partidos o movimientos políticos con representación en el Congreso” (Acuerdo de Paz 2016, p. 51). También se diseñarán mecanismos de promoción de participación electoral, fomentando “campañas de información, capacitación, pedagogía y divulgación, y cedulación, que estimulen la participación electoral a nivel nacional y regional, con especial énfasis en promover una mayor participación de las mujeres, de poblaciones vulnerables y de territorios especialmente afectados por el conflicto y el abandono (Acuerdo de Paz 2016, p. 51).

Dentro de las medidas para la promoción de la transparencia en los procesos electorales, que es particularmente relevante para este trabajo, el Gobierno: (j) garantizará, junto con las autoridades competentes, la implementación de campañas de prevención de conductas que atenten contra la transparencia de los procesos electorales; (ii) habilitará mecanismos para facilitar las denuncias ciudadanas y creará un sistema para su seguimiento; (iii) conformará un tribunal nacional de garantías electorales y tribunales especiales seccionales, en las circunscripciones de mayor riesgo de fraude electoral (iv) fortalecerá la capacidad de investigación y sanción de los delitos, las faltas electorales y la infiltración criminal en la actividad política; (v) apoyará la adopción de medidas para garantizar una mayor transparencia en la financiación de las campañas electorales; y (vi) promoverá procesos de formación, educación y comunicación política en asuntos públicos (Acuerdo de Paz 2016, p. 51).

En cuanto a la reforma del régimen y de la organización electoral, el Gobierno deberá modernizar y hacer más transparente el sistema electoral, para de esa manera ofrecer mayores garantías para la participación política en igualdad de condiciones y mejorar la calidad de la democracia. Asimismo, tras la firma del acuerdo final, se creará una Misión Electoral Especial (MEE), que adelantará un amplio y

efectivo proceso de participación con todos los partidos, movimientos y agrupaciones políticas con el fin de obtener un amplio consenso en la producción de un informe final, cuyas recomendaciones servirán de base para que el Gobierno Nacional realice los ajustes normativos e institucionales que sean necesarios (Acuerdo de Paz 2016, p. 53).

La organización electoral ejercerá una especial vigilancia sobre el censo electoral, la inscripción de candidatos y candidatas y la financiación de las campañas, garantizando que se cumplan las reglas establecidas. Se promoverán mecanismos adicionales de control y veeduría por parte de organizaciones especializadas como la Misión de Observación Electoral (MOE) y de partidos y movimientos políticos.

3. DESAFÍOS DEL ESTADO, EL SECTOR PRIVADO Y LA CIUDADANÍA

Para implementar el punto dos sobre participación política del Acuerdo de Paz, se conformó una Misión Electoral Especial (MEE) que realizó una serie de recomendaciones con base en las cuales el Gobierno Nacional ha presentado el proyecto de ley de garantías y promoción de la participación ciudadana (LGPPC) (Alto Comisionado para la Paz, 2017). Las recomendaciones de la MEE se centraron en los siguientes aspectos, (i) una nueva arquitectura institucional electoral en tres instituciones: la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Electoral Colombiano; y La Corte Electoral; (ii) la Reforma al Sistema Electoral; y (iii) el Financiamiento de la Política (Misión Electoral Especial de Colombia, 2017; Betancourt, V. C., 2017)¹⁹.

Respecto de la necesidad de nueva institucionalidad electoral, la MEE destaca la necesidad de crear una Corte Electoral, que sería el órgano de la rama judicial especializado en la jurisdicción electoral y cuyas competencias serían las siguientes: resolver las demandas de nulidad de elecciones y de los actos de contenido electoral, definir la

¹⁹ Por su parte, para Betancourt, los que retos que enfrenta la consolidación del sistema electoral colombiano tras la firma del Acuerdo de Paz son los siguientes: (i) fortalecer la arquitectura electoral; (ii) hacer efectivo el régimen disciplinario de los partidos políticos; y (iii) hacer responsables al sector privado y a los ciudadanos.

pérdida de investidura y la pérdida del cargo, decidir las sanciones disciplinarias de funcionarios elegidos popularmente cuando impliquen separación del cargo, declarar la pérdida y suspensión de la personería jurídica de las organizaciones políticas, y privar del derecho de presentar candidatos en una circunscripción.

Respecto de la reforma electoral, la MEE propuso que se pasará del voto preferente a la lista cerrada y bloqueada, para que las campañas de los partidos sean más unificadas y los candidatos se reúnan en torno a las características del partido y no a las de una persona. En particular, en relación con la Cámara de representantes, la MEE propuso un modelo diferente que consiste en dos votos, uno por la lista departamental del partido, cerrada y bloqueada, y el otro por el candidato del partido en la circunscripción nacional. Así mismo, frente a la participación de género, la MEE recomendó una aplicación del 40% en las listas como a la paridad, alternancia y universalidad.

Finalmente, en cuanto al financiamiento de la política, la MEE propuso un sistema mixto, en el que el aporte del Estado tenga un peso importante con aportes directos e indirectos, mientras se reducen las fuentes privadas de financiación, sobre todo durante las campañas. Se recomendó además limitar los aportes propios que realicen los candidatos y sus familiares, restringir los montos que aporten las empresas e individuos y convertir en obligación legal la entrega de información contable a través del mecanismo de cuentas claras.

4. DIFICULTADES PARA LA INTRODUCCIÓN NORMATIVA DE LOS CONTENIDOS DEL PUNTO DOS DEL ACUERDO DE PAZ

Desde la firma del Acuerdo de Paz se han presentado los siguientes proyectos de reforma constitucional y legislativa para implementar el punto dos del Acuerdo, de acuerdo con las recomendaciones de la MEE: Reforma Política y Electoral, Circunscripciones Especiales Transitorias de Paz, Ley de Garantías y Promoción de la Participación Ciudadana y Ley de Garantías para la Movilización y la Protesta Social. No obstante, de acuerdo con la evaluación de la implementación del Acuerdo realizada por el Instituto Kroc de la Universidad de No-

tre Dame, el punto dos presenta los niveles más bajos de implementación respecto de su introducción normativa²⁰.

Esta situación se presentó ya durante el gobierno de Juan Manuel Santos y continúa agravándose con el actual gobierno del presidente Ivan Duque. Esto puede explicarse, en parte, porque la introducción normativa requiere que la actual clase política tradicional en el Congreso de la República, por un lado, se regule y limite a sí misma (ampliando la competencia electoral, acotando la financiación privada y aumentando su vigilancia), y por otro lado, establezca medidas para la protección de los nuevos liderazgos en las regiones, que se están viendo seriamente amenazados por el alto número de asesinatos presentados desde la firma del Acuerdo (Defensoría del Pueblo, 2018; Datasketch, 2019)²¹.

Ahora bien, dentro del paquete de reformas descritas anteriormente que no han sido aprobadas, son especialmente importantes para el presente trabajo, el proyecto de Reforma Política y la Ley de Garantías y Promoción de la Participación Ciudadana, porque están relacionadas con el incremento de la transparencia en los procesos electorales y la reforma del régimen y la organización electoral recogidos en el punto dos del Acuerdo.

Respecto de la Reforma Política, es importante señalar que se han presentado dos proyectos de reforma constitucional: el proyecto de Acto Legislativo No. 012 de 2017 y el proyecto de Acto Legislativo No. 09 de 2018. La primera de las propuestas, presentada durante el gobierno de Juan Manuel Santos, era más amplia en cuanto al desarrollo de lo establecido en el Acuerdo de Paz. Entre los temas abordados destacan los siguientes: (i) permitir una mejor armonización del ordenamiento jurídico interno con los tratados de derechos humanos

²⁰ A su vez el informe señala que esto también sucede con el punto uno del Acuerdo sobre Reforma Rural Integral.

²¹ La Defensoría del Pueblo señala que han ocurrido 282 asesinatos de líderes sociales desde enero de 2016 hasta febrero de 2018. Otra base de datos como datasketch señala que con corte hasta mayo de 2019 se han asesinado 509 líderes sociales por su actividad política en el territorio en defensa de derechos civiles, sociales y ambientales.

ratificados por Colombia²²; (ii) impulsar medidas, como la disminución de la edad mínima para votar, dirigidas a garantizar una mayor representación ciudadana, en especial de mujeres y jóvenes; (iii) eliminar incentivos perversos en materia de financiación de las campañas electorales, incluyendo la prohibición de financiación directa a los partidos directamente (de manera que dicha financiación se realice directamente a las campañas); y (iv) profundizar la transparencia de las campañas electorales, obligando a que las transacciones relativas a su financiación se realicen a través del sistema financiero.

Por su parte, el Proyecto 09 de 2018, presentado por el gobierno del actual presidente Iván Duque, solo propuso reformar tres artículos de la Constitución para implementar el punto dos del Acuerdo de Paz en materia de Reforma Política y de organización electoral. Las reformas propuestas se dirigen a modificar: (i) el artículo 107 para fortalecer a los partidos políticos respecto de la toma de decisiones mediante consultas internas y el régimen de bancadas para la toma de decisiones en las corporaciones públicas; (ii) el artículo 262 para que las listas electorales para las corporaciones públicas sean cerradas (de manera que solo figure el nombre del partido y no el de los candidatos o candidatas que compiten por las curules), la financiación sea preponderantemente pública y sea posible inscribir candidatos en coalición para cargos y corporaciones públicas; y (iii) el artículo 264 para introducir un cambio respecto de la autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestal del Consejo Nacional electoral. Si embargo, a pesar de lo limitado de esta última propuesta de reforma constitucional, en mayo de 2019 se retiró este proyecto del Congreso por la imposibilidad de introducir las listas cerradas para corporaciones públicas (Semana, 2019).

En lo que se refiere al proyecto de Ley de Garantías y Promoción de la Participación Ciudadana de 2017 (radicado durante el gobierno de Juan Manuel Santos), este señalaba la necesidad de introducir modificaciones en las siguientes cuestiones: (i) garantizar la partici-

²² En este aspecto la exposición de motivos hace relación a los siguientes Convenios: Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación y la Convención Sobre Derechos Políticos de la Mujer.

pación política; (ii) diseñar un sistema de adquisición progresiva de derechos para partidos y movimientos políticos; (iii) promocionar la participación política; (iv) profundizar la transparencia en el ejercicio de la política; y (v) fortalecer la organización electoral para garantizar la transparencia del sistema. Si bien este proyecto de ley se encuentra hoy en día paralizado en el Congreso colombiano (de la misma manera que tampoco han podido ser aprobados los Actos Legislativos 012 de 2017 y 09 de 2018), no parece posible que sin el mismo sea posible realizar las modificaciones que requiere el sistema electoral colombiano para que exista una democracia legítima, que brinde confianza en sus instituciones y partidos políticos (Confederación Colombiana de ONG, 2019).

Ahora bien, conviene subrayar que, en desarrollo de los Acuerdos de Paz, si ha sido al menos posible expedir el denominado Estatuto de la Oposición, que ha regulado un aspecto que estaba en mora desde la Constitución de 1991, y que al parecer no había podido desarrollarse por la polarización y radicalización ideológica que implicaba la disputa política en el conflicto armado. Esto había conducido a que en Colombia hubiera un muy bajo nivel de reconocimiento de las ideas diversas, y a que no existieran espacios para la deliberación. El Estatuto de la Oposición libera esta alta tensión y pretende que los conflictos por las ideas políticas contrarias se resuelvan en el marco de un Estado de Derecho (Imprenta Nacional de Colombia, 2017).

Para finalizar esta sección, y con el fin de poder contrastar su contenido con el del proyecto de Acto Legislativo 09 de 2018 arriba referido, se describen a continuación los principales aspectos de proyecto de Ley de Garantías y Promoción de la Participación Ciudadana de 2017 en lo relativo a las garantías de reforma política, la transparencia en el ejercicio de la política y el fortalecimiento de la organización electoral.

En primer lugar, en lo que se refiere a las garantías de reforma política, el proyecto de ley de 2017 opta por no reformar el actual sistema disciplinario respecto de los cargos de elección popular, como lo proponía la MEE. Sin embargo, sí propone adicionar un numeral al artículo 40 de la Constitución sobre los derechos de participación política y restringir los efectos de la posibilidad de limitar el ejercicio de derechos políticos a través de sanciones de naturaleza no judiciales

hasta que las eventuales sanciones no sean ratificadas en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado.

El proyecto establece también un régimen de pérdida de investidura e incompatibilidades para evitar las actuales inconsistencias del artículo 183 de la Constitución, que se refiere únicamente a congresistas (y no incluye por tanto a los representantes de las asambleas y consejos municipales) y que contempla conductas que no se recogen en el código disciplinario. En consecuencia, teniendo en cuenta la recomendación de la MEE, el artículo 12 del proyecto modifica el artículo 183 de la Constitución, unificando el régimen y las causales de pérdida de investidura para los miembros de todas las corporaciones públicas. Entre estas últimas, se incluyen (i) el haber sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; (ii) el haber violado el régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses; (iii) la inasistencia, por razones distintas a fuerza mayor, en un mismo periodo de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley, mociones de censura, ordenanzas u acuerdos, según el caso; (iv) el no tomar posesión del cargo, sin que medie fuerza mayor, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de iniciación del respectivo periodo constitucional de cada corporación; y (v) los eventos descritos en el artículo 109 de la Constitución.

El proyecto prevé a su vez que la pérdida de investidura dure únicamente por el término que se establezca en la sentencia, para no limitar innecesariamente el ejercicio de los derechos políticos. Asimismo, acoge la recomendación de la MEE, en cuanto a la necesidad de adicionar un inciso en relación con (i) la aplicación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés para cualquiera que sea llamado a ocupar el cargo; y (ii) el establecimiento del momento de toma de posesión del cargo como punto de referencia a la hora de realizar el análisis de temporalidad. Así mismo, el proyecto establece que el término de duración de las incompatibilidades de los congresistas, luego de haber sido aceptada su renuncia, sea de un año, permitiéndoles, sin embargo, la posibilidad de desempeñar cargos o empleos públicos. De esta manera, un congresista podría ejercer cualquier cargo o empleo público, siempre y cuando renuncie a su posición en el Congreso de la República.

En segundo lugar, con respecto a la transparencia en el ejercicio de la política, el proyecto parte del reconocimiento de que el actual sistema de financiación ha generado incentivos perversos que favorecen la violación de los límites máximos, no ha dotado a los organismos estatales con las herramientas suficientes para controlarlos y ha generado vacíos que permiten las malas prácticas una vez el candidato resulta elegido. Sobre esta premisa, el proyecto prevé medidas de financiación de las campañas, implementación de listas cerradas y medidas para incrementar la transparencia en la aprobación de los presupuestos nacionales y territoriales.

En particular, el artículo 5 del proyecto se dirige a modificar el artículo 109 de la Constitución, con el fin de establecer un modelo de financiación preponderantemente estatal a través de anticipos y reposiciones. Asimismo, recoge un modelo de financiación indirecta, en el cual se debe incluir como mínimo la propaganda electoral y la franquicia postal. En esta misma dirección, se establece la prohibición de las campañas de contratar transporte para los electores el día de la elección o para cualquier acto o manifestación política.

El proyecto establece también las reglas para la distribución de recursos entre las campañas electorales y prohíbe a las campañas y a las organizaciones políticas entregar donaciones, dádivas o regalos a los ciudadanos. Asimismo, y de manera muy relevante para la transparencia y el control del presupuesto de las campañas, se señala que cualquier movimiento monetario que se realice en dicho marco deberá adelantarse únicamente a través de los mecanismos y medios del sistema financiero. En este mismo sentido, se señala que los particulares deben rendir públicamente el origen, volumen y destino de cualquier contribución que realicen a las organizaciones políticas o campañas electorales. Además, se propone la creación del Registro Nacional de Proveedores Electorales, en el cual se deben inscribir todas las personas naturales y jurídicas que suministren bienes y servicios a las campañas, con el fin de tener mayor control sobre el gasto que realicen estas últimas. El proyecto prevé también que el Consejo Electoral Colombiano tenga la competencia para determinar ciertas adquisiciones de mínima cuantía que puedan realizarse con quienes no necesariamente se encuentren registrados.

El proyecto establece así mismo las condiciones mínimas en relación con las sanciones por los delitos y las faltas electorales, las cuales deben ser objeto de mayor desarrollo por parte del legislador. Además, se delega en una futura reforma legislativa la responsabilidad penal de los representantes legales, directivos de campañas y candidatos que violen las citadas normas.

Con el objetivo de aumentar la transparencia en la financiación de los partidos, movimientos y campañas, el artículo 6 del proyecto modifica parcialmente el artículo 110 de la Constitución, en cuanto que introduce la obligación de los miembros de las corporaciones públicas de declarar públicamente las contribuciones que estos hagan a las campañas.

El proyecto prevé también la implementación de listas cerradas y bloqueadas para la presentación de candidatos en todas las corporaciones públicas. Esto permitiría: (i) ejercer mayor control frente a las campañas, en especial en relación con asuntos financieros; (ii) reducir el gasto de las campañas, consideración de suma importancia teniendo en cuenta que se propone una financiación preponderantemente estatal; (iii) fortalecer las organizaciones políticas; y (iv) permitir un ejercicio de la política basado principalmente en las diferencias ideológicas, y no en personalismos que no contribuyen al fortalecimiento del sistema democrático.

Lo previsto en los artículos anteriores se completa con la propuesta contenida en los artículos 20 y 21 del proyecto, que recogen disposiciones obligatorias sobre el proceso de aprobación del presupuesto tanto en el nivel nacional como local, estableciendo de manera expresa, la obligación de sujetarse a los principios de publicidad, transparencia y participación ciudadana.

En tercer lugar, en lo referente al fortalecimiento de la organización electoral para garantizar la transparencia del Sistema, el proyecto propone la creación del Consejo Electoral Colombiano, con competencia para ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las organizaciones políticas y las campañas electorales. Conforme al artículo 18 del proyecto, que se dirige a modificar el artículo 265 de la Constitución, el proyecto otorga funciones judiciales específicas al Consejo Electoral para resolver de manera definitiva, y en tiempo real, las demandas por inhabilidades y fraude electoral, que deberán profe-

rirse, según sea el caso, antes de la elección o toma de posesión, lo cual aseguraría que el sistema cuenta con una herramienta efectiva para garantizar su transparencia. Además, el proyecto atribuye al Consejo Electoral la competencia para llevar el registro de las organizaciones políticas y sus afiliados, de conformidad con el nuevo régimen para la adquisición de la personería jurídica.

El proyecto otorgaba especial importancia a la revisión frente a las posibles faltas electorales declaradas por el Consejo Electoral, con el fin, no solo de otorgar mayor transparencia a estos procesos, sino de evitar también la destitución de quienes estén en el ejercicio de cargos públicos, con la consiguiente necesidad de realizar una convocatoria atípica de elecciones. En consecuencia, las decisiones del Consejo Electoral deberán garantizar una segunda instancia, para lo cual es necesario crear distintas secciones al interior del mismo.

El proyecto se dirige asimismo a fortalecer la autonomía e independencia del Consejo Electoral, eliminando cualquier filiación partidista por parte de sus miembros y estableciendo que sus consejeros se elijan por cooptación. En su primer periodo, los consejeros serían elegidos por el Presidente de la República y por los presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. De esta forma, el Consejo Electoral Colombiano sustituiría al actual Consejo Nacional Electoral previsto en los artículos 120, 126, 156 y 197 de la Constitución Política.

Finalmente, en relación con la transparencia en la Registraduría Nacional del Estado Civil, el proyecto obliga a que cualquier contratación que dicha entidad realice se haga de acuerdo con los principios de publicidad y criterios de meritocracia. El proyecto obliga también a que la Registraduría Nacional instale puestos de votación en las zonas más afectadas por el conflicto y que tenga en cuenta las condiciones de transporte para los residentes de zonas rurales apartadas, con el fin de que puedan ejercitar su derecho al voto.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El tránsito hacia una democracia en paz en Colombia implica cumplir con los aspectos relativos a la participación política recogidos en el punto dos del Acuerdo de Paz, que se dirigen a desvincular del

proceso electoral a los actores ilegales y a controlar adecuadamente a los actores legales que sobrepasan los límites establecidos para obtener favoremientos en contratos con el Estado. Con ello se pretende superar la crisis del sistema partidista colombiano, asegurando que haya una adecuada representación de los intereses de los votantes y que puedan cumplirse con los cometidos constitucionales, y no los de ciertos actores legales o ilegales que cooptan el Estado para el beneficio propio en detrimento del interés general.

Lo acordado en participación política para la paz en Colombia obedece a la necesidad histórica de afrontar las limitaciones del sistema democrático colombiano y tomar en serio, a mediano y largo plazo, y con enfoque territorial, medidas contra la represión a la oposición política y a la disidencia. Ampliar la esfera de discusión para que no sea posible capturar el proceso de expedición de las leyes, la formulación de las políticas públicas y su ejecución. La captura del Estado por parte de estos actores explica, pero no justifica, la relación entre la violencia y la ausencia de participación política, por la carencia de espacios para la deliberación con fuerzas nuevas que representen los intereses diversos de los ciudadanos y ciudadanas. También evidencia que hemos tenido un Estado con presencias diferenciadas en los territorios donde las peores consecuencias del conflicto armado han tenido lugar, de manera que las decisiones de la institucionalidad han beneficiado a unas elites políticas, a unos actores armados y a una territorialidad específica.

El marco normativo en Colombia para perseguir la corrupción solo ha podido ser desarrollado explícitamente a partir de 2011. Esto ha implicado que no se haya revisado la relación entre la afectación a la democracia por la presencia de la financiación de actores armados y empresas con el fin de obtener favores económicos o políticos, es decir, que el sector público haya sido utilizado para satisfacer interés privados o ilegales. El impacto negativo que esta situación ha tenido en la democracia y en la confianza entre el votante y el elegido, ha llevado a que en el 2017 se hayan tipificado este tipo de conductas con el fin de poder ser perseguidas penalmente.

El desarrollo del punto dos del acuerdo pone en debate el actual arreglo democrático en Colombia, insta a que se desconcentre el poder político, favoreciendo la representación de la territorialidad afectada

política y económicamente por la violencia. Además, abre nuevos espacios para renovar las fuerzas políticas y para el debate y la toma de decisiones. Para ello señala la necesidad de cambiar las actuales reglas constitucionales y legales que han favorecido solo a ciertos partidos políticos, y actores legales e ilegales.

El bajo nivel de implementación del punto dos denota, sin embargo, la dificultad en la ampliación de la democracia en Colombia a otros partidos y organizaciones políticas. Asimismo, implica que no es posible extender la responsabilidad a los partidos políticos por la elección de los candidatos que violan o infringen la financiación de sus campañas o sobrepasan los montos permitidos. Esta situación, que no ha permitido desarrollar el punto dos del acuerdo, se explica en parte porque las iniciativas propuestas se debaten en un Congreso de la República con mayoría de las fuerzas políticas tradicionales, entre las cuales se encuentran aquellas que se opusieron a la negociación política. Esto ha implicado altísimas tensiones políticas a nivel nacional, que se han manifestado a través de la violencia en contra de los líderes sociales y los defensores de derechos humanos en los territorios, que son en última instancia los representantes que se oponen al ejercicio tradicional de la política en el país.

En Colombia es necesario una renovación política territorial para alcanzar todo lo propuesto en el Acuerdo de Paz, que permita ampliar la representación política y social en el país y con ello la deliberación. Para ello, el papel de la ciudadanía, de las diversas institucionalidades y de todos los sectores políticos es fundamental. Será mediante una transformación de la democracia, y una nueva comprensión de lo público, que pueda realizarse ese tránsito hacia una democracia en paz. Ello requiere, sin duda, una nueva institucionalidad electoral capaz de vigilar, controlar y castigar la financiación ilícita de las campañas y la vulneración de los límites máximos establecidos, de manera que se pueda evitar la captura del Estado por los actores ilegales y legales, que afectan los cometidos del Estado Social de Derecho.

No obstante, se advierte que ello implica tensiones con fuerzas políticas tradicionales que han venido operando en el marco de la corrupción política, y ello puede implicar riesgos para esa transformación. Es por ello que, hasta el momento en que se escribe este artículo, el punto dos del Acuerdo de Paz no ha tenido una expresión normati-

va, evitando con ello la necesaria transformación institucional y de los partidos políticos. Ello ha supuesto también que se haya impedido el inicio del proceso de otra comprensión de lo público en Colombia, y de la necesaria participación ciudadana en la construcción de lo estatal.

REFERENCIAS

Doctrina

- Copello, A. M. (2011) La lucha contra la corrupción en Colombia: La carencia de una política integral. Bogotá Colombia. Fescol. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10596/7876>, 2011.
- Della Porta, D. y. (1997). The Perverse Effects of Political Corruption. En P. Heywood, *Political Corruption*. Oxford, Blackweel Publishers.
- Duncan, G. (2005). Narcoraficantes, mafiosos y guerreros. *Narcotráfico en Colombia*, 19.
- Garzón Valdés, E. (2004), Calamidades, Gedisa, pp. 11-30.
- Gardiner, J. (2002). Defining corruption. En M. Philp, *Political Corruption: Concepts and Contexts* (pp. 25.40).
- Guevara, Andrés Dávila Ladrón. “Clientelismo, intermediación y representación política en Colombia: ¿ qué ha pasado en los noventa?” *Estudios Políticos* 15 (1999): 61-78.
- Hellman, J. G. (2000). Are foreign investors and multinationals engaging in corrupt practives in transitions economies? *Tansition* 11 (3-4), 4-7.
- Hernández, C. N. L., & Martínez, A. F. Á. (2010). *Y refundaron la patria--: de cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el estado colombiano*. Debate.
- Heidenheimer, A. J., Johnston, M., & Le Vine, V. T. (Eds.). (1989). *Political corruption: A handbook*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers.
- KAS. (2010). *El financiamiento de la política en Colombia*. [Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_21775-1522-4-30.pdf?110413165619].
- Kauffmann, H. y. (2001). Confronting the challenge of state capture in transition economies. (W. Bank, Ed.) *Finance and Development*.
- Laporta, F. (1997). *La Corrupción Política*. Introducción General. Alianza Editorial, SA Madrid.
- Malem, Jorge, (2003) “Financiamiento, corrupción y gobierno”, en Carrillo, manuel et. al. (coords), *Dinero y contienda político-electoral. Reto de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Federal, 2003, pp. 485-498.
- Newton, K. (2001). Trust, social capital, civil society, and democracy. *International Political Science Review*, 22 (2), 201-214.

- Palacios, M. (2011). Presencia y ausencia de populismo: para un contrapunto colombo-venezolano. En M. Palacios (ed.), *Populistas: El poder de las palabras. Estudios de Política*. (pp. 121-144). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. p. 39. [Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/12295/2/libro%20Populistas%20el%20poder%20de%20las%20palabras.pdf>; <http://www.bdigital.unal.edu.co/12295/2/libro%20Populistas%20el%20poder%20de%20las%20palabras.pdf>].
- Pharr, S. J. y Putnam, R. D. (eds.) (2000), *Disaffected Democracies*, Princeton, Princeton University Press.
- Philp, M. (1997). Defining political corruption. *Political Studies* [45 (3)], 436-462.
- Seña, J. F. M. (1997). El fenómeno de la corrupción. In *La corrupción política* (pp. 71-90). Alianza Editorial.
- Suelst Cock, Vanessa, Jaramillo Marin, Jefferson, *La participación política en el acuerdo de paz una revisión del sentido de la democracia en Colombia*, Icade No. 103, 2018.
- Thoumi, F. (1999). La relación entre corrupción y marcotráfico: un análisis general y algunas referencias a Colombia. *Revista de Economía del Rosario* [2 (1)], 11-33.
- Torcal, M., & Montero, J. R. (2006). *Political disaffection in contemporary democracies: social capital, institutions and politics*. Routledge. p. 94.
- Vargas, B. C. (2017). Financiación de las campañas: una mano invisible y sin control. *Razón Pública*.

Otras Referencias

- Acuerdo para una Paz Estable y Duradera suscrito entre el Estado Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias —FARC— suscrito el 24.11.2016. Ver Alto Comisionado para la Paz (2017). [Disponible en: “<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>” <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>].
- Betancourt, V. C. (2017) Financiación de las campañas: una mano invisible y sin control. [Disponible en: HYPERLINK “<http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10047-financiaci%C3%B3n-de-las-campa%C3%B1as-una-mano-invisible-y-sin-control.html>” <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10047-financiaci%C3%B3n-de-las-campa%C3%B1as-una-mano-invisible-y-sin-control.html>].
- Cultura política de la democracia en Colombia 2011. [Disponible en: <http://www.vanderbilt.edu/lapop/colombia/2011-Colombia-Cultura-politica-de-la->].

- CNN, Escándalo Odebrecht: EE.UU. dice que 12 países recibieron sobornos, diciembre de 2016, [Disponible en: “<https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/22/escandalo-odebrecht-ee-uu-dice-que-12-paises-recipientes-sobornos/>” <https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/22/escandalo-odebrecht-ee-uu-dice-que-12-paises-recipientes-sobornos/>], Consultado en diciembre de 2016.
- Comisión Nacional de Moralización, [Disponible en: HYPERLINK “<http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/comisionnacionalmoralizacion.aspx>” <http://www.anticorrupcion.gov.co/Paginas/comisionnacionalmoralizacion.aspx>].
- Confederación colombiana de ONG (2019), [Disponible en: [https://cong.org.co/files/755_at_Formulario%20acuerdo%20de%20paz_instrumento_5%20\(2\).pdf](https://cong.org.co/files/755_at_Formulario%20acuerdo%20de%20paz_instrumento_5%20(2).pdf)]
- El Espectador.com, «Juez ordena enviar a la cárcel a alcaldesa de Ocaña 19 de febrero de 2017, febrero de 2017. [Disponible en: “<https://www.elspectador.com/noticias/judicial/juez-ordena-enviar-la-carcel-alcaldesa-de-ocana-articulo-680791.%20Consultado%20mayo%20de%202017>” <https://www.elspectador.com/noticias/judicial/juez-ordena-enviar-la-carcel-alcaldesa-de-ocana-articulo-680791>. Consultado mayo de 2017].
- El Espectador, La confesión de Otto Bula, agosto de 2017. [Disponible en: <https://www.elspectador.com/noticias/investigacion/la-confesion-de-otto-bula-articulo-707725>; <https://www.elspectador.com/noticias/investigacion/la-confesion-de-otto-bula-articulo-707725>], Consultado en marzo de 2018.
- El Tiempo, Van 156 políticos vinculados a casos de corrupción en Colombia, 15 de octubre de 2017, [Disponible en: “<http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/corrupcion-en-los-partidos-politicos-de-colombia-141174>” <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/corrupcion-en-los-partidos-politicos-de-colombia-141174>], Consultado octubre de 2017.
- El tiempo, El maletín lleno de efectivo que Otto Bula le llevó al “Ñoño” Elías, marzo de 2018, [Disponible en: “<http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/sentencia-contra-el-nono-elias-por-el-caso-odebrecht-188756>” <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/sentencia-contra-el-nono-elias-por-el-caso-odebrecht-188756>], Consultado marzo de 2018.
- El Tiempo, [Disponible en: “<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16441060>” La estafa que llevó a prisión al alcalde de San Gil”; HYPERLINK “<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16441060>”; <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16441060>], Consultado mayo de 2017. Radio, Caracol (5 de mayo de 2010). [Disponible en: “<http://caracol.com.co/radio/2010/05/05/judi>

- cial/1273080960_085958.html” “Varios gobernadores han sido destituidos e inhabilitados”, *Caracol Radio*. Consultado mayo de 2017.
- El Tiempo, Casa Editorial, “Escándalo de la ‘parapolítica’ completó 51 congresistas involucrados y 29 presos”. [Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4085772>], Consultado mayo de 2017.
- Imprenta Nacional de Colombia, Ley Estatutaria 03 de 2017, Estatuto de la Oposición Política. [Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1039&p_numero=03&p_consec=47665], Consultado 20 de noviembre 2017.
- KAS10 \l 9226 (2010), [Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_21775-1522-4-30.pdf?110413165619; http://www.kas.de/wf/doc/kas_21775-1522-4-30.pdf?110413165619].
- Procuraduría General de la Nación, Informe de Gestión 2014, [Disponible en: “https://www.procuraduria.gov.co/portal/Informes-de_GestionGTI-CP.page” https://www.procuraduria.gov.co/portal/Informes-de_GestionGTI-CP.page], Consultado en Noviembre de 2017.
- Proyecto de ley de garantías, [Disponible en: “[http://ccong.org.co/files/755_at_Formulario%20acuerdo%20de%20paz_instrumento_5%20\(2\).pdf](http://ccong.org.co/files/755_at_Formulario%20acuerdo%20de%20paz_instrumento_5%20(2).pdf)” [http://ccong.org.co/files/755_at_Formulario%20acuerdo%20de%20paz_instrumento_5%20\(2\).pdf](http://ccong.org.co/files/755_at_Formulario%20acuerdo%20de%20paz_instrumento_5%20(2).pdf)].
- Semana, La historia desconocida de Otto Bula: el ventilador de Odebrecht, noviembre de 2017, [Disponible en: HYPERLINK “<https://www.semana.com/nacion/articulo/otto-bula-y-el-escandalo-de-odebrecht/515150>” <https://www.semana.com/nacion/articulo/otto-bula-y-el-escandalo-de-odebrecht/515150>], Consultado en marzo de 2018.
- Semana, El proceso 8000, [Disponible en: “<https://www.semana.com/especiales/articulo/el-proceso-8000/32798-3>” <https://www.semana.com/especiales/articulo/el-proceso-8000/32798-3>], Consultado marzo de 2017.
- Secretaría de Transparencia [Disponible en: <http://www.secretariatransparencia.gov.co/estrategias/Paginas/ppia.aspx>], Consultado febrero 2018.
- Transparencia Colombia, Informe de cuentas claras 2015, [Disponible en: “<http://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-CUENTAS-CLARAS-2016.pdf>” <http://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-CUENTAS-CLARAS-2016.pdf>], Consultado marzo de 2017.
- Vanguardia, Estas son las revelaciones de la Fiscalía sobre la red nacional de corrupción electoral, junio de 2018. [Disponible en: “<http://www.vanguardia.com/politica/elecciones-2018/video-436609-estas-son-las-revelaciones-de-la-fiscalia-sobre-la-red-nacional>” <http://www.vanguardia.com/politica/elecciones-2018/video-436609-estas-son-las-revelaciones-de-la-fiscalia-sobre-la-red-nacional>].

Capítulo XIII

**LA RESPONSABILIDAD FISCAL COMO
INSTRUMENTO EN LA LUCHA
CONTRA LA CORRUPCIÓN EN
COLOMBIA: PERSPECTIVA CRÍTICA**

Manuel Alberto Restrepo Medina*

INTRODUCCIÓN

El diseño institucional del Estado colombiano contempla distintos mecanismos administrativos y judiciales, para procurar la recuperación de las afectaciones negativas sufridas por su patrimonio, tanto por la acción de terceros, como y especialmente, por las conductas dolosas o culposas de los agentes estatales, las cuales pueden corresponder a distintas expresiones de corrupción o simplemente obedecer a errores incurridos por falta de planeación o inexperiencia o carencia de experticia en su gestión.

Uno de los mecanismos que mayor desarrollo ha tenido en el régimen jurídico colombiano ha sido el de la llamada responsabilidad fiscal, cuya atribución corresponde a las entidades nacionales y territoriales de fiscalización (Contraloría General de la República y contralorías departamentales, distritales y municipales), mediante el adelantamiento de una actuación administrativa, susceptible de control judicial en lo contencioso-administrativo, denominada proceso de responsabilidad fiscal.

* La presente contribución se inscribe dentro del proyecto de investigación ‘La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado’ (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación ‘Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos’, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

De acuerdo con el más reciente informe de gestión publicado por la Contraloría General de la República (2018), que compendia los resultados del período institucional 2014-2018, durante este cuatrienio la entidad inició 4.141 procesos de responsabilidad fiscal por una cuantía de \$ 21,6 billones (aprox. US \$ 7.200 millones), formuló imputación dentro de 1.645 procesos en cuantía de \$ 1,69 billones (aprox. US \$ 563 millones) y emitió 691 fallos con responsabilidad fiscal ejecutoriados por valor de \$ 574.331 millones (aprox. US \$ 191 millones). En ese mismo lapso se logró el resarcimiento del daño causado al patrimonio público por valor de \$ 409.471 millones (aprox. US \$ 136 millones) y se obtuvo un recaudo coactivo por \$ 289.653 millones (aprox. US \$ 96 millones).

Estas cifras muestran la importancia que tiene la responsabilidad fiscal en Colombia como mecanismo de recuperación del daño ocasionado al patrimonio público, y dejan entrever las brechas que se presentan entre el monto de los hallazgos con incidencia fiscal y los de las imputaciones y declaraciones de responsabilidad, por lo cual, a partir de la comprensión de la caracterización jurídica que este instrumento tiene en el ordenamiento jurídico colombiano, se pueden identificar las disfuncionalidades que hacen que este instrumento haya tenido una baja efectividad en su propósito de resarcir el daño ocasionado al patrimonio público por gestión fiscal ilegal o indebida.

Precisamente, en la medida en que el objeto de la responsabilidad fiscal, como se precisará en el contenido del texto, procura crear un título jurídico para la recuperación de los daños ocasionados al erario por causa de una gestión fiscal ilegal o indebida, su establecimiento no consulta si su génesis ha sido un acto de corrupción o simplemente la comisión de errores administrativos, por lo que las cifras antes expuestas no distinguen la magnitud que de las mismas pueda ser atribuida a conductas constitutivas de actos de corrupción.

Ahora bien, ello no quiere significar que de la realización de las auditorías por parte de las contralorías, de cuyos resultados se desprende la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal, no hayan emergido hallazgos con incidencia penal, que, a su turno, hayan servido como base para el adelantamiento de procesos penales por la presunta comisión de actos de corrupción, como ha acontecido con la detección de desviaciones de los recursos de las regalías de deter-

minadas entidades territoriales o con la utilización inadecuada y sobrecostos incurridos en relación con los recursos públicos de la salud.

Lo que ha sucedido es que esas concurrencias entre los hallazgos con incidencia fiscal y penal, que efectivamente deriven en investigaciones y acusaciones por parte de los fiscales, han sido más la excepción que la regla, no solamente porque los objetos misionales de las entidades involucradas son distintos y porque hay celos institucionales y personales que han dificultado una relación armónica y permanente de colaboración entre contralorías y fiscales, sino por la existencia de dos causas que dificultan ese diálogo institucional entre los organismos de fiscalización que llevan a cabo la auditoría gubernamental y las autoridades encargadas de la investigación y acusación de los actos de corrupción.

La primera de esas dificultades tiene que ver con una carencia significativa de calidad de los hallazgos de auditoría, a los cuales las contralorías les atribuyen una incidencia penal, que al ser trasladados a los fiscales penales no contienen los elementos mínimos que les permitan una tipificación preliminar de las conductas como actos de corrupción y menos aún la identificación e individualización clara y precisa de sus autores para poder enderezar en su contra las pesquisas iniciales y encaminar apropiadamente las investigaciones penales, lo cual hace que el producto del proceso auditor no aporte significativamente a la detección y persecución efectiva de la corrupción administrativa.

La segunda dificultad tiene que ver con la incorporación de las pruebas recaudadas en el trámite de las auditorías y los procesos de responsabilidad fiscal como evidencias materiales en las investigaciones penales para que luego su inclusión sea admitida en juicio por los jueces de conocimiento, dada la inexistencia de protocolos que garanticen la cadena de custodia en las actuaciones adelantadas por los organismos de control fiscal, lo cual obliga a que los fiscales solamente puedan tenerlas como *notitia criminis* pero deban acometer íntegramente la actividad de recaudo de evidencias para soportar las imputaciones y las acusaciones sin poder hacer uso de las pruebas que ya han sido acopiadas por las contralorías en sus actuaciones.

En el orden de ideas expuesto, el presente escrito se ocupa de describir los aspectos sustantivos de la responsabilidad fiscal, comenzan-

do por su ubicación como una especie del género de la responsabilidad, siguiendo con su imbricación con el control y la gestión fiscal, continuando con su naturaleza jurídica y sus elementos configurativos, para terminar con las consecuencias de su declaración, para luego presentar una valoración de las causas por las cuales, a pesar de esta nutrida caracterización jurídica, en la práctica no se ha logrado que sea un mecanismo eficaz para resarcir las afectaciones negativas al patrimonio público y por ende no tenga un carácter disuasorio como factor de prevención de la realización de actos de corrupción sobre el erario.

1. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL¹

1.1. La fiscal: especie del género de la responsabilidad

La responsabilidad es una institución que en sentido genérico corresponde a la circunstancia predicable de todo sujeto de derecho de reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente, y cuyos elementos tradicionales son el daño causado, la actuación imputable al sujeto del daño y la relación de causalidad entre uno y otro (Consejo de Estado, 1996 a).

En los casos que involucran el ejercicio de la función pública, de acuerdo con el artículo 6° constitucional, la responsabilidad de los servidores públicos se genera por infracción de la Constitución o las leyes o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. A su turno, la determinación de la responsabilidad y la manera de hacerla efectiva, conforme al artículo 124 de la Carta Política, corresponden a la ley.

La responsabilidad de los servidores públicos puede revestir diversas modalidades según la naturaleza del acto que la origine: política,

¹ El presente apartado está basado en un artículo del autor de estas líneas, publicado a raíz de la expedición de la Ley 610 de 2000, por la cual se regula el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, el cual ha sido actualizado con las reformas introducidas por la Ley 1474 de 2011 y con los pronunciamientos jurisprudenciales de constitucionalidad sobre la misma. La referencia se encuentra en la bibliografía (Restrepo, 2001).

penal, administrativa o disciplinaria, civil y fiscal. Así, la política se deriva de conductas que atenten contra el interés general previsto en la Constitución y las leyes; la penal, del acto irregular del servidor público que se encuentre tipificado como conducta punible; la administrativa o disciplinaria, de la inobservancia de los deberes y funciones propios de la calidad de servidor público; la civil, del acto irregular del agente que causa daños a terceros y cuyas sanciones establece el derecho privado; y la fiscal, del daño económico o patrimonial a la administración por una indebida gestión administrativa (Consejo de Estado, 1996 a).

1.2. Interrelación entre control, gestión y responsabilidad fiscal

La Constitución Política de 1991 estableció que el control fiscal es una función pública ejercida por la Contraloría General de la República y por las contralorías territoriales, las cuales vigilan la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación o de las entidades territoriales.

Dicho control se ejerce en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos por la Ley 42 de 1993, sobre la base de un ejercicio independiente de la función fiscalizadora, garantizado por su carácter técnico y la autonomía administrativa y presupuestal de los organismos que la ejercen.

Para efectos de su aplicación, la Constitución le asigna una serie de atribuciones a los contralores, dentro de las cuales se encuentra la de deducir la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

De acuerdo con el marco normativo enunciado, se tiene que el control fiscal busca proteger la integridad del patrimonio público y garantizar la correcta y legal utilización de los recursos públicos, recayendo la responsabilidad sobre la gestión fiscal de la administración en cabeza de los servidores públicos o de los particulares que manejen fondos o bienes públicos.

El artículo 3 de la Ley 610 de 2000 entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la

adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Esta definición resulta adecuada al marco constitucional vigente porque la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues la esfera de actuación del servidor público no es solamente para salvaguardar el patrimonio público, sino también y principalmente para el desarrollo de proyectos orientados a la efectiva realización de los planes y programas de orden socioeconómico (Corte Constitucional, 2001 b).

De acuerdo con lo anterior y para efectos de la derivación de responsabilidad fiscal, puede afirmarse que corresponden a la gestión fiscal los actos y operaciones que la administración pública realiza para adquirir e integrar el patrimonio del Estado, para garantizar la conservación y explotación de los bienes que lo integran y para afectarlos, invertirlos o disponer de ellos con fines propios del servicio público.

En todo caso, la gestión y el control fiscal demarcan dos campos de acción claramente diferenciados y diferenciables: el de los distintos órganos del Estado que deciden la conveniencia y oportunidad de todos los actos inherentes al ejercicio del poder, y el de su control, en el aspecto fiscal anotado, que la Constitución asigna privativamente a las contralorías en el ámbito de sus jurisdicciones.

Sobre la interacción de la gestión y el control fiscal, la Corte Constitucional (1995) ha señalado que:

[...] la legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta [...] en el principio de legalidad —trasunto de la soberanía popular—, al cual se adiciona en el momento presente, la eficacia, eficiencia y economía. El interés general que en todo momento debe perseguir la administración hasta el punto de que su objeto y justificación estriban en su satisfacción sólo se logra realizar si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía. Igualmente, el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección

del patrimonio público, procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad y se deberá ocupar del control de resultados que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2° de la C.N. (Sentencia C-167/95).

De acuerdo con los conceptos de responsabilidad, control y gestión fiscal, la responsabilidad fiscal, conforme lo señala el Consejo de Estado (1995), viene a consistir en la obligación de reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que se hayan producido como consecuencia de la acción u omisión, en forma dolosa o culposa, de las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que asuman una conducta que no está acorde con la ley, o de cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquella.

1.3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad fiscal

La responsabilidad fiscal tiene una naturaleza jurídica autónoma e independiente, aunque desde el punto de vista técnico comparte los mismos elementos de la responsabilidad civil. Al efecto, el Consejo de Estado (1995) ha sostenido que:

[...] la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió para adquirir su propia personalidad [...] En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento [...] Por tanto, la responsabilidad fiscal no debe ser tratada como una especie de responsabilidad civil, sino más bien como uno de los distintos tipos que emanan del género responsabilidad, cuya fuente directa es, como se dejó expresado, el artículo 6° de la Constitución (Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 3 de octubre).

Así mismo, la Corte Constitucional (1996) también reconoce la autonomía de la responsabilidad fiscal y la caracteriza calificándola como esencialmente administrativa, patrimonial y meramente resarcitoria.

En efecto, la alta corporación sostiene en uno de sus apartes que la responsabilidad que se declara a través de este proceso es esencialmente administrativa porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Más adelante asevera que dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Es más, el resarcimiento a través de la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal es la única finalidad que se busca con la declaración de responsabilidad.

Por razón de ese carácter patrimonial y no sancionatorio, el artículo 19 de la Ley 610 de 2000 dispuso que en el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión.

Esta disposición fue encontrada ajustada a la Carta Política por parte de la Corte Constitucional (2003), al considerar que, de la naturaleza resarcitoria y patrimonial del proceso de responsabilidad fiscal se desprende que los principios generales del derecho civil en materia de sucesión procesal tienen plena aplicación, ya que esta institución permite al acreedor, en este caso al Estado, buscar el resarcimiento del daño, así como a los herederos participar en calidad de partes, con todas las consecuencias que ello implica, en especial la de ejercer el derecho de defensa en un proceso que afecta sus legítimos intereses patrimoniales en la herencia del causante. Por ello, si no se cumple

con el requisito de la citación y emplazamiento, el proceso correspondiente tendría un vicio de nulidad.

Con base en las características que identifican a la responsabilidad fiscal, la Corte llega a reconocer que esta es una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por los mismos hechos, siendo dable una acumulación de los tres tipos de responsabilidad, con la salvedad de que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente obtener un nuevo reconocimiento a través del proceso de responsabilidad fiscal.

1.4. Elementos de la responsabilidad fiscal

Los elementos de la responsabilidad fiscal son los mismos de la civil. Es decir, se requiere de la existencia de un daño sobre el patrimonio público producido por una conducta, activa u omisiva, dolosa o culposa, por parte de un servidor público o de un particular, según el caso, y que entre una y otra exista una relación de causalidad.

Hay que agregar que el nuevo espectro del control, y la amplitud de los elementos contenidos en la gestión, permiten a su vez una ampliación de la responsabilidad fiscal, pues ahora no solo se concibe el detrimento que un servidor público le pueda causar al patrimonio público sobre la base simple de actos u omisiones dañinas, sino de igual forma la afectación producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente o, en términos generales, que no se aplique al cumplimiento de los cometidos estatales, particularizados por el objeto funcional y organizacional de la respectiva entidad o programa.

1.4.1. Daño Patrimonial

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, con el texto resultante después del control de constitucionalidad (Corte Constitucional, 2007), se entiende por daño patrimonial al Estado, la lesión al erario, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los

finés esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos sometidos a la vigilancia y control de las contralorías.

El daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzca directamente o contribuya al detrimento del patrimonio público, posibilidades de afectación que emanan, como lo señala la Corte Constitucional (2001 b), de la multiplicidad de fuentes y circunstancias en que se puede ocasionar el daño fiscal, de manera que cuando el mismo sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución.

Para la determinación del valor que las contralorías pueden determinar como resarcitorio del daño patrimonial al Estado una vez verificada su ocurrencia, teniendo en cuenta que en el fallo que determina la responsabilidad fiscal, no se hace nada diferente de establecer la obligación de pagar una suma líquida de dinero en favor de la nación, ha de tenerse en cuenta lo expresado al respecto por el Consejo de Estado (1991), cuyo criterio fue determinante para la posterior regulación legal de la materia:

(i) La responsabilidad civil o patrimonial de los funcionarios públicos aparece deslindada del procedimiento penal con la creación de las contralorías, las cuales, además de las funciones de control fiscal, tenían otras de carácter judicial relacionadas con el mal manejo de los bienes del Estado, su apropiación indebida o la inobservancia de las normas legales, técnicas o contables, estableciéndose los procedimientos para ello, como los denominados juicios fiscales de cuentas, en virtud de los cuales se define y determina la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo, cuyas cuentas hayan sido objeto de observaciones de fondo, o la de los ordenadores del gasto público en los casos de egresos o gastos ilegales de los fondos o bienes estatales.

(ii) En razón de esa atribución, las contralorías, mediante acto administrativo susceptible de los recursos gubernativos de ley y sometidos al control de constitucionalidad y de legalidad que ejerce el juez contencioso administrativo, determinan la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo y de los ordenadores del gasto, teniendo en cuenta para ello el valor de los bienes, dineros y especies que no se han administrado de acuerdo con la ley, pero sin que puedan determinar “los perjuicios” —entendi-

dos por tales la ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que este debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo— que pueda sufrir la entidad estatal.

(iii) A las contralorías les corresponde determinar la responsabilidad civil o patrimonial de carácter fiscal, sin tener en cuenta los eventuales “perjuicios”; a los jueces administrativos la responsabilidad civil o patrimonial por los perjuicios que sufran las entidades estatales, los contratistas o los terceros interesados en un proceso de contratación (Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de marzo 7).

A su turno, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (1996 a y 1996 b) considera que la jurisprudencia de la Sección Primera de esa corporación, en lo relacionado con la determinación de los eventuales perjuicios, conserva validez, porque se fundamenta en los mismos supuestos que sobre la responsabilidad fiscal estableció el constituyente de 1991.

Así, la posición del Consejo de Estado es que el fallo con responsabilidad fiscal debe ceñirse al monto del daño propiamente tal, entendido como el daño emergente, considerado como el equivalente al valor de reposición de los fondos o bienes objeto del alcance determinado en el fallo, sin que pueda entrar a determinar lo relativo a los perjuicios, consistentes en el lucro cesante generado por la pérdida o daño y el demérito de los bienes o los gastos ocasionados por la acción u omisión del responsable fiscal, cuyo establecimiento será competencia entonces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En contraste con el criterio del Consejo de Estado, del parecer de la improcedencia de la comprensión del lucro cesante en la indemnización, la Corte Constitucional (2001 b) indicó que la indemnización por los daños materiales sufridos debe ser integral, de tal forma que incluya el valor del bien perdido o lesionado (daño emergente), y el monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud de tal lesión (lucro cesante). La Corte precisa que, además de la dimensión del daño, esto es, el valor de la afectación negativa causada al erario, para la determinación de su valor debe tenerse en cuenta si, eventualmente, pese a la gestión fiscal irregular, la administración pudo haber obtenido algún beneficio, pues en tal caso este debería ser tenido en cuenta para disminuirlo del valor de la responsabilidad que pudiera llegar a derivarse al gestor fiscal.

De otro lado, en una sentencia anterior, la Corte Constitucional (1996) había indicado que para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, y por tanto valorarse, entre otros factores, que aquel sea cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud, por lo que la Ley 610 de 2000 ya había determinado que la estimación del daño involucrara la actualización de su monto al valor presente al momento del fallo, según los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas para los períodos correspondientes, de tal manera que el patrimonio estatal quede en la misma situación en la que estaba antes de que se produjera el hecho generador de la responsabilidad fiscal.

1.4.2. Conducta antijurídica imputable a título de dolo o culpa grave

La conducta antijurídica o acción imputable al sujeto del daño, se refiere a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular según el caso, en ejercicio de la cual o con ocasión de ella, se causa un daño patrimonial, respecto de los bienes o fondos deferidos para su administración o custodia (Amaya, 1996).

Ello implica que no basta con que la ejecución del gasto se lleve a cabo con arreglo al ordenamiento presupuestal y contractual vigente, sino que es necesario que el mismo se adecúe a los objetivos formulados en el plan de desarrollo y en los planes de acción que lo concretan en cada una de las entidades ejecutoras.

Si el gasto, así resulte ajustado a la legalidad en el examen que de él se realice, no cumple con los fines a los cuales debe estar destinado, como la prevalencia de la inversión social, puede llegar a derivar en una declaración de responsabilidad fiscal si concurre junto con la afectación inadecuada del tesoro público, por una ineficaz o ineficiente, gestión fiscal, la imputación de un actuar doloso o cuando menos culposo de los respectivos administradores de la cosa pública.

Esta aproximación implica, por consiguiente, que la valoración de los hechos y sus consecuencias jurídicas desde la perspectiva fiscal involucra no solamente a quienes figuren como autores materiales de

las decisiones cuestionadas, sino, también, a quienes hayan obrado como determinadores de las mismas.

Ahora bien, es incontrovertible que esta especie de responsabilidad es de carácter subjetivo y, por ende, para deducirla, es menester determinar si el implicado obró con dolo o con culpa. El grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse esa responsabilidad fiscal fue establecido inicialmente por la Ley 610 de 2000 como el de la culpa leve, acogiendo los argumentos que en su momento expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al respecto.

Dicha Sala (1996 a) señaló que el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal es el de la culpa leve, que define el artículo 63 del Código Civil como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. Tal postulado fue sostenido por la Sala con base en las siguientes consideraciones:

(i) Los servidores públicos que ejercen funciones de gestión fiscal, así como los contratistas y particulares que manejen recursos y bienes del Estado, actúan como gestores de la administración y en tal virtud responden hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, conforme a la previsión del artículo 2.155 del Código Civil, que establece en ese grado la extensión de la responsabilidad del mandatario.

(ii) El fallo que fija la responsabilidad fiscal implica que el servidor público se constituye en deudor del Estado en la cuantía del daño, y en tal caso es responsable de la culpa leve porque la relación funcional que lo une con la administración genera un beneficio recíproco para las partes.

(iii) La culpa o descuido sin otra calificación, como ocurre en relación con la responsabilidad fiscal, en la que la ley guarda silencio sobre su gradación, significa que se aplica el principio general de culpabilidad cual es el de que se ha incurrido en culpa o descuido leve. Naturalmente que, luego de la expedición de la Ley 610 de 2000, este criterio ya no era aplicable, justamente porque el legislador expresamente determinó el grado de culpabilidad a partir del cual se predicaba la responsabilidad personal del inculpado (Concepto de julio 29).

En este tipo de responsabilidad, añadió el Consejo de Estado, el grado de culpabilidad difiere del consagrado en el artículo 90 de la Constitución para la procedencia de la acción de repetición en contra del agente estatal por cuyo actuar con dolo o culpa grave ha sido condenado el Estado al resarcimiento de un daño antijurídico, porque el

ejercicio de la gestión fiscal implica obligaciones específicas referidas a la administración de bienes ajenos como son los del Estado, que resulta afectado con la actuación irregular del funcionario.

Ese mismo grado de culpabilidad fue avalado en principio por la Corte Constitucional (2001b), al señalar que en la responsabilidad fiscal no resultaba aplicable la previsión del artículo 90 de la Constitución, en la medida en que en aquella el Estado es el extremo afectado y el resarcimiento pecuniario corre a su favor.

Sin embargo, en una decisión posterior, dicha Corporación (2002) consideró inexecutable ese grado de culpabilidad, al señalar que la existencia en la Carta Política de dos especies del género de la responsabilidad patrimonial, a saber, la derivada a través del ejercicio de la acción de repetición y la establecida mediante el proceso de responsabilidad fiscal, no pueden tener tratamientos normativos diferentes, cuando la propia Constitución estableció para la primera como grado de culpabilidad el dolo o la culpa grave y frente a la segunda guardó silencio, por lo cual no podía el legislador hacer más gravosa la situación del gestor fiscal, pues ello rompe el principio de la igualdad material.

Como consecuencia de esa decisión, a partir de su ejecutoria, y con efectos retroactivos por razón del principio de favorabilidad, el grado de culpabilidad a partir del cual se puede establecer responsabilidad fiscal es el mismo previsto para la acción de repetición, de dolo o culpa grave, sin perjuicio de que el constituyente, no el legislador ordinario, pueda determinar un grado diferente. De esta afirmación surge el interrogante de cuándo existe culpa grave en la conducta imputable al gestor fiscal para que se pueda declarar la responsabilidad fiscal, justamente por no haber una definición legal al respecto.

Este tema es de importancia porque en muchos de los organismos de control existe la percepción de que con la sentencia de la Corte hoy es prácticamente imposible llegar a una declaración de responsabilidad fiscal, sobre todo cuando se está frente a un examen de culpa y no de dolo por parte del gestor fiscal, lo cual ocurre en la gran mayoría de los casos. Sin embargo, si bien es cierto que es mucho más favorable para la protección del erario que la responsabilidad patrimonial por la gestión fiscal se establezca a partir de la culpa leve y no desde la culpa grave del gestor fiscal, ello no quiere decir que no existan situaciones en las cuales la misma pueda ser demostrada y que como

consecuencia haya lugar al resarcimiento económico por el daño ocasionado al patrimonio público.

En efecto, si se considera que se presenta culpa grave cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público, no puede caber duda de que un daño producido al erario por cualquier conducta negligente o imprudente, abiertamente contraria a los principios que informan el ejercicio de la función administrativa y la gestión fiscal o a su naturaleza y objeto, implica que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave.

Así, por ejemplo, habrá culpa grave en aquellos eventos de ejecución de los recursos presupuestales sin una planeación correcta y adecuada o sin realizar los estudios técnicos, económicos, jurídicos o de factibilidad, diseños, planos o proyectos necesarios para su inversión, como también cuando se da la celebración de contratos con recursos del erario sin contar con la garantía de que su ejecución tiene el respaldo presupuestal necesario para su terminación.

No obstante, dada la dificultad probatoria para el establecimiento de la culpa grave, en aras de facilitar la calificación del comportamiento del gestor fiscal a ese título de imputación, la Ley 1474 de 2011 estableció la presunción de culpa grave cuando: (a) se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante; (b) haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado; (c) se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas; (d) se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes

de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos; y (e) se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

Ahora bien, no puede dejarse de lado que la declaración de responsabilidad fiscal sobre el autor del daño al patrimonio público, que ha obrado con dolo o con culpa grave, solamente puede predicarse de quien ha actuado en su carácter de gestor fiscal, de tal manera que no todo aquel que haya participado de la causación de un detrimento patrimonial al erario puede ser declarado fiscalmente responsable si jurídicamente no le es atribuible ese carácter.

Así, lo determinante para vincular a un servidor público o a un particular a un proceso de responsabilidad fiscal es que el hecho investigado corresponda a una actividad o función calificable como parte de la gestión fiscal. No debe olvidarse que el artículo 268, numeral 5° de la Constitución, enuncia como una de las facultades de los contralores, establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal; luego, como se ha señalado en un acápite anterior de este escrito, la responsabilidad fiscal encuentra su fundamento en la gestión fiscal, de manera que los servidores públicos o los particulares que ejerzan o cumplan funciones atinentes a la gestión fiscal, serán quienes resulten susceptibles de ser sujetos de la acción fiscal, con independencia de que la ley establezca eventos especiales de responsabilidad fiscal como los que atañen al cumplimiento de las normas presupuestales, pero que en modo alguno restringen otras eventualidades de tal clase de responsabilidad.

En consecuencia, cuando cierta actividad de un servidor público ocasiona un daño al Estado, generado en una esfera distinta de aquella en que actúa normalmente el funcionario como resultado de la relación de función o de empleo público, la responsabilidad de aquel será propiamente civil, pues en tal caso el Estado aparece en posición de tercero y en consecuencia la reparación del daño causado deberá intentarse por parte de la propia entidad perjudicada a través de las vías y ante los funcionarios encargados de decidir sobre los juicios de responsabilidad extra contractual y no habrá lugar a tramitar en este caso un proceso de responsabilidad fiscal (Consejo de Estado, 1996 a).

De otra parte, la derivación a los contratistas y particulares de responsabilidad fiscal, a través de su vinculación como sujetos procesales de la acción fiscal, deviene del manejo de fondos o bienes públicos, de manera que para que respecto de ellos sea jurídicamente viable una declaración de tal responsabilidad, se requiere la existencia previa de un vínculo jurídico con el Estado de cuya ejecución emerja la causación de un daño a su patrimonio.

En el caso de los contratistas, el Consejo de Estado (1996 a) señala que, si con transgresión de las normas o estipulaciones contractuales —o de los principios de transparencia, economía o responsabilidad, se agrega—, se generan sobrecostos en los contratos celebrados entre el Estado y un particular, por conductas imputables a servidores de la entidad estatal, habrá lugar a deducir la correspondiente responsabilidad fiscal, pero, si la conducta imputable se predica de particulares que intervienen en el proceso de contratación, la deducción de responsabilidad fiscal será procedente respecto de estos.

En cuanto a los particulares, no siempre que ellos ocasionen un daño al erario pueden ser sujetos de responsabilidad fiscal, ya que, para serlo requieren estar manejando recursos públicos en virtud de un vínculo legal, contractual o administrativo anterior a la causación del detrimento, que los haya habilitado para tener la disposición jurídica o material de fondos, bienes o valores públicos.

De acuerdo con lo anterior, en el evento en que, sin mediar algún tipo de vínculo entre el particular y el Estado, aquel ocasione con su conducta dolosa o culposa, por acción o por omisión, un perjuicio a este último se estará frente a una responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, por cuanto el daño no se deriva de la gestión fiscal y en tal virtud se hacen extensivas las mismas consideraciones realizadas en relación con la responsabilidad civil de los agentes públicos.

1.4.3. Relación de causalidad

La relación de causalidad implica que entre la conducta y el daño debe existir un vínculo material determinante y condicionante de causa efecto, de manera que el comportamiento del sujeto sea el factor productor del daño con un carácter necesario, directo e inmediato. El

nexo causal se rompe cuando aparecen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, entre otras posibles (Amaya, 1996).

No obstante, existe otra posición que difiere de la necesidad de la relación de causalidad como tercer elemento estructurante de la responsabilidad fiscal. En efecto, Amaya (1996) sostiene que no necesariamente la tesis del nexo causal debe ser el criterio determinante para relacionar una conducta con el daño patrimonial producido al Estado a fin de estructurar la responsabilidad fiscal, dada la exigente afinidad de la gestión pública con los principios vertebrales del Estado social de derecho, los principios rectores de la función pública y la administrativa, y el esquema de responsabilidad frente a la administración de los fondos y bienes públicos.

En sustitución del nexo causal como criterio rector para la imputación, propone la adopción de la teoría objetiva, en la cual aquel criterio se desplaza a la puesta en peligro del bien jurídico, de manera que la responsabilidad se establece en función de la creación de un riesgo jurídicamente desvalorado por parte de la acción humana y que este se haya realizado en el resultado. En todo caso, el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 incorpora como tercer elemento de la responsabilidad fiscal el nexo causal entre el daño patrimonial al Estado y la conducta dolosa o culposa atribuible a la persona que realiza la gestión fiscal.

1.5. Consecuencias de la declaración de responsabilidad fiscal

1.5.1. Obligación de pago

La ejecutoria del acto administrativo que declara la obligación de pago a favor del Estado de la suma de dinero equivalente al detrimento ocasionado por el servidor público o particular habilitado para el manejo de los bienes y recursos públicos en ejercicio o con ocasión de una gestión fiscal ilegal o indebida, produce una consecuencia inicial que se limita a la realización del pago.

Por razón del carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal, si el pago se produce, se satisface el objeto de la misma y por lo tanto, cesa cualquier otro efecto que pudiera derivarse de su declaración, sin perjuicio de que el responsabilizado que haya realizado el pago promueva una acción judicial con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto que la declaró.

1.5.2. Impugnabilidad judicial del fallo

De acuerdo con la propia Ley 610 de 2000, el único acto impugnabile ante la jurisdicción es el que declara en forma definitiva la responsabilidad fiscal, impugnabilidad que al no comprender los actos preparatorios o de trámite, no implica, en criterio de la Corte Constitucional (2001 a), que el juez administrativo no pueda examinar la legalidad de toda la actuación administrativa que derivó en la expedición del fallo demandado y cuya legalidad también depende de la validez jurídica de la misma, pero para que ese examen sea viable por parte del juez administrativo, es menester que el proceso de responsabilidad fiscal haya terminado, máxime si se tiene en cuenta que en su trámite pueden corregirse las irregularidades que se presenten, por medio de las nulidades.

1.5.3. Orden de declarar la caducidad del contrato estatal

Ahora bien, cuando la declaración de responsabilidad fiscal recaiga sobre un contratista, respecto de un contrato que aún no haya sido terminado y que no se encuentre liquidado, en el mismo fallo se debe solicitar a la entidad contratante que decrete la caducidad del contrato estatal, lo cual implica que es posible la derivación de responsabilidad fiscal en relación con los contratos estatales, aunque los mismos no se hayan ejecutado en su integridad.

Esta eventualidad surge de la competencia que tienen las contralorías para ejercer control fiscal sobre contratos estatales en ejecución, en la medida en que, como lo señala la Corte Constitucional (2002), “el control fiscal puede ejercerse en dos momentos distintos: una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, para vigilar la gestión fiscal de la administración y el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal, o una vez liquidados o terminados los contratos, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”.

1.5.4. Efectos derivados del incumplimiento de la obligación de pago

El incumplimiento de la obligación de pago contenida en el fallo que declara la responsabilidad fiscal genera dos efectos jurídicos: el cobro coactivo de la obligación y la inclusión del nombre del responsable en el boletín de responsables fiscales.

El fallo con responsabilidad fiscal, junto con las pólizas de los garantes vinculados al proceso, conforma un título ejecutivo, cuyo cobro compete a la contraloría que lo expidió, mediante el trámite del proceso de cobro coactivo, cuya regulación se encuentra contenida en la Ley 42 de 1993 y cuyos controles de validez jurídica corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El boletín de responsables fiscales es una publicación que actualiza en línea la Contraloría General de la República con los nombres de las personas naturales y jurídicas que deben incluirse por reportes de las contralorías territoriales, la Auditoría General de la República y la propia CGR por no haber pagado las responsabilidades fiscales establecidas en contra suya.

Para la Corte Constitucional (2005), el reporte en el boletín de responsables fiscales no vulnera el derecho fundamental de *habeas data* porque la introducción de la información sobre la existencia de la obligación patrimonial a cargo, por sí misma, no implica la vulneración de ningún derecho fundamental, en tanto es simplemente el resultado de una información cierta, veraz y pública que se acopia y almacena en entidades públicas para preservar la integridad del patrimonio público y para evitar que personas declaradas fiscalmente responsables continúen causando detrimento al erario.

La consecuencia de la inclusión del nombre de una persona en el boletín es la generación de una inhabilidad para poder ser nombrado o tomar posesión de un cargo público o para contratar con el Estado, la cual permanece hasta su exclusión. Esta última opera por la realización del pago, por la anulación o suspensión judicial del fallo, por la revocación del acto administrativo por parte de la autoridad que lo expidió, por la pérdida de fuerza ejecutoria del fallo o por el transcurso del tiempo.

En relación con esta última causal, la Ley 734 de 2002 regula los plazos máximos de permanencia en el boletín, a saber, 5 años y 3 meses si la cuantía del fallo fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes; 6 años, cuando fuere de más 10 sin exceder de 50; 7 años, cuando fuere de superior a 50 sin exceder de 100 y 10 años cuando la cuantía al momento de la declaración del fallo fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL: ESPECIAL ATENCIÓN A SU EFICACIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN²

Antes de la expedición de la Ley 610 de 2000, el entonces Contralor General de la República manifestaba en la exposición de motivos a un proyecto de ley, que enmendaba la Ley 42 de 1993, que el panorama de entonces se caracterizaba por el gran atraso y lentitud en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que redundaba en la ineficiencia del aparato de control fiscal, privaba al Estado de la utilización óptima de sus recursos, al no ser estos vigilados eficientemente, y fomentaba de paso la corrupción, el desgreño administrativo y la impunidad.

Con la regulación sobre la responsabilidad fiscal introducida mediante la Ley 610 de 2000, se pretendía que tanto las contralorías como los gestores fiscales contaran con unas reglas de juego claras sobre la materia, al determinarse con precisión las facultades y los deberes de aquellas, así como las obligaciones y las garantías de estos. Se buscaba así, facilitar el ejercicio de esta atribución constitucional de los organismos de control fiscal, y contribuir al logro del propósito

² El presente apartado está basado en dos artículos del autor, cuyas referencias se encuentran en la bibliografía. El primero se ocupa de examinar el cumplimiento de las condiciones básicas para el ejercicio del control fiscal en Colombia (Restrepo, 2006) y en el segundo se realiza un diagnóstico de la calidad y causalidad de la baja calidad de los hallazgos de auditoría de las contralorías territoriales en Colombia (Restrepo, 2018).

de su función, cual es la preservación de la integridad del patrimonio público.

Casi dos décadas después de la expedición y aplicación del referido estatuto, precisado en sus alcances por la jurisprudencia constitucional en la forma en que ha sido expuesto, resulta pertinente efectuar un balance acerca de las disfuncionalidades que presenta el régimen contenido en la Ley 610 de 2000 para lograr el efecto pretendido con su expedición, pues si bien es cierto que dicha normatividad supera los problemas de garantía y protección de los derechos de los implicados, no ha logrado la eficiencia pretendida de ser un mecanismo adecuado de protección del erario.

Al margen de cuestiones puramente procedimentales, que siempre serán susceptibles de ser corregidas, la ineffectividad de la responsabilidad fiscal y por ende su baja incidencia como mecanismo en la lucha contra la corrupción, obedece más a factores estructurales del diseño y la operación del sistema de control fiscal colombiano, que de no ser corregidas, así se intenten reformas legales puntuales a las reglas de trámite de los procesos, harán que el estado actual de cosas se mantenga y que la responsabilidad fiscal no sea un instrumento propicio para prevenir y reprimir la corrupción.

De acuerdo con lo anterior, puede comenzar por señalarse que el diseño constitucional colombiano en esta materia no es el más favorecedor, en la medida en que la configuración híbrida de su sistema de control fiscal determina que las contralorías decidan sobre responsabilidades de los gestores fiscales, a través de procedimientos administrativos montados sobre estructuras procesales judiciales, cuyas decisiones están sometidas en todo caso a la revisión de su validez jurídica por parte de la rama judicial.

Mientras no se revalúe ese diseño constitucional, será muy difícil lograr la efectividad de los mecanismos de responsabilidad. Alcanzarla desde lo normativo supondría una reforma constitucional que de una vez por todas se decida por uno de los dos modelos clásicos de control: tribunales de cuentas con atribuciones jurisdiccionales para que decidan con carácter de cosa juzgada las responsabilidades de los gestores fiscales, o auditoría sin atribuciones de establecer responsabilidades que traslade a los jueces su establecimiento.

En la medida en que este modelo híbrido constituye una dificultad para lograr la efectividad de los mecanismos de responsabilidad, cualquier retoque que se haga a la estructura del proceso de responsabilidad fiscal, como se pretendió con las modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011, mientras no sea resuelto el sincretismo constitucional del modelo de control no se resolverá de fondo el problema, y por el contrario se limitará a crear expectativas que en la práctica serán de muy difícil concreción.

Por ello, dada la reticencia política que ha tenido el restablecimiento de la figura del tribunal de cuentas, que existió en Colombia hasta que en 1923 se creó la Contraloría General de la República, tendría más probabilidades de ser aprobada una reforma en el segundo de los sentidos propuesto, pues no implicaría la creación de nuevas entidades ni la transformación de las ya existentes, sino una redistribución de competencias entre ellas.

Así, las contralorías, con base en los resultados de las auditorías, actuarían como demandantes en procesos judiciales del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual se le confiaría el juzgamiento y la decisión de la responsabilidad patrimonial de los gestores fiscales demandados, como ya sucede en la actualidad frente al ejercicio de la acción de repetición por parte de las entidades afectadas con el pago de indemnizaciones originadas en actuaciones de sus agentes.

Ahora bien, aún dentro del modelo de control fiscal vigente, el cumplimiento de la finalidad pretendida con la responsabilidad fiscal demanda unas condiciones normativas para su ejercicio, referidas a las garantías de independencia del órgano de fiscalización y al ejercicio técnico de la función controladora, sin las cuales se hace mucho más difícil la detección oportuna de las afectaciones al erario y su posterior investigación y orden de resarcimiento.

La existencia de un control fiscal eficaz y eficiente está determinada por la observancia de las garantías de independencia para el ejercicio de la función por parte de los órganos encargados de su cumplimiento. Tales garantías tienen que ver con el reconocimiento jurídico de su existencia, el proceso de selección de los titulares de los organismos de fiscalización y los requisitos de idoneidad requeridos para su esco-

gencia, y la autonomía funcional de las contralorías, definida principalmente por su independencia presupuestal.

En Colombia, la primera garantía de independencia expuesta tiene un alto grado de cumplimiento, en la medida en que tanto la función fiscalizadora como los órganos encargados de la misma ostentan rango constitucional. Sin embargo, la ley que regula su estructura y funciones no se encuadra como una materia especial, porque no tiene la exigencia de ser orgánica o estatutaria, lo cual hace que su marco normativo tienda a ser menos estable.

La segunda manifestación de estas garantías se pone de presente con las reglas para la elección de los titulares de los organismos de control, las cuales fueron redefinidas por el Acto Legislativo 2 de 2015, que modificó el régimen constitucional al respecto, estableciendo que la elección del Contralor General de la República corresponde al Congreso en pleno de entre una lista de elegibles conformada por convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. De manera similar, se establece la elección de los contralores de las entidades territoriales por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales.

De acuerdo con la Ley 1904 de 2018, para hacer parte de la lista de elegibles se requiere cumplir con los requisitos definidos por el texto originario de la Constitución para ser Contralor, consistentes en ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía, ser mayor de 35 años, tener título universitario o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años.

Además de los requisitos mínimos, el aspirante a Contralor General de la República deberá acreditar todas las calidades adicionales, logros académicos y laborales que demuestren el mayor mérito para el desempeño del cargo, en función de la ponderación que se asigne a estos factores en la convocatoria, cuya valoración, sumada al resultado de la prueba de conocimientos, la cual debe estar enfocada en temáticas que giren en torno a gerencia pública, control fiscal, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y relaciones del ente de control con la administración pública, con el

peso que también se le asigne en la convocatoria, determina la conformación de una lista de elegibles.

La lista de elegibles debe integrarse con al menos los 20 primeros calificados en el proceso de selección realizado por parte de una universidad pública o privada con registro de alta acreditación, que haya sido contratada por el Congreso para el efecto. Una comisión interparlamentaria, luego de realizar entrevistas a los preseleccionados y una audiencia pública, presentará una lista integrada por 10 de los preseleccionados, de quienes el Congreso elegirá por mayoría absoluta, que, de no lograrse en la primera votación, se constreñirá a los dos candidatos más votados en la primera votación.

Como se advierte, los requisitos constitucionales para el desempeño de los cargos no garantizan la idoneidad técnica que los mismos requieren; la regulación legal de la convocatoria, contenida en la Ley 1904, hace posible la conformación de una lista de candidatos elegibles a partir de la valoración de los méritos de los aspirantes, subsanando la deficiencia constitucional, pero una base de 20 preseleccionados parece demasiado numerosa para garantizar que el principal criterio para la elección sea el de mérito. Al respecto, la norma habría podido tomar la misma base de elección de los magistrados de las Cortes de una lista de 10 candidatos, de la cual la comisión interparlamentaria hiciera un filtro y llegar a la plenaria con una terna, como se hace para la elección del Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

En correspondencia con esta segunda garantía de independencia se destaca el establecimiento de período fijo e inamovilidad de los titulares de estos organismos de control. Empero, atenta contra ella la coincidencia de los períodos de los contralores con los de las autoridades de elección popular por la incidencia que en la designación pueden tener los mandatarios recién elegidos, como lo muestra la experiencia en el orden nacional y especialmente en el territorial.

Ahora bien, es evidente que la independencia funcional de las contralorías no solamente atañe a sus titulares sino a todos sus funcionarios, por lo cual, para garantizarla, es menester que se aplique el régimen especial de carrera que la normatividad colombiana contempla para ellos, pero que solamente se ha puesto en práctica consis-

tentamente en la Contraloría General de la República, pero no en las contralorías territoriales, en las cuales, con contadas excepciones, ha imperado la designación provisional a falta de concursos públicos de méritos en los cargos que deberían ser provistos por los mecanismos propios de la carrera.

Frente a la existencia institucional de elementos jurídicos que amparan las dos primeras garantías de independencia, la tercera de ellas, consistente en la autonomía funcional frente a la administración, ha resultado en la práctica bastante afectada, pues si bien los órganos fiscalizadores, con base en las competencias constitucionales y legales, definen el alcance de la fiscalización y los procedimientos para acceder a los documentos y a las oficinas de los entes vigilados, esa atribución no se ha visto acompañada de un procedimiento garantista y respetuoso del principio de legalidad frente a su entorpecimiento o desconocimiento por parte de las entidades vigiladas.

Además, la concreción de esta tercera garantía de independencia se da cuando la entidad fiscalizadora puede presentar su propio proyecto de presupuesto a la corporación de elección popular encargada de aprobarlo, o al menos entregarlo a la administración para que esta lo incorpore sin modificaciones al proyecto de presupuesto general.

Sin duda, esta ha sido, sobre todo en el nivel territorial, la mayor dificultad para garantizar la independencia de los órganos fiscalizadores, vistas las disposiciones legales establecidas para limitar la asignación de recursos a dichas entidades, así como restringir el incremento en sus apropiaciones de una vigencia a otra, lo cual les impide contar con los recursos requeridos para su modernización tecnológica.

Adicionalmente, por la estructura normativa en materia presupuestal, la programación de la ejecución del presupuesto y la situación de los recursos correlativos depende de la aquiescencia de las autoridades de hacienda en cada nivel, lo que sin duda representa un elemento que distorsiona la necesaria independencia requerida para efectuar la fiscalización.

Así pues, a partir del marco constitucional vigente, que establece un piso mínimo para garantizar la independencia en el ejercicio de la función de vigilancia de la gestión fiscal, se imponen algunas modificaciones a su desarrollo legal que permitan afianzar la idoneidad técnica de los contralores, asegurando por esta vía la despolitización

de sus designaciones, así como una modificación al régimen legal de conformación y ejecución del presupuesto de las contralorías.

Por último, también es necesario calificar el ejercicio de la función fiscalizadora, pues si bien constitucionalmente se reconoce a los servidores de la misma como de Carrera Administrativa Especial, su existencia no ha sido aprovechada para introducir como requisito previo a su ingreso, o como condición de promoción dentro de la misma para quien no lo haya acreditado al momento de su incorporación, el de formación específica en auditoría gubernamental, ya sea que se ofrezca por las escuelas de capacitación de las propias contralorías o a través de programas que con esos contenidos impartan las instituciones de educación superior. Esa carencia se ve reflejada en la baja calidad de los hallazgos de auditoría (Restrepo, 2018), que luego se traduce en la alta proporción de actuaciones fiscales para el establecimiento de responsabilidades patrimoniales que son archivadas porque el daño al patrimonio público no fue bien configurado ni determinado en el proceso auditor.

Por esta razón, aparte del establecimiento de esa exigencia, es necesario al propio tiempo estructurar un programa permanente de capacitación especializada, que tenga como finalidad desarrollar y evaluar las habilidades y competencias requeridas para realizar la planeación y ejecución de las auditorías y la elaboración de los informes, con énfasis en la estructuración y validación de los hallazgos, a la vez que resulta conveniente que las auditorías de control interno que realizan las contralorías y las que lleva a cabo la Auditoría General de la República como entidad de vigilancia de la gestión de estas últimas, establezcan como una de sus líneas la verificación de la calidad de los hallazgos, mediante la comprobación de su configuración técnica.

Adicionalmente y en la medida en que a los hallazgos se les atribuyan incidencias de carácter penal, con el fin de hacer realidad el principio constitucional de colaboración armónica entre las entidades públicas, es conveniente que los servidores públicos de las contralorías que tienen competencias como autoridades de policía judicial, sean capacitados en el manejo de las evidencias materiales, para que su recolección, embalaje, transporte y almacenamiento observe los protocolos de la cadena de custodia y, al ser trasladadas como soporte de los informes de autoría remitidos a la Fiscalía General de la Na-

ción, puedan ser aducidas y admitidas como pruebas en los procesos penales.

Como telón de fondo de estas reflexiones se plantea la cuestión de la eficacia del mecanismo de la responsabilidad fiscal en la lucha contra la corrupción dentro de un modelo de control de carácter posterior y selectivo, que, aún solucionando las disfunciones del diseño institucional antes referidas, solamente tiene la capacidad para buscar el resarcimiento que se haya ocasionado al patrimonio público, luego de detectarlo al realizar las auditorías, pero carece de herramientas para prevenir su afectación negativa.

En esa medida, la solución a los problemas que han sido expuestos, si bien contribuiría a crear unas condiciones básicas para mejorar la efectividad del instrumento resarcitorio del daño fiscal, no tendría la entidad suficiente de ser una herramienta capaz de prevenir la comisión de hechos ilícitos sobre el erario, más allá del mensaje disuasorio sobre los gestores fiscales de una más alta probabilidad de ser declarados responsables patrimonialmente por la realización de tales conductas, y de que estas, al ser puestas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, den lugar al adelantamiento de investigaciones y enjuiciamientos penales efectivos, siempre que, como ya se indicó, los funcionarios de las contralorías con competencias como autoridad de policía judicial reciban una capacitación adecuada en el manejo de las evidencias materiales de los hallazgos de auditoría que luego puedan servir para sustentar probatoriamente las actuaciones del órgano acusatorio.

Por ello, y para el momento de la elaboración de esta contribución, se encontraba en trámite un proyecto de reforma constitucional para establecer en el ordenamiento jurídico nacional, además del control posterior y selectivo, el control concomitante y preventivo, de manera que las contralorías puedan, en tiempo real, detectar operaciones sospechosas de potencial afectación negativa del erario, y generar una alerta al gestor fiscal para evitar su consumación, sin que ello constituya una sustitución de la decisión que en todo caso corresponde tomar a este último.

Esta función preventiva, de ser aprobada, tendría que ser desarrollada legalmente, con el fin de evitar su uso abusivo y que no se convierta en una herramienta de persecución política o de entorpecimien-

to de la gestión, que implique un retorno al modelo del control previo, existente en Colombia hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y que tan funestos resultados tuvo, por lo cual, precisamente, se abandonó y se optó por el control posterior y selectivo.

REFERENCIAS

Doctrina

- Amaya, U. (1996). Fundamentos constitucionales del control fiscal. Bogotá, Umbral Ediciones.
- Mazo, H. A. (1996). Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia. Medellín, Contraloría General de Antioquia.
- Restrepo, M. A. (2001). Responsabilidad Fiscal. Revista Estudios Socio Jurídicos, Bogotá, Volumen 3, Número 2, 75-95.
- Restrepo, M. A. (2006). Cumplimiento de las condiciones básicas para el ejercicio del control fiscal en Colombia. Revista Estudios de Derecho, Medellín, vol. LXIII, número 142, pp. 136-150.
- Restrepo-Medina, M. A. (2018). Calidad de los hallazgos de auditoría. Análisis de caso de las contralorías territoriales de Colombia. Innovar, 28 (70), 115-128. DOI: 10.15446/innovar.v28n70.74452.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de octubre 3 de 1995, ponente Javier Henao Hidrón, radicación 732.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de julio 29 de 1996, ponente Roberto Suárez Franco, radicación 846.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de diciembre 19 de 1996, ponente César Hoyos Salazar, radicación 941.
- Consejo de Estado. Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Marzo 7 de 1991, ponente Miguel González Rodríguez, expediente 820.
- Corte Constitucional. Sentencia C-167/95 de abril 20 de 1995, ponente Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-620/96 de noviembre 13 de 1996, ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. Sentencia C-557/01 de mayo 31 de 2001, ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-840/01 de agosto 9 de 2001, ponente Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-619/02 de agosto 8 de 2002, ponentes Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-648/02 de agosto 13 de 2002, ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-131/03 de Febrero 18 de 2003, ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-877/05 de agosto 23 de 2005, ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-340/07 de mayo 9 de 2007, ponente Rodrigo Escobar Gil.

Informes

Contraloría General de la República. Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República. Control fiscal eficaz para una mejor gestión pública 2017-2018. Compendio y Síntesis Temas Estratégicos 2014-2018, [disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1136923/INFORME+CGR+2017-2018+Y+SINT+2014-2018+rev2307.pdf/96bd8a92-3f9d-478e-89d9-87481b5395c4?version=1.0>]

Capítulo XIV
**A JUSTIÇA MILITAR NO COMBATE À
CORRUPÇÃO POLICIAL NO BRASIL**

Paulo Adib Casseb

INTRODUÇÃO

O presente estudo parte da análise da corrupção como um fenômeno global e histórico, multissecular, sempre identificado ao longo da história da humanidade, o que, de pronto, faz emergir a conclusão de que os estudos que enfocam tal fenômeno devem preocupar-se com a análise de mecanismos e de propostas de controle e redução da corrupção.

Imbuído desse objetivo, segue-se para o exame da corrupção relacionada à atividade policial, flanco corruptivo bastante alarmante, haja vista que envolve justamente o segmento profissional encarregado da manutenção da ordem e do combate ao crime.

Constituindo fenômeno universal, a corrupção policial (vertente da corrupção pública) é detectada mundialmente em cenários muito semelhantes e concretizada a partir de meios e formas de agir igualmente parecidas, nos vários continentes. Essa uniformidade de características da corrupção mundial permitiu à doutrina a preparação de classificações das condutas corruptivas praticadas por policiais, cuja principais catalogações são registradas neste texto.

Após a análise geral e universal da corrupção policial, toma-se por base deste estudo o caso brasileiro, mas canalizando a pesquisa apenas para um dos segmentos do sistema de segurança pública no Brasil, que é a polícia militar, encarregada do exercício do policiamento ostensivo. Em razão da organização constitucional da segurança pública, bastante complexa, contemplando ações e normatizações nessa área concernentes às três esferas da Federação, quais sejam, União Federal, Estados-membros e Municípios, a polícia militar constitui atividade de segurança desenvolvida pelos Estados-membros da Fe-

deração, por isso sujeitam-se ao controle do Poder Judiciário estadual e não federal.

Na sequência, estreitando o objeto de estudo deste trabalho, examina-se a Justiça Militar brasileira que, diferentemente do que ocorre em muitos países, constitui ramo do Poder Judiciário e não do Poder Executivo. Esse estudo não se apresenta muito simples, haja vista que a forma federativa de Estado também provocou repercussão na organização da Justiça Militar, com a divisão em dois segmentos bem diferentes e sem conexão processual entre eles, ou seja, a Justiça Militar da União, competente para julgar membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) em matéria penal, bem como a Justiça Militar Estadual (vinculada aos Estados-membros da Federação), competente para julgar policiais militares e membros dos corpos de bombeiros militares, em matéria penal e disciplinar.

Após rápida abordagem geral e conceitual da Justiça Militar, com esclarecimentos acerca de sua estrutura, composição e competência, passa-se ao exame da atuação da Justiça Militar do Estado de São Paulo, mediante estudo de suas estatísticas, dos crimes mais julgados e dos resultados dos seus julgamentos.

1. O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO-ONTEM, HOJE E AMANHÃ

O fenômeno da corrupção sempre acompanhou a história da humanidade e dificilmente será extirpada, de modo que o presente trabalho enfocará aquilo que é possível esperar, nessa seara, ou seja, o aprimoramento da atividade estatal de controle da corrupção, mais especificamente da corrupção policial, tomando por base o cenário brasileiro. Obviamente a corrupção pública, de agentes estatais, avulta-se muito mais gravosa do que a privada e ambas sempre existiram e existirão. Interessante notar o texto a seguir transcrito, que expressa com maestria um cenário típico de corrupção no âmbito político:

O ladrão que furta para comer, não vai, nem leva ao inferno; os que não só vão, mas levam, de que eu trato, são outros ladrões, de maior calibre e de mais alta esfera. [...] os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os

quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam (Vieira, s.a., p. 59).

Revela-se extremamente atual o referido texto, o que levará o leitor à conclusão de que, certamente, é um descritivo do momento político brasileiro contemporâneo, alimentado de contundentes e intermináveis episódios de corrupção no setor público, desencadeando diversas investigações de grande repercussão nacional e internacional. Apesar da atualidade das linhas transcritas, a aludida narrativa remonta há séculos atrás. Na verdade, o texto selecionado para inaugurar o presente trabalho foi redigido no século XVII, pelo Padre Antônio Vieira, conhecido e letrado clérigo nascido em Lisboa em 1608 e que faleceu no Brasil, em Salvador, em 1697, após ter vivido dois períodos de sua existência na colônia de Portugal. Na sua obra mais renomada, *Sermões*, escreveu o trecho acima destacado. Embora tenha se referido ao panorama político do século XVII, sua visão do *modus operandi* político de sua época avulta-se absolutamente atual. A narrativa do Padre Vieira parece transcender o tempo, de modo que pode ser utilizada, com nítida precisão, para descrever os acontecimentos políticos nefastos que, em pleno século XXI, afligem não apenas o Brasil, mas inúmeros países afetados por episódios de corrupção do poder público.

A atualidade do texto redigido no século XVII ilustra um dos dramas que sempre afligiram a humanidade¹: a corrupção. Termo que deriva do latim *corruptio*, significa deterioração, decomposição física. Inicialmente empregou-se o vocábulo para designar a deterioração orgânica de algo, mas passou a assumir também o sentido de degradação de valores e hábitos, bem como o ato e efeito de subornar, o

¹ Ary Ferreira da Cunha (2015) relata que “a corrupção é um fenômeno transversal, frequente e antigo (Alatas, 1990) —primeiros subornos documentados remontariam a 3.000 a. C. (Noonan, 1987: xx). Os antropólogos explicam que as práticas de reciprocidade são antigas e eficientes entre os homens: quem aceita um presente fica obrigado perante quem oferece. Não será pois por acaso que, em certas jurisdições, a corrupção foi —e em certos casos ainda é— tolerada ou mesmo ignorada”. (p. 57).

emprego de meios ilegais para a obtenção de benefícios nos setores público e privado.

Ciente de que inexistia consenso em torno do conceito de corrupção, Ary Ferreira da Cunha (2015) procura defini-la:

[c]omo uso abusivo, por parte de um agente público ou privado, de recurso, poder ou posição inerente às suas funções, mediante a prática de qualquer ato ou omissão que implique a violação dos deveres com que foi investido, com o objetivo de conferir, ampliar ou antecipar uma qualquer vantagem; ou evitar, reduzir ou diferir uma desvantagem para si, para outro, e/ou para grupos de indivíduos ligados por laços de interesse comum (p. 72).

Prossegue o autor sublinhando que o fenômeno da corrupção surge do auto-interesse. Alguns chamariam a isto egoísmo —até mesmo ganância ou avareza— mas no fundo todos nós procuramos tomar decisões que melhorem a nossa condição e satisfação as nossas necessidades, ou seja, todos procuramos a maximização das utilidades (Rose-Ackerman, 2006: 2; Cunha, 2015, p. 91).

É fato que a corrupção é tão antiga quanto a história da humanidade, assim como também é incontestável que no curso dos séculos houve períodos de maior e de menor intensidade das práticas de corrupção. Thomas Hobbes (s.a.) considerava o próprio ser humano como a causa do mal agir, definindo-o como um ser mau, odioso, violento e corrupto, o que gerou a necessidade de um pacto social para a criação da sociedade, a fim de que todos vivessem pautados por normas de convivência. Por outro lado, Jean Jacques Rousseau (2001) enxergava bondade na natureza humana, no “bom selvagem”, como definia o indivíduo antes da vida social, tendo sido a sociedade que o corrompeu.

Para o cristianismo, o ser humano, desde o “pecado original” de Eva, possui tendências boas e ruins, podendo desenvolver ao longo da vida suas virtudes e seus defeitos, inclusive, mais intensamente uns do que outros. De todo modo, a priorização ou não de valores morais, éticos, religiosos ou de bom proceder, em cada momento histórico, explica a variação de graus das práticas de corrupção. Isso pode propiciar cenários de corrupção sistêmica e endêmica, com a corrosão total de sistemas políticos, como parece ocorrer no momento atual em certos países, como o Brasil.

Por vezes, chega-se ao ponto de se tolerar a corrupção se agentes corruptos adotaram medidas interpretadas como favoráveis ao bem-estar social. É o que revela o estudo realizado em Portugal, citado por Ary Ferreira da Cunha (2015): “No inquérito Corrupção e Ética em Democracia: O Caso de Portugal, realizado em 2006, verificou-se que 63,6% dos portugueses toleram a corrupção desde que essa produza efeitos benéficos para a população em geral”. (p. 71).

Esta verdadeira indiferença social diante dos casos reiterados de corrupção no setor público é própria, conforme anteriormente mencionado, de períodos históricos de debacle de valores, acompanhado de exacerbação de individualismo e egoísmo, de tal maneira que as mesmas práticas corruptas são detectadas com igual intensidade nas relações puramente particulares, não estatais. Esta é uma assertiva com base científica, pois como será examinado adiante, com suporte em dados concretos do Estado de São Paulo, no plano da corrupção policial, a ação criminosa se implementa não apenas pelo temor dos cidadãos abordados por agentes estatais, mas também porque muitas vezes os policiais encontram nos particulares campo propício para a solicitação ou exigência de vantagens indevidas.

2. POLÍCIA E CORRUPÇÃO

Presente, historicamente, em todos os campos da vida humana, nos setores público e privado, a corrupção também atormenta a atividade policial do Estado mundialmente, como se depreende de trabalhos doutrinários sobre o tema (V. PUNCH, 2011)².

Estudos especializados na área ora examinada indicam características comuns, em vários países, das ações ilegais de policiais no campo da corrupção (V. PUNCH, 2011; PRENZLER, 2009; GILBERT & GILBERT, 2016; WILLEMIN, 2009), sendo rotineiros os casos de obtenção de vantagens indevidas para deixarem de cumprir seus deveres, normalmente relacionados a não autuação de infrações rodoviárias, de trânsito, ambientais, favorecimento ao funcionamento

² Nesta obra o autor discorre sobre corrupção policial nos Estados Unidos da América, no Reino Unido e na Holanda.

de casas de jogos ilegais e prostituição, entre outras condutas desse gênero, conforme será demonstrado no decorrer deste texto.

A reiteração das práticas policiais corruptivas permitiu à doutrina o desenvolvimento de tipologias da corrupção policial. Prenzler (2009) apresenta tipologia que consagra seis modalidades de corrupção policial:

- i) Corrupção clássica (*graft* ou *classic corruption*): é o emprego do cargo, deixando de cumprir os deveres policiais, para a obtenção de benefícios pessoais. Por vezes surge verdadeira rede de proteção policial a atividades ilícitas, mediante pagamento de propina, como para não atrapalhar o funcionamento de bordéis e casas de jogos ilegais, bem como para não apreender drogas nem autuar motorista em excesso de velocidade. Igualmente integram esta primeira modalidade a alteração da cena do crime, venda de informações sigilosas e, até mesmo, a obtenção de pequenos presentes ou cortesias, ou seja, a denominada *petty corruption* (pequena corrupção), que pode ser algo de valor reduzido, mas que gera uma expectativa de um tratamento favorável destinado ao responsável pelas gratuidades ou presentes ofertados;
- ii) Processo de corrupção (*process corruption*): envolve adulteração ou fabricação de provas comprometendo o curso regular da busca por justiça, o que abrange também casos de policiais que faltam com a verdade em depoimentos e que coagem suspeitos a confessarem;
- iii) Emprego excessivo de força (*excessive force* ou *brutality*): corresponde aos típicos atos de uso excessivo da força, redundando em grave agressão, além de tortura e homicídio. Esta modalidade compreende também abusos verbais, intimidação e ameaças de violência;
- iv) Condutas não profissionais ou impróprias (*unprofessional conduct* ou *miscellaneous misconduct*): em geral são infrações administrativas ou transgressões disciplinares, tais como falta de civilidade, discriminação, inércia, preguiça, uso indevido de informações confidenciais, recusa de cooperação com outros órgãos públicos e negligenciar com vítimas de crimes ou na guarda de presos. Pode-se classificar nesta modalidade posturas de

favorecimento, em investigações e processos, a amigos e parentes, bem como de perseguição a eventuais inimigos, incluindo-se partidos políticos, organizações e grupos sociais;

- v) Corrupção interna ou desvirtuamentos no local de trabalho (*internal corruption* ou *workplace deviance*): compreende assédio a funcionários da corporação policial e discriminação ou favorecimento para fins de promoção na carreira.
- vi) Condutas impróprias fora de serviço (*unbecoming* ou *unprofessional conduct off duty*): refere-se a prática de crimes e comportamento impróprio cometidos fora de serviço, mas com reflexos negativos para a corporação policial, como por exemplo dirigir embriagado e praticar abusos verbais.

Outras interessantes tipologias de corrupção policial despontam na doutrina, merecendo destaque, outrossim, a exposta por Punch (2011), para quem é possível visualizar os seguintes comportamentos policiais relacionados a práticas corruptivas:

- i) *Uniform carriers* (portadores de uniforme): compreende os casos de pessoas que se tornam policiais para terem um instrumento de ação para obter favorecimentos e não por vocação. Desse modo, tais policiais caracterizam-se pela falta de dedicação e esforço, ou seja, evitam trabalhar muito e desviam-se de missões difíceis, de grande complexidade. Evitam-se, outrossim, socializar-se, mas raramente participam de infrações de grande porte. Não parecem autênticos policiais, mas meros “portadores de uniforme”, o que explica o modo como são conhecidos pelos ingleses os policiais que assim agem;
- ii) *Mister average*: Punch assim denominou os policiais, como os que se deparou durante sua pesquisa em Amsterdã, que até realizam suas atividades de forma satisfatória, mas “fazem média” (o que explica a denominação “*mister average*”), ao mesmo tempo, com os que buscam propinas;
- iii) *Dirty Harrys*: a denominação é uma alusão a célebre filme norte-americano de 1971, *Dirty Harry*, protagonizado por Clint Eastwood, no papel de detetive. Refere-se a policiais que utilizam métodos não ortodoxos para o cumprimento de suas tarefas policiais, como a obtenção de confissões mediante violência;

- iv) *Noble causers* (causas nobres): em pesquisa com a polícia da Inglaterra, Punch identificou policiais que aderem a práticas ilegais (*dirty hands*) como mecanismo de atingimento do interesse público. Envolve policiais que acreditam que os fins justificam os meios, ou seja, que certas práticas ilegais (como cobrança de propinas) são admissíveis se visarem a inibição de crimes;
- v) *Innovators e number crunchers* (inovadores e trituradores de números): abrange policiais que não praticam condutas corruptas externamente, na atividade de policiamento, mas adulteram números e relatórios para melhorarem seus desempenhos, visando a progressão na carreira;
- vi) *Crusaders* (cruzados): correspondem aos policiais que demonstram verdadeira obsessão pelo combate ao crime, quase de forma patológica, o que acaba por gerar desvios da legalidade no anseio de combater o crime acima de tudo;
- vii) *Ideological combatants* (combatentes ideológicos): reflete ação policial imbuída de proteger certos valores políticos ou religiosos, por exemplo, fazendo com que o combate ao crime tenha por fim sufocar determinados grupos, por razões ideológicas ou de preferência política ou religiosa;
- ix) *Lone wolf* (lobo solitário): tomado por incontida obsessão de solucionar por conta própria certo crime, um policial, desenfreadamente, começa a utilizar-se de práticas ilícitas para desvendar transgressões e prender criminosos. Na realidade, a serviço de sua obsessão, pratica inúmeros crimes com o propósito de extirpar outros;
- x) *Cowboys*: São os policiais indisciplinados, que dirigem acima da velocidade, recalcitrantes no cumprimento de normas e instruções, tratam superiores com desdém e constantemente dirigem-se de forma jocosa aos colegas de trabalho.

A classificação mencionada foi desenhada por Punch (2011) a partir de pesquisa empírica por ele desenvolvida, sobretudo, junto às polícias da Inglaterra e da Holanda (Amsterdã e Roderdã). O mesmo autor aponta outra classificação, de Barker e Roebuck, segundo a qual pode-se relacionar oito modalidades de corrupção policial: (i) corrupção da autoridade: recebimento de presentes, refeições e bebidas, serviços e diversas outras cortesias; (ii) *kickbacks*: ganhos por

prestarem serviços, paralelamente à função policial, a empresas privadas; c) *opportunistic theft* (ladrões de ocasião): policiais que subtraem bens de presos, de vítimas de crimes e de acidentes, bens encontrados em corpos de falecidos, em cenas de crimes e, até mesmo, de colegas de trabalho; (iv) *shakedowns*: ganhos para o não cumprimento de um dever, como deixar de promover prisões, autuações, bem como não denunciar colegas corruptos; (v) proteção a atividades ilegais: tipicamente, casas de prostituição, de tráfico de drogas, jogos de azar e bares ilícitos; (vi) adulterações: prejudicar investigações e processos, eliminação de provas e evidências, adulterar ou cancelar multas, entre outras práticas do mesmo gênero; (vii) *direct criminal activities*: abarca os casos de policiais que, rotineiramente, cometem crimes, em afronta direta às normas penais; e (viii) *internal pay-off*: são gratificações ou favores internos, dentro da própria corporação policial, para obtenção de benefícios, como datas de escalas, designação para missões mais tranquilas, dispensas em feriados, redução de horas de trabalho, facilitação para promoção e outras facilitações. O próprio Punch (2011) adiciona a esta tipologia a prática de inventar provas (“plantar” provas, segundo o jargão policial), para facilitar a ocorrência de condenações ou aplicação de penas mais extensas.

Na verdade, as causas da corrupção policial não são diversas das presentes nos demais segmentos da vida pública, como também privada, qual seja, a perda de valores. O que as diferencia é a oportunidade e o instrumento de trabalho das forças policiais, o armamento, que permite a esses agentes uma sensação de que terão sucesso no empreendimento criminoso, pela intimidação natural do cargo e de seu instrumento de trabalho. Daí a importância de se discutir os mecanismos de controle da atividade policial, como solução para redução da atividade criminosa nesse segmento profissional estatal.

No Brasil, como será analisado posteriormente, a atividade de policiamento ostensivo (patrulhamento das ruas, no combate ao crime) é desenvolvida por uma polícia de estrutura e organização militar, denominada polícia militar, cujos integrantes sujeitam-se à legislação específica. Várias das condutas expostas neste capítulo, descritas nas tipologias examinadas, constituem crimes militares, o que provoca maior rigor de controle e sanção em relação ao segmento policial que possui organização militar.

3. ESTRUTURA DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Em tópico específico (Capítulo III, do Título V), denominado “Da Segurança Pública”, integrante do título disciplinador da defesa do Estado e das Instituições Democráticas, mais precisamente, no seu art. 144, a Constituição apresenta toda a estrutura do sistema de segurança pública no país. A Constituição conferiu a todos os Entes da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) a incumbência de promover a efetividade do direito social à segurança pública.

No plano federal, a preservação da segurança pública é exercida pela Polícia Federal, cujo papel principal, em apertada síntese, traduz-se na apuração de infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da União; no exercício da função de polícia judiciária do Governo Central e na prevenção e repressão ao contrabando e ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Coube aos Estados-membros, dentro de seus limites territoriais, a garantia da segurança pública por meio da polícia civil (com atribuição de polícia judiciária, de investigação das infrações penais) e da polícia militar (com função de polícia judiciária especificamente para crimes militares e atividade de policiamento ostensivo, visando a assegurar a ordem pública e constitui, também, força auxiliar e reserva do Exército).

Esse o cenário constitucional da atuação da União e dos Estados no campo da segurança pública. Há que se indagar, então, sobre o papel municipal nesse contexto, uma vez que a segurança pública deve ser classificada como matéria de competência compartilhada entre todos os Entes da Federação. Aos Municípios restou o disposto no §8º, do art. 144, CR, que contempla a faculdade —não se trata de imposição constitucional— de implementação de guardas municipais com o escopo de promover a proteção aos bens, instalações e serviços dos Municípios.

É bem verdade que o art. 144, do Ordenamento Maior, não incluiu as guardas municipais entre os órgãos primariamente incumbidos da promoção da segurança pública, afinal no rol apresentado pelo dispositivo constitucional, de órgãos encarregados desse mister, constam a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária fe-

deral, a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar, sem qualquer menção a “forças municipais”.

Apenas no §8º, do art. 144, CR, abordou-se a possibilidade de criação da guarda municipal, comumente denominada de guarda civil municipal. Daí infere-se que, em razão da previsão desse organismo no capítulo da segurança pública, as guardas municipais atuam nesse campo, mas de forma secundária, ou, para ser mais preciso, com objetivo estreito, específico, determinado: a proteção de bens, serviços e instalações municipais. Sublinha Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994), que não compete a essa força atividades de polícia judiciária nem de policiamento ostensivo e sim a de policiamento administrativo da cidade. No mesmo sentido posicionou-se Álvaro Lazzarini (2003), repudiando o emprego das guardas municipais no policiamento ostensivo, asseverando que a tais forças não compete a promoção da proteção de pessoas, mas sim de escolas, hospitais, parques, creches, mercados e monumentos, colaborando, dessa forma, para com o sistema de segurança pública.

4. A JUSTIÇA MILITAR NA ORGANIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A organização do Judiciário brasileiro, disposta nos arts. 92 e seguintes da Constituição, tem dentre suas características o caráter nacional e duas formas de divisão de trabalho: (i) entre Justiça Federal e Justiça Estadual; e (ii) Justiça Comum e Justiça Especializada.

Reiteradas vezes o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3.367-DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17.3.2006) tem sublinhado o fato de que somente existe um único Poder Judiciário, dado seu caráter nacional, extraído do fato de que o federalismo brasileiro desenha-se em relação ao Judiciário de modo diverso que em relação aos demais Poderes. Como expressão da unidade e indivisibilidade do poder estatal soberano, a função jurisdicional também é uma e indivisível. Não existem, propriamente, “Justiças Estaduais” e “Justiça Federal”. Essas expressões justificam-se, apenas, em razão de uma repartição racional de trabalho de mesma natureza (jurisdicional) entre órgãos distintos de um único Poder, o Judiciário, assim como ocorre com a divisão entre Justiça Comum e Justiça Especializada.

Quanto à divisão entre Justiça Federal e Justiça Estadual, grosso modo, coube à esfera federal processar e julgar ações em que a União Federal (Governo Central), autarquias e empresas públicas federais, forem interessadas, como autoras ou réus, além de outras competências previstas no art. 109, CR. Portanto, ressalvado o restrito rol de matérias de competência da Justiça Federal, o restante cabe ao Judiciário dos Estados-membros da Federação. Esta é a primeira forma de repartição de trabalho entre órgãos do Poder Judiciário.

A outra maneira de repartição de trabalho entre os órgãos do judiciário corresponde à divisão entre Justiça comum e Justiça Especializada. A Constituição brasileira considerou fundamental a existência de três ramos especializados do Poder Judiciário, em razão da matéria, quais sejam, a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar, esta última merecedora de análise neste texto.

A atual Constituição, promulgada em 1988, consagrou as figuras da Justiça Militar da União e a dos Estados. A Justiça Militar da União (Federal), regulada pelos artigos 122 a 124 da CR, possui como jurisdicionados os militares federais (Marinha, Exército e Aeronáutica) e civis que cometam crimes militares. Possui, registre-se competência exclusivamente penal.

A Constituição brasileira também apresenta a disciplina da Justiça Militar nos Estados-membros da Federação, tendo como jurisdicionados os militares estaduais, ou seja, os membros das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, não cabendo a esse segmento judicial o julgamento de civis.

O art. 125, §3º, da CF, prevê a possibilidade (faculdade) de criação da Justiça Militar Estadual composta, em 1º grau, pelos Juízes de Direito e Conselhos de Justiça (colegiados formados por quatro Oficiais da polícia militar e presidido por um Juiz de Direito) e, em 2º grau, pelo Tribunal de Justiça (Justiça Comum) ou Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar ultrapassasse 20.000 integrantes.

Originariamente, a Justiça Militar Estadual, a exemplo da Federal, também possuía competência apenas criminal. Contudo, a Emenda à Constituição nº 45/2004 ampliou a competência da Justiça Militar Estadual, passando a abranger ações concernentes a atos disciplinares

(direito administrativo) e, conseqüentemente, pedidos de indenização por danos materiais e morais deles decorrentes (direito civil).

Na primeira instância, o Juiz de Direito atua singularmente para processar e julgar as ações disciplinares, vez que a denominada competência cível da Justiça Militar é exclusivamente exercida pelos magistrados togados (na primeira instância), cabendo a eles também os processos por crimes militares no caso de vítima civil, enquanto cumpre aos Conselhos de Justiça o julgamento dos demais crimes militares.

A 2ª instância na seara estadual, conforme já mencionado, será exercida pelo Tribunal de Justiça (Justiça Comum) ou pelo Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar superar 20.000 integrantes. Os Tribunais Militares Estaduais de 2ª instância possuem competências recursais e originárias. Entre estas últimas, destacam-se as que visam a perda de posto e da patente de oficiais e perda de graduação das praças, nos termos do §4º, do art. 125, CF.

Quanto aos oficiais, a Constituição da República estendeu a eles (art. 42, §1º) a disciplina contida no art. 142, §3º, VI e VII, relativa aos membros das Forças Armadas. Assim, os oficiais estaduais possuem também a garantia da vitaliciedade, pois só podem perder o posto e a patente mediante decisão judicial.

5. JUSTIÇA MILITAR E O COMBATE AOS CRIMES DE CORRUPÇÃO

O estudo comparado revela que as práticas corruptivas de policiais não diferem muito nos vários continentes. O roteiro de corrupção parece seguir uma mesma cartilha, seja em relação ao modo de agir dos policiais, seja quanto aos cenários fáticos em que ocorrem as práticas corruptivas.

Percebe-se, como será demonstrado adiante, roteiro mundialmente repetitivo de cenários propícios a ações criminosas de policiais, relacionadas à corrupção, como obtenção de vantagens indevidas, de cunho financeiro ou sob a forma de serviços e cortesias, para favorecer estabelecimentos ilegais, como casas de jogos e de prostituição, bem como obtenção de valores para deixarem de praticar ato de ofício.

Esses cenários criminosos remontam a priscas eras, de modo que, a título ilustrativo, vale lembrar a criação na França medieval da polícia dos costumes, que visava a repressão a atividades de prostituição. Willemin (2009) descreve que em 1254, mediante ordenação real, proibiu-se na França a prostituição, determinando-se a expulsão do Reino das *femmes publiques*, o confisco de seus bens, inclusive de quem lhes desse abrigo. Em 1269, antes de partir para a segunda Cruzada, o rei Luís IX (São Luís) instituiu os Guardas da Moral, para combater a prostituição, o jogo e a blasfêmia.

Com o passar dos séculos, dentre períodos de extinção e restabelecimento da polícia da moral, chega-se ao século XIX, na década de 70, momento de forte questionamento dessa polícia, devido à constatação de vários episódios de corrupção, até que acabou dissolvida em 9 de março de 1881. Em 1901, criou-se a *brigade mondaine*, como a nova polícia dos costumes, cujo nome “*la mondaine*” decorreu do abrangente objetivo dessa polícia, de investigação e de repressão, imbuída da missão de infiltrar-se nos “*diferentes mundos*”, como o dos negócios, dos diplomatas, da política, da igreja, da imprensa, dos artistas, do cinema, da medicina, entre outros. Contudo, novidade não houve em relação às práticas corruptivas, tendo surgido inúmeros escândalos nesse sentido (Willemin, 2009).

Esse roteiro de solicitação ou exigência de dinheiro ou favores para não coibir o funcionamento de atividades e estabelecimentos ilícitos é histórico e global. Na década de 70, do século XX, implantou-se nos Estados Unidos da América a *Knapp Commission*, para apurar casos de corrupção da polícia de Nova Iorque, tendo a aludida investigação relatado um sistema endêmico de extorsão de proprietários de restaurantes e estabelecimentos ilegais, mediante pagamentos em dinheiro ou em favores e serviços. No mesmo sentido, também para apurar ações criminosas, relacionadas à corrupção, da polícia de Nova Iorque, instalou-se a *Molen Commission* na década de 90, igualmente do século XX, cujo resultado apontou para as mesmas e históricas condutas corruptivas (Gilbert & Gilbert, 2016).

Seguindo idêntico roteiro de apuração de comportamentos policiais corruptos, em 1997 instaurou-se na Austrália ampla investigação no New South Wales Police Service, a maior força policial desse país, ao término da qual relatou-se a existência um sistema de corrupção

compreendendo, por exemplo, venda de informações confidenciais, interferências nas investigações internas da própria polícia, furto de objetos encontrados em corpos, corrupção interna para obtenção de benefícios de horários, além de vantagens de casas de atividades ilegais (Prenzler, 2009).

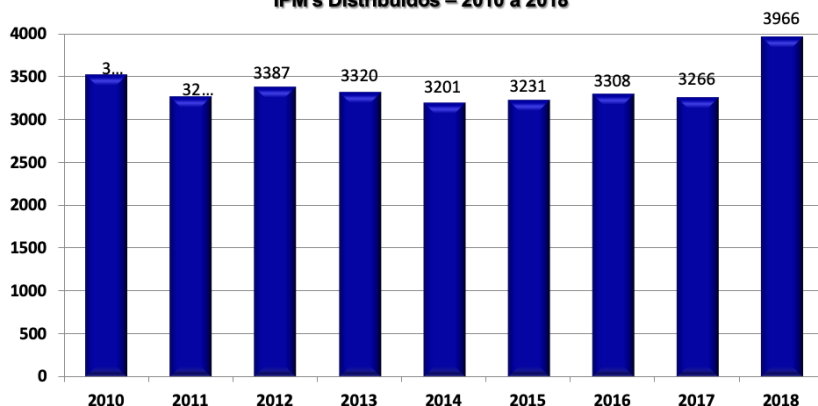
O que se percebe, a partir do cenário universal e multissecular, é que referidas práticas de corrupção policial sempre existiram e o máximo que se pode esperar é sua redução, mediante mecanismos de controle.

No Brasil os principais mecanismos de controle das polícias, além do controle interno, por meio da atuação das Corregedorias, constituem os controles externos, exercidos pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. A fim de restringir o objeto de pesquisa deste trabalho, a presente análise enfocará apenas o controle judicial da polícia militar, promovido pela Justiça Militar, especializada. Observe, apenas, que o controle judicial da polícia civil (a encarregada da função de polícia judiciária, de investigação) cabe à Justiça Comum, o que dificulta a pesquisa e a obtenção de números, haja vista que na Justiça Comum não há identificação dos casos com base na profissão dos réus. Aliás, esse fato reforça a importância das Justiças Especializadas, que permitem a pesquisa de dados, favorecendo o controle por parte da sociedade de informações importantes sobre os jurisdicionados.

Centrando o foco deste trabalho na polícia militar, tomando por base o Estado de São Paulo, cumpre registrar, de início, o resultado estatístico do controle interno, desenvolvido pela própria Corporação, sobre as condutas de seus membros, na área penal.

Verifica-se que o sistema de controle interno da Polícia Militar do Estado de São Paulo é bastante intenso, pois em uma Corporação com um efetivo de 93.799 (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2017) integrantes finaliza-se uma média de 3.000 inquéritos por ano, concluindo pela existência de crimes militares. O gráfico abaixo atesta essa assertiva (Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo):

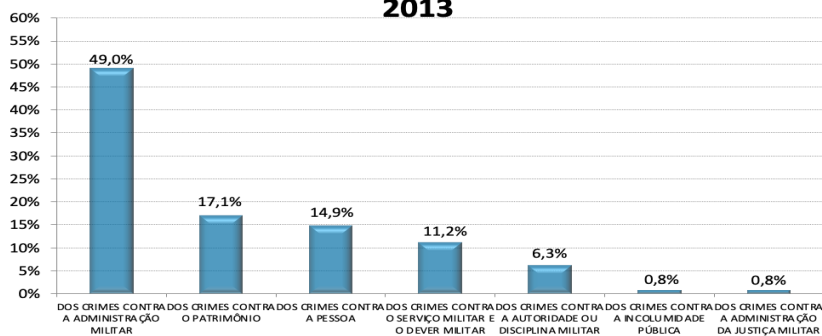
Tabela 1
IPM's Distribuídos – 2010 a 2018



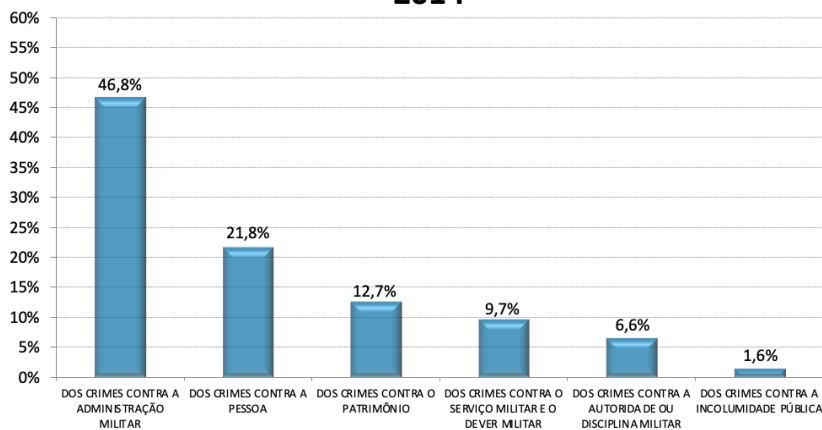
O gráfico expõe o número de inquéritos policiais militares (IPMs) concluídos com o reconhecimento de crimes praticados por policiais militares e distribuídos na Justiça Militar do Estado de São Paulo, anualmente, a partir do qual se infere que o controle interno nessa esfera é bastante atuante.

Das ações penais julgadas pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, a grande maioria envolve crimes contra a Administração, dos quais prevalecem os que se relacionam à corrupção, conforme as classificações desse fenômeno apresentadas anteriormente. Tal afirmação é baseada nos seguintes dados estatísticos, num recorte desde 2013 até 2018 (Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo).

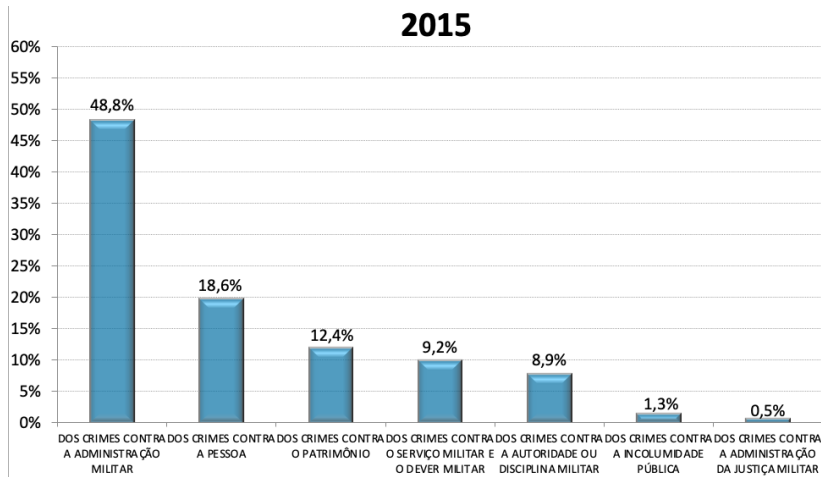
**Tabela 2. Crimes Julgados
2013**



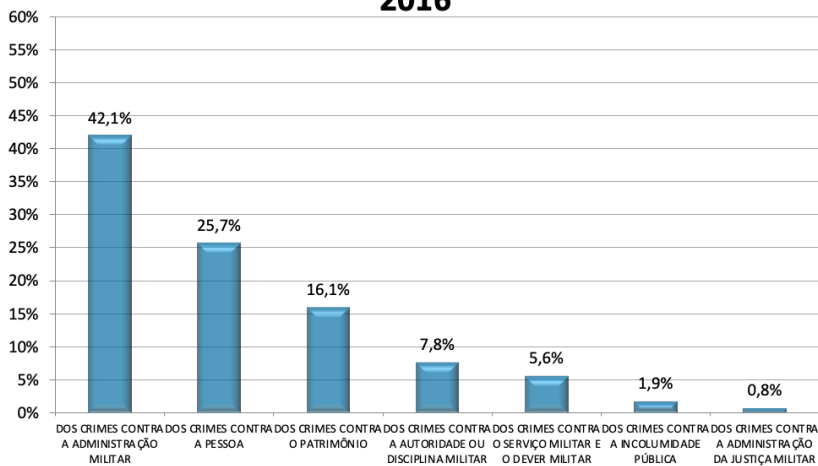
**Tabela 3. Crimes Julgados
2014**



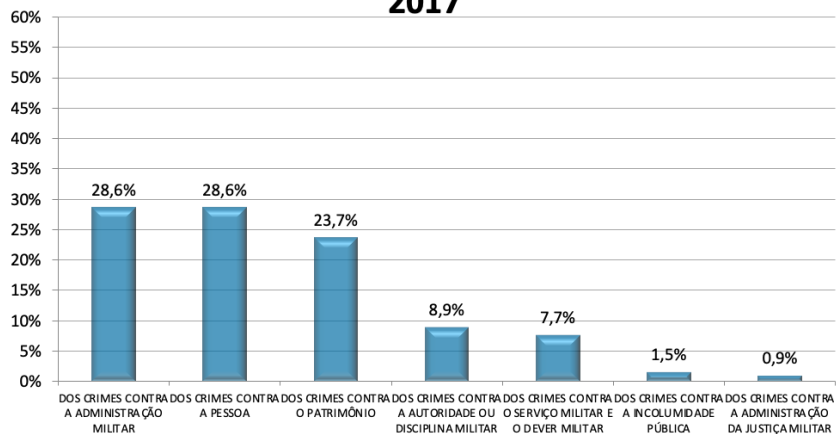
**Tabela 4. Crimes Julgados
2015**



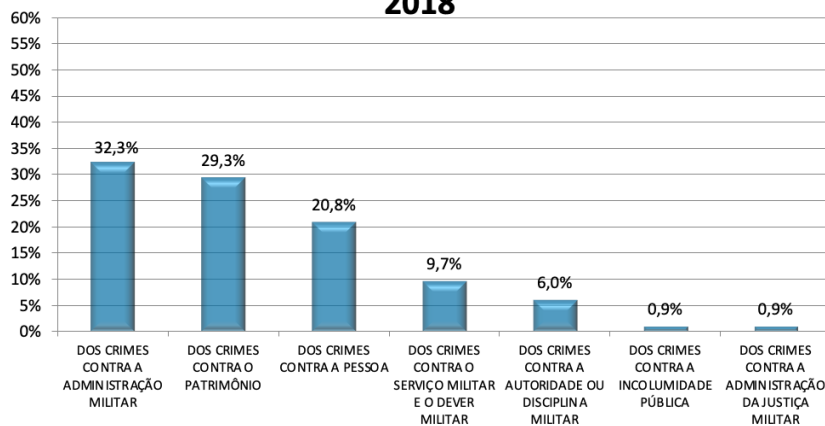
**Tabela 5. Crimes Julgados
2016**



**Tabela 6. Crimes Julgados
2017**



**Tabela 7. Crimes Julgados
2018**



Exceto em períodos isolados, como no ano de 2017, prevalece no Estado de São Paulo, quantitativamente, o cometimento de crimes contra a Administração Militar, dentre os crimes militares.

Ademais, em relação aos crimes contra a Administração Militar, predominam os crimes relacionados a práticas corruptivas, tais como corrupção passiva (art. 308)³, concussão (art. 305)⁴, prevaricação (art. 319)⁵, falsidade ideológica (art. 312)⁶, peculato (art. 303)⁷, corrupção ativa (art. 309)⁸, violação de sigilo funcional (art. 326)⁹, uso de documento falso (art. 315)¹⁰, entre outros. É o que se extrai dos seguintes gráficos (Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo):

³ Art. 308, CPM: “receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

⁴ Art. 305, CPM: “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”.

⁵ Art. 319, CPM: “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

⁶ Art. 312, CPM: “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar”.

⁷ Art. 303, CPM: “apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de quem tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio”.

⁸ Art. 309, CPM: “dar, oferecer ou prometer dinheiro ou vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional”.

⁹ Art. 326, CPM: “revelar fato de que tem ciência em razão do cargo ou função e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação em prejuízo da administração militar”.

¹⁰ Art. 315, CPM: “fazer uso de qualquer dos documentos falsificados ou alterados por outrem, a que se referem os artigos anteriores”.

Tabela 8
Julgamentos TJMSP (2013)

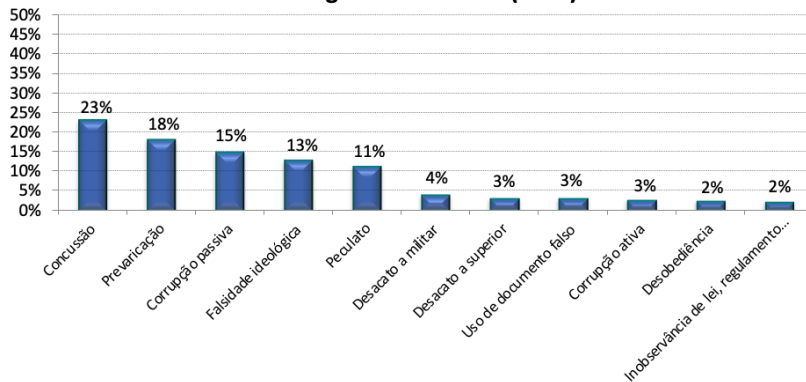


Tabela 9
Julgamentos TJMSP (2014)

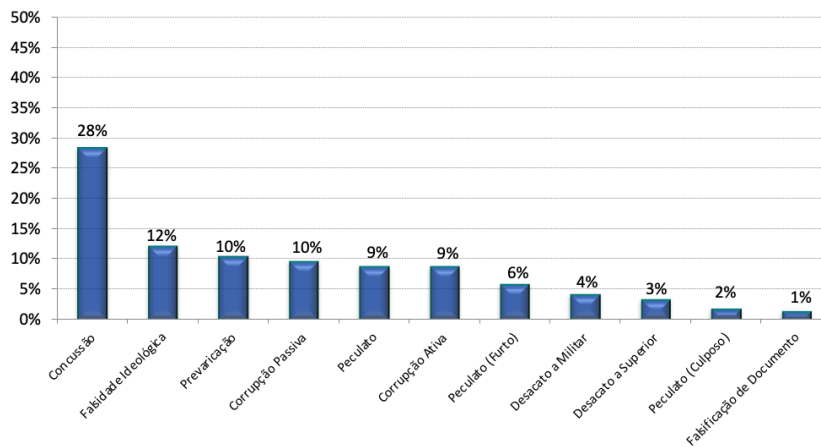


Tabela 10
Julgamentos TJMSP (2015)

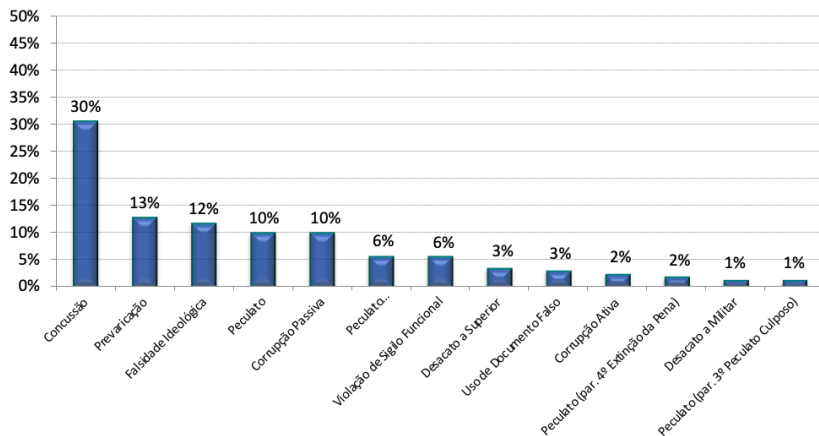


Tabela 11
Julgamentos TJMSP (2016)

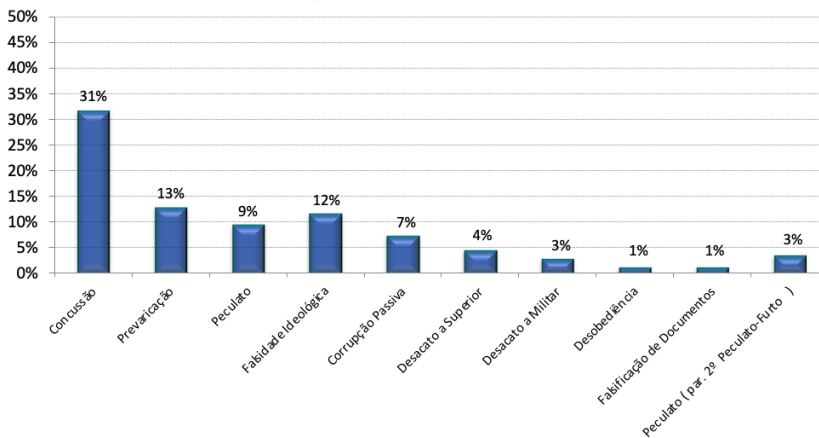


Tabela 12
Julgamentos TJMSP (2017)

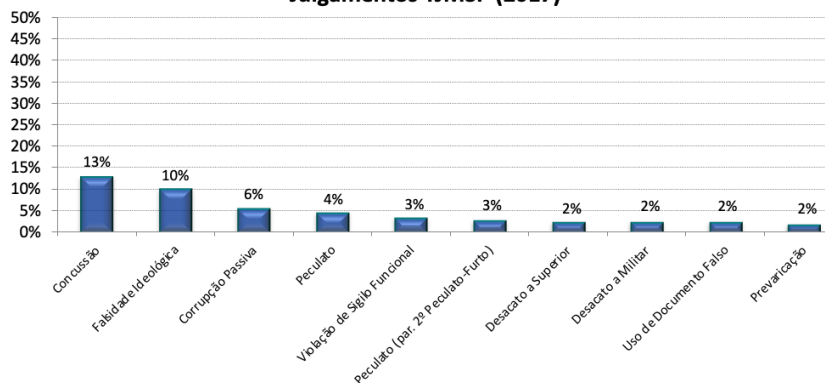
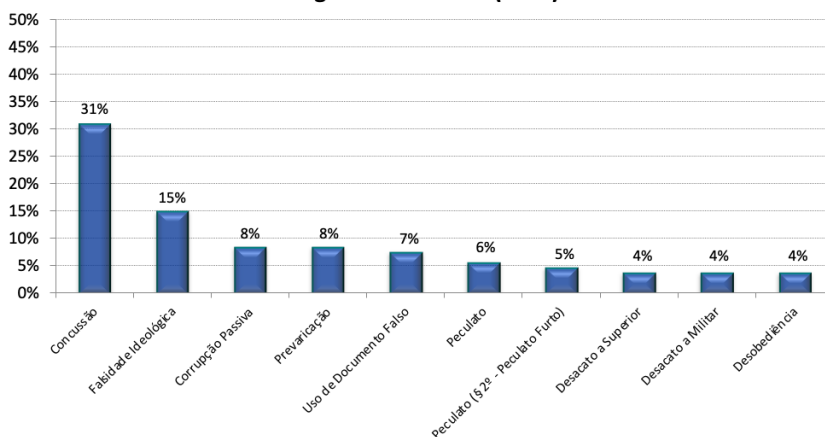


Tabela 13
Julgamentos TJMSP (2018)



Os ambientes dos casos práticos de omissões e atos delitivos de corrupção policial no Brasil refletem as mesmas ocasiões criminosas que foram mencionadas em relação a outros países, conforme revelam julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, podendo ser invocados como exemplos ilustrativos condenações por: corrupção passiva em razão de solicitação por parte de policial de vantagem indevida para proteger estabelecimento comercial que

mantinha máquinas de jogos ilegais, denominadas no Brasil de máquinas de jogos caça-níqueis (Apelação criminal nº 7518/18); concussão devido à exigência de dinheiro para a não autuação de caminhões com irregularidades e que circulavam em rodovias (Apelação criminal nº 7503/18; Apelação criminal nº 7458/17); concussão ao exigir-se dinheiro para não autuação de motorista sem habilitação que conduzia veículo automotor (Apelação criminal nº 7502/18); corrupção passiva cometida por policial que gerenciava verdadeira organização criminosa para proteção de funcionamento de casas de jogos ilegais, inclusive promovendo pagamento de suborno a diversos policiais militares e civis que lhe forneciam informações privilegiadas sobre as movimentações de viaturas no entorno dos estabelecimentos ilegais (Apelação criminal nº 7499/18); corrupção passiva de policiais que aceitaram participar de esquema de transmissão de informações a infratores da lei, sobre policiamento nas áreas de casas de jogos ilegais (Apelação criminal nº 7476/18; Apelação criminal nº 7462/17).

6. A MAIOR EFETIVIDADE DO CONTROLE DA ATIVIDADE POLICIAL MILITAR PELO JUDICIÁRIO

Conforme exposto anteriormente, o controle judicial da polícia civil, incumbida de atividade de investigação, cabe à Justiça Comum, enquanto que à Justiça Militar dos Estados-membros da Federação compete o controle da polícia militar (e corpo de bombeiros militar), tanto na esfera penal, quanto na disciplinar, nos termos do art. 125, §§3º, 4º e 5º, da CR.

A criação da Justiça Militar estadual é facultativa, dependendo de cada Estado e mediante iniciativa do Tribunal de Justiça, que é um tribunal de apelação (segunda instância) do Judiciário estadual comum. Nos vinte e seis Estados-membros da Federação, bem como no Distrito Federal, existe Justiça Militar em primeira instância, que, na verdade, é constituída pela previsão de Varas especializadas na matéria. Na segunda instância, embora vários Estados possam criar um tribunal especializado no tema, ou seja, um Tribunal de Justiça Militar, por possuírem um efetivo militar superior a vinte mil integrantes, apenas três Estados optaram pela implementação de tribunais especializados, quais sejam, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Dados estatísticos concretos, extraídos do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, demonstram a efetividade e eficiência do combate à corrupção policial promovida por uma Justiça Especializada, separada e autônoma em relação à Justiça Comum. As estatísticas apresentadas neste tópico revelam que a Justiça Militar, especializada, aplica a lei de forma mais rigorosa que a Justiça Comum, no que tange ao julgamento de policiais militares, tanto em matéria criminal, quanto em matéria disciplinar.

Vale iniciar tal análise a partir de uma questão bastante chamativa. A pretexto de evitar que a Justiça Militar continuasse a julgar militares por crimes dolosos contra a vida com vítimas civis, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.299/96, que transferiu a competência para processar e julgar militares por homicídios dolosos, desde que as vítimas fossem civis, da Justiça Militar para a Justiça Comum, mais especificamente, para o Júri Popular (Tribunal do Júri).

A fim de reforçar referida alteração de competência, a mesma determinação constou da Emenda à Constituição nº 45/2004, que promoveu a reforma do Judiciário. Após quatorze anos da promulgação da aludida Emenda e mais de vinte anos contados da Lei nº 9.299/96, constata-se que o julgamento de militares pelo Júri Popular resultou em grande número de absolvições, de tal modo que Marcello Streifinger (2011), após dez anos da vigência da mencionada lei, citou pesquisa realizada perante o 1º Tribunal do Júri de São Paulo, expondo que, entre 1996 e 2006, dos 287 policiais militares acusados de homicídio, 258 foram inocentados e 29 condenados, o que representa 10,10% de condenações.

Essa constatação manteve-se com o passar do tempo, de tal modo que, em 2012, o promotor de justiça Arual Martins (2012), atuante no 3º Tribunal do Júri em Santo Amaro, zona sul de São Paulo, afirmou em entrevista que “é preciso ter o testemunho de Jesus e dos 12 apóstolos para condenar um policial acusado de homicídio” (p. C5), complementando que:

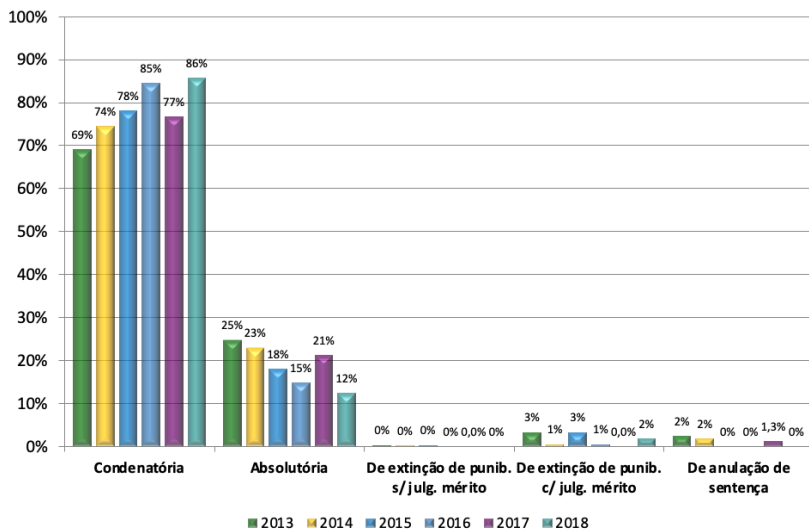
[...] basta chegar em plenário, mostrar os antecedentes da vítima e pintá-la como um bandido. Ela pode estar envolvida em um acidente de trânsito ou ter sido pego com um cigarrinho de maconha. Não interessa. Se o Júri considerá-la como bandido, o PM que a matou é absolvido (Martins, 2012, p. C5).

Martins (2012) sublinha que à época em que esses casos eram julgados pela Justiça Militar não havia condescendência com execução, afinal “os oficiais costumavam ser mais rigorosos com erros policiais” (p. C5).

No tocante à atribuição da Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares de sua competência, bem como as ações judiciais que discutem atos disciplinares, verifica-se também a efetividade do controle da atividade policial militar pela Justiça Castrense. Novamente, dados concretos fundamentam tal assertiva.

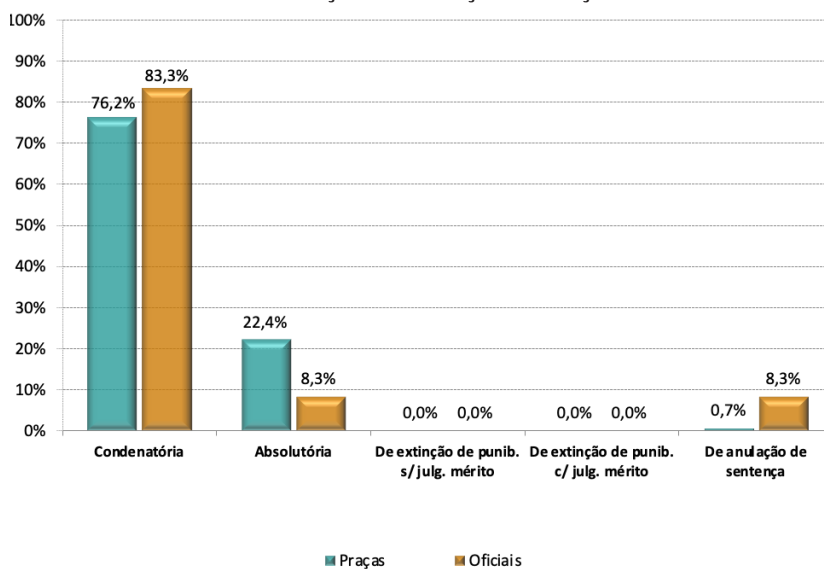
Na esfera penal, atinente à competência para processar e julgar policiais militares pelo cometimento de crimes militares, o estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no recorte de 2012 a 2018, aponta número bem superior de condenações de militares do que de absolvições, no julgamento das apelações criminais nesse período. É o que se extrai do gráfico abaixo (Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo):

Tabela 14. Número de condenações e absolvições em apelações criminais



Importa destacar que tal postura do Tribunal não envolve apenas processos que têm praças na condição de réu, mas também aqueles em que são acusados oficiais da Corporação. Prevaecem, numericamente, sentenças condenatórias, tanto nos casos de réus praças quanto nas hipóteses de réus oficiais, o que abrange, também, os delitos relacionados à corrupção. Aliás, por vezes, há maior quantidade de condenações de oficiais do que de praças pela prática de crimes militares em geral. Exemplo disso se identifica no julgamento de apelações criminais pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no ano de 2017 (Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo), o que não difere muito do panorama numérico de anos anteriores.

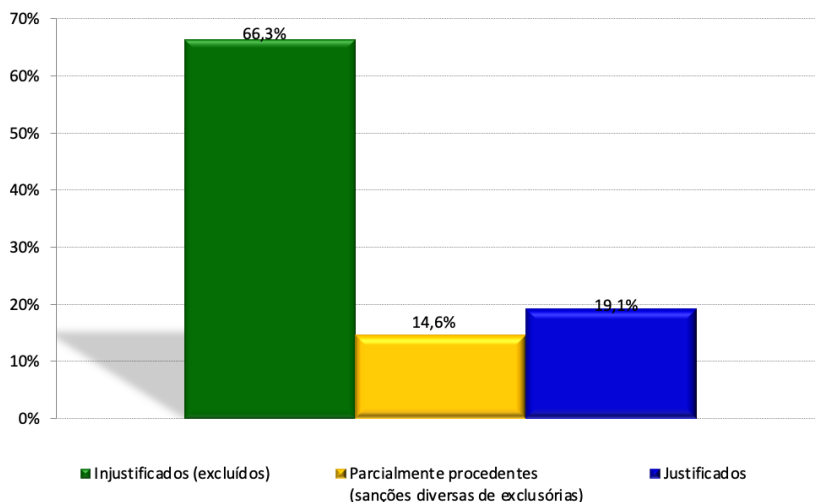
Tabela 15. Condenações e absolvições de Praças e Oficiais



Ainda no que concerne aos oficiais militares que praticam transgressões disciplinares graves ou cometem crimes militares, os dados estatísticos apontam para a efetividade da Justiça especializada (Militar) no controle e repressão dos atos ilícitos por eles praticados. Como fora anteriormente esclarecido, a Constituição brasileira dotou

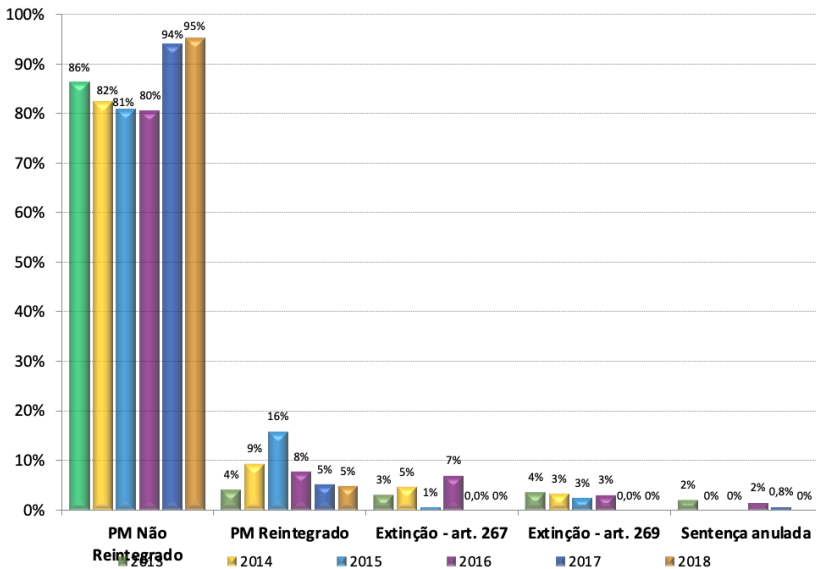
os oficiais militares da garantia da vitaliciedade, o que significa que somente perderão o cargo por decisão judicial. Tal decisão compete aos Tribunais de Justiça Militar e, inexistindo esse tipo de tribunal, a decisão de exclusão dos oficiais dos quadros da Corporação militar caberá aos Tribunais de Justiça (Justiça Comum). No Estado de São Paulo, que possui Tribunal Militar na segunda instância e tomando por base apenas um determinado tipo de processo movido em face de oficiais militares que cometem transgressões disciplinares de natureza grave, denominado Conselho de Justificação, ao final do qual é avaliado se a conduta do oficial não é justificada, impondo-se a perda do cargo, ou se é parcialmente justificada, hipótese em que se aplica sanção de natureza não exclusória, ou mesmo se a conduta resta justificada, nota-se que no Estado de São Paulo as decisões do Tribunal de Justiça Militar são mais numerosas no sentido da não justificação da conduta e, conseqüentemente, decretando-se a perda do cargo, a exclusão do oficial dos quadros da Corporação (Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo).

Tabela 16
Conselhos de Justificação Julgados – 2010 a 2018



No que concerne à competência cível da Justiça Militar, relativa ao julgamento de ações judiciais propostas por militares ou ex-militares para a discussão de atos disciplinares, englobando o questionamento da legalidade de processos e de sanções disciplinares (como por exemplo, demissões decretadas), igualmente constata-se que prevalecem decisões judiciais que mantêm a validade das punições aplicadas pela Administração Militar. É o que se constata do quadro abaixo, que alude aos julgamentos de apelações cíveis pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo durante o período de 2012 a 2018 (Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo).

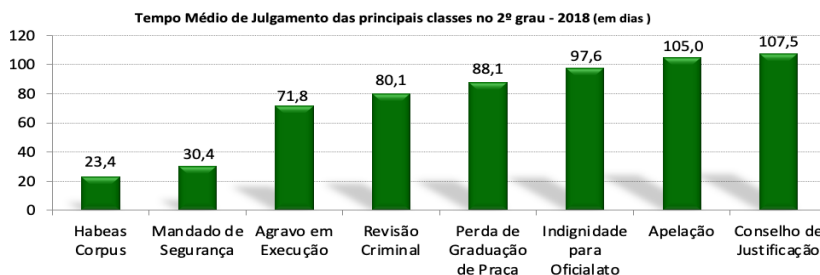
Tabela 17. Julgamentos de apelações cíveis pelo TJMSP



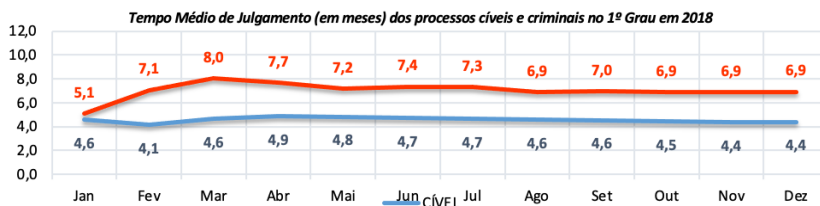
O quadro citado é bastante claro. Na esmagadora maioria das ações judiciais propostas por policiais militares, para questionar punições disciplinares sofridas ou vício no processo disciplinar ainda em trâmite, ocorre a manutenção da sanção aplicada pela Administração Militar.

Outro aspecto que merece destaque, é o fato de que a efetividade do controle judicial da atividade policial também depende da celeridade dos julgamentos, principalmente nos casos atinentes à segurança pública. Avulta-se, quanto à essa questão, mais uma razão que justifica a atribuição à Justiça especializada dos assuntos pertinentes à segurança pública, os quais, dessa forma, não se misturam com o infinito temário da Justiça Comum, assoberbada de processos a serem julgados. A média de tempo de julgamento na Justiça Militar paulista atesta o que aqui se afirmou:

Tabela 18



Na primeira instância da Justiça Militar paulista, mesmo sendo a etapa em que se desenvolve a instrução probatória, revela-se célebre a tramitação dos processos criminais e cíveis, como se depreende dos seguintes dados estatísticos (linha azul: processos criminais; linha verde: processos cíveis) (Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo):

Tabela 19

Os dados expostos, quanto ao tempo de julgamento, são próprios de modelos que distinguem, na organização do Judiciário, Justiça Comum e Justiça Especializada, afinal as Cortes especializadas tendem a ser mais céleres. Este é o exemplo citado, da Justiça Militar do Estado de São Paulo, cuja primeira instância leva em média menos de 7 meses para a conclusão de processos criminais, cuja instrução probatória é bastante longa, e menos de 5 meses para os processos cíveis. A segunda instância também serve de bom exemplo ilustrativo dos resultados gerados pela ideia de Justiça Especializada, pois os processos que mais tempo levam para serem julgados, mal ultrapassam 100 dias.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do ponto de vista da efetividade da Justiça nacional, no que tange ao combate à corrupção policial, o presente texto expôs, com suporte em dados concretos, que há efetividade no controle e combate das práticas corruptivas de agentes policiais no momento em que se adota um modelo de Justiça especializada.

Essa visível efetividade da Justiça Militar nos Estados-membros da Federação brasileira deve-se a diversos fatores, tais como especialização no tema (o que gera não apenas conhecimento, mas a experiência da repetição e habitualidade no trato da matéria), celeridade (fundamental na área da segurança pública, que exige resposta imediata aos ilícitos cometidos por parte de quem tem o dever de combater o crime) e julgamento promovido por órgão de composição mista, ou seja, juízes concursados, dotados de conhecimento jurídico e de juízes de origem militar com a bagagem prática sobre o funcionamento da Corporação policial encarregada do policiamento ostensivo.

Essa distinção de atuação da Justiça Comum (não especializada) e da Justiça Militar (especializada), exposta neste trabalho mediante dados estatísticos, tem sido fundamental para a depuração dos policiais militares. Esse fato deve servir de reflexão internamente, no Brasil, para eventual criação de Tribunais de Justiça Militar nos Estados-membros que ainda não implementaram esse tipo de Corte, bem como para países que buscam fórmulas mais efetivas de controle da atividade policial.

REFERENCIAS

Doutrina

- Cunha, Ary Ferreira da. *Combate à corrupção-da teoria à prática*. Lisboa: Quid Juris, 2015.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 3.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- Gilbert, Steven V. & Gilbert, Barbara A. *Police corruption in the NYPD-from knapp to mollen*. Boca Raton: CRC Press-Taylor & Francis Group, 2016.
- Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed., Imprensa Nacional-Casa da Moeda, s.a.
- Lazzarini, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- Prenzler, Tim. *Police corruption-preventing misconduct and maintaining integrity*. Boca Raton: CRC Press-Taylor & Francis Group, 2009.
- Punch, Maurice. *Police corruption-deviance, accountability and reform in policing*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2011.
- Rousseau, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- Sreifinger, Marcello. *O tribunal do júri na justiça militar do estado*. In “Direito Militar: Doutrina e Aplicações”. Coords. Ramos, Dircêo Torrecillas, Roth, Ronaldo João e Costa, Ilton Garcia da. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 893 a 915.
- Vieira, Padre Antonio. *Sermões*. Porto: Lello & Irmão Ed., vol. V, s.a.
- Willemin, Véronique. *La mondaine-histoire et archives de la police des mœurs*. Paris: Hoëbeke, 2009.

Jurisprudência

Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Apelação criminal nº 7462/17, julgada em 29.05.18

Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Apelação criminal nº 7476/18, julgada em 03.07.18

Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Apelação criminal nº 7499/18, julgada em 10.07.18.

Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Apelação criminal nº 7502/18, julgada em 17.07.18.

Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Apelação criminal nº 7503/18, julgada em 31.07.18

Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Apelação criminal nº 7458/17, julgada em 08.05.18.

Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Apelação criminal nº 7518/18, julgada em 24.08.18.

Outras Referencias

Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

Coordenadoria de Gestão Participativa, Planejamento e Desenvolvimento Institucional, CGPDI, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Cuarta Parte

**LA RESPUESTA AL FENÓMENO
DE LA CORRUPCIÓN DESDE EL
DERECHO INTERNACIONAL**

Capítulo XV

CORRUPCIÓN Y DERECHO TRIBUTARIO: ¿UNA SOLUCIÓN BAJO ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y REGIONALES?

Esperanza Buitrago Díaz
Diego Alejandro Hernández Rivera

INTRODUCCIÓN

Ad portas de 2021, hablar de corrupción y tributación debería estar de moda, en particular por las grandes desigualdades existentes en la población mundial. Esa conexión, sin embargo, no suele ser el foco del derecho tributario. La problemática puede analizarse bajo la perspectiva del impacto de la corrupción en la tributación o del impacto de la tributación en la corrupción. El primer aspecto suele estudiarse por la erosión de las arcas del Estado, bien porque los recursos llegan al Estado pero desaparecen en manos de los corruptos, o bien porque simplemente no entran al erario. En ambos casos se frustra el logro de los objetivos de los tributos que no es otro que el bien común a materializar por el Estado. El segundo aspecto, esto es, el impacto de la tributación en la corrupción puede verse en varias perspectivas, por una parte, de las medidas tributarias que tienen conexión con ingresos derivados de la corrupción; y por otra, de los procedimientos en ámbitos penales y tributarios que pueden servir de muro de contención para la corrupción y, entre otras, de la conexión entre los delitos fiscales y la corrupción como delitos económicos.

Esta sección del libro presenta una visión global de las interacciones indicadas destacando tanto varios de los vasos comunicantes, como las medidas tributarias recientes que eventualmente pueden servir a los fines de otras áreas del derecho. Si bien es cierto que el foco del derecho tributario sustancial no es el de la corrupción, éste no es ni debe ser ajeno a la problemática. De hecho, tanto a nivel de derecho

sustantivo como de derecho adjetivo existen algunas herramientas que pueden ser útiles en la lucha contra este fenómeno, en particular en aquellos casos en los que el delito fiscal es innegable y se erige como única alternativa para la justicia, de la misma manera que ha sucedido con casos relacionados con la mafia (el caso Al Capone, por ejemplo).

En este escenario destaca la adopción reciente de medidas coordinadas a nivel internacional, cuya falta pudo haber dificultado el seguimiento de la corrupción en el pasado —y en ocasiones haberla tolerado o propiciado. En el ámbito sustancial, por ejemplo, cuentan los relativamente recientes mediadas internacionales para combatir o contrarrestar los efectos de la deducibilidad de los sobornos. Así mismo, la lucha contra la falta “de transparencia” tanto de los paraísos fiscales como de otras jurisdicciones que se amparan en la opacidad y que, como efecto indirecto, impiden rastrear los activos de la corrupción.

Además de lo anterior, hay nuevos estándares internacionales, multilaterales, destinados a lograr el cumplimiento de las obligaciones tributarias y a combatir la erosión de los erarios, con medidas focalizadas en jurisdicciones que no siendo paraísos fiscales son de baja tributación y en relación con regímenes preferentes, para el intercambio de información tributaria, para la cooperación entre administraciones de impuestos y para la lucha contra la elusión (BEPS). Más aún, la OCDE publicó en el año 2012 un informe titulado “*Tax administration: Detecting Corruption*”, en el cual resalta las medidas que pueden adoptar las administraciones tributarias para luchar contra la corrupción (OECD, 2012). Recientemente, como veremos más adelante, la OCDE ha vinculado su paquete de medidas BEPS a la lucha contra la corrupción.

A continuación presentamos una visión general de 1) los vasos comunicantes entre la corrupción y el recaudo tributario, 2) las medidas tributarias contra la tolerancia de los sobornos mediante su deducibilidad, 3) el impacto de los paraísos fiscales, 4) las obligaciones formales y las medidas tributarias generales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) relacionadas con la transparencia y el intercambio de información, dificultando la canalización de recursos derivados de la corrupción y otros delitos económicos, 5) las medidas más directamente relacionadas del proyecto OCDE sobre transferencia artificial de utilidades (BEPS) y

la conexión que la OCDE efectúa entre este proyecto y sus estudios sobre integridad (OECD, 2019a), 6) las medidas tributarias generales de la Unión Europea (UE), y 7) las medidas unilaterales adoptadas por varios Estados.

Según observamos, la corrupción puede ser combatida en diferentes dimensiones. Varias de las medidas tributarias pueden ayudar a allanar el camino para establecer el origen y destino de los recursos perdidos a manos de la corrupción o incluso, para recuperarlos. A nivel internacional, destaca la creación de foros globales a instancias de la OCDE, en particular el llamado Marco Inclusivo, y el Foro Global de transparencia e intercambio de información, con nuevos estándares contra la elusión, incluidos el intercambio automático y la eliminación del secreto bancario. Recientemente, destacan las acciones del plan BEPS de la OCDE, incluida la relativa a su forma expedita de implementación: la Convención Multilateral. Los pasos dados en los últimos años combinan medidas en el orden del *hard* y del *soft law*, tanto por parte de la OCDE como de la Unión Europea (UE).

Es importante advertir que ninguna de estas medidas constituye un mecanismo directo de solución al problema de la corrupción. Más aún, la cruzada por la transparencia y el refuerzo de la cooperación entre las administraciones tributarias implica la identificación de la titularidad y, eventualmente, el origen de determinados recursos, sin que ello conlleve automáticamente a la configuración de un delito asociado a la corrupción. De hecho, si bien es cierto que el secreto y la confidencialidad pueden servir de cubierta para actividades criminales como el lavado de dinero o el narcotráfico (Christensen, Hampton, 1999); también lo es que el objetivo tras la protección de la identidad y de la información puede perseguir fines legítimos, no asociados a ilícitos, como la seguridad.

Con esta visión de conjunto, a continuación presentamos las principales medidas tributarias que tienen impacto en la lucha contra la corrupción.

1. CORRUPCIÓN Y RECAUDO TRIBUTARIO

El impacto de la corrupción en la tributación está asociado con la disminución del recaudo y de las rentas tributarias, con la consecuen-

te afectación del crecimiento económico y el desarrollo de los países. Si bien esto es cierto, desafortunadamente, no siempre el incremento del recaudo repercute en la mejora del bien común y la corrupción puede frustrar profundamente dicho objetivo, como se demuestra a continuación.

En un estudio sobre cómo afectan los niveles de corrupción a la relación entre impuestos y crecimiento, Aghion *et al.* (2016) destacan que las rentas tributarias pueden respaldar la acumulación de bienes públicos en la medida en que los gobiernos pueden utilizar eficazmente dicha fuente de ingresos. Una mayor corrupción frena los efectos positivos de los impuestos sobre el crecimiento al eliminar los recursos disponibles que podrían haberse utilizado para el desarrollo de infraestructura, dejando en su lugar los desincentivos a los esfuerzos y a las inversiones de capital. En un análisis de la situación en los Estados Unidos se concluyó que los beneficios de reducir la corrupción o incrementar la eficacia del gobierno son sustancialmente mayores que las ganancias marginales de la optimización de la tasa tributaria. Esta situación indica que, para cualquier país, a mejor tratamiento de los fondos públicos, mayor crecimiento económico (Aghion, 2016).

El estudio de Aghion *et al.* (2016), da respuesta al promovido por Transparencia Internacional en 2019, que daba cuenta de la poca evidencia empírica y análisis sobre el impacto de la tributación en la corrupción. En este sentido y, contrario a las expectativas de mayor recaudo con impuestos más altos, la investigación destaca cómo una carga impositiva mayor podría representar más corrupción e incentivar la evasión por cuanto los incrementos en los recursos públicos a través de la tributación se contrarrestan con efectos negativos en el crecimiento con ocasión de impuestos más altos. Por esta razón, una alternativa a explorar es la posibilidad de encontrar remedios contra la corrupción por la vía de esquemas tributarios (Nawaz, 2010).

Existen varios estudios económicos sobre la corrupción y, desde hace una década también hay mediciones que dan cuenta de su impacto. En un estudio de 71 países, Dreher y Herzerfeld demostraron, por ejemplo, que un aumento de la corrupción en aproximadamente un punto del índice redujo el crecimiento del PIB en 0,13 puntos porcentuales y el PIB per cápita en 425 USD (Dreher, A. y Herzfeld, T., 2005). Como consecuencia, los autores destacan efectos economí-

cos y sociales negativos: la corrupción desalentó a los inversionistas, redujo la productividad y el gasto público, distorsionó la asignación de recursos públicos y, por lo tanto, disminuyó el crecimiento económico. Adicionalmente, hubo una disminución de la expectativa de vida en los países con mayores niveles de corrupción, en aproximadamente dos años y medio, y los niveles de matriculación de niños al colegio decrecieron en 5 puntos porcentuales (Dreher, A. y Herzfeld, T., 2005), entre otros.

Los resultados econométricos han sido objeto de acciones importantes. Por ejemplo, instituciones como el Banco Mundial destacan que la corrupción es un reto importante en la disminución de la pobreza. Según el Banco Mundial, la corrupción: 1) hace de la población pobre un sector más vulnerable frente al incremento de costos y la reducción de acceso a servicios (salud, educación, justicia); 2) hace que los pobres terminen pagando —indirectamente— una mayor proporción de sobornos comparado con las familias de ingresos más altos; y 3) quita a los pobres la igualdad de oportunidades y previene la inversión gubernamental en el capital humano (World Bank, 2018).

Otros aspectos a destacar en la relación corrupción y tributación son los relacionados: 1) con los muchos escándalos en los que se ven involucrados funcionarios en el recaudo de los impuestos, bien por no cobrarlos o bien por su participación en el pago o en el cobro de devoluciones o sumas indebidas a las Administraciones de impuestos en carruseles descubiertos en varios países incluyendo los Estados Unidos, la Unión Europea y varios latinoamericanos; 2) con la influencia negativa de la corrupción en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y en particular con las diferencias entre contribuyentes (Baum, A. Gupta, S., Kimani, E., Tapsoba S., 2017); y 3) con la concesión de incentivos tributarios para mejorar las inversiones.

Zelekha y Sharabi demostraron, en un estudio empírico de 2012, que los países con un nivel mayor de incentivos fiscales se enfrentan a mayores niveles de corrupción, recomendando que aquellos países que deseen mejorar sus niveles de inversión deberían considerar previamente los efectos negativos indirectos de los incentivos tributarios sobre la actividad económica y las inversiones, a través de la corrupción (Zelekha, Y. y Sharabi, E., 2012). El análisis de tratos tributarios selectivos por vía de los incentivos generales concedidos por la ley,

como un mecanismo que propicia la corrupción, no es tan sencillo como parece a primera vista. Por ejemplo, difiere de los tratos selectivos no previstos en la ley y concedidos por países a contribuyentes específicos mediante los llamados *rulings*.

La obtención de un beneficio tributario o de una ayuda de Estado no necesariamente conlleva un caso de corrupción. Este último es el caso de las ayudas de Estado en la Unión Europea, en las que los múltiples casos cuestionados dejan a flote los intereses de las empresas, los Estados y la Unión por la diferencia de aproximación sobre el impacto de los *rulings*, permitidos por la ley interna pero cuestionados a nivel comunitario por su selectividad. En este sentido, uno de los casos más llamativos es el de Apple, en el que aunque la Comisión ordenó a Irlanda recuperar las sumas no pagadas, Irlanda se negó (European Commission, 2016) y en el que recientemente la Corte General de la Unión Europea concluyó que la Comisión falló en demostrar que las autoridades irlandesas concedieron una ventaja selectiva que constituya ayuda de Estado ilegal. Para el caso de la corrupción la problemática no es en si la concesión del incentivo, sino su administración, o el acceso a este con mediación de una mordida.

2. DEDUCIBILIDAD DE LOS SOBORNOS

En muchos países y durante muchos años fue posible deducir del impuesto sobre la renta gastos o expensas relativos a las liberalidades/sobornos hechas por empresas a funcionarios públicos o a particulares, para la obtención de contratos. Según destaca Milliet-Einbinder del observatorio OCDE (Milliet Einbinder, 2000), hacia la década de los noventa, Australia, Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Nueva Zelanda y Suiza eran países que, en principio, permitían la deducción de este tipo de pagos como expensas de negocios, aunque en la práctica hubiera dificultades para materializarla debido a la insuficiencia de la documentación para demostrar la necesidad del pago o la reticencia del contribuyente a revelar el beneficiario ante las autoridades tributarias.

A nivel internacional, la OCDE ha liderado iniciativas importantes en la lucha contra el soborno, en buena parte a través del *soft law*, pero también con una Convención internacional para combatir los

sobornos de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. La Convención data del 21 de noviembre de 1997 y entró a regir en 1999. Actualmente cuenta con 44 miembros, incluidos todos los miembros OCDE y 8 no miembros¹, es decir, solo la cuarta parte de los países del mundo. La adhesión a la Convención implica la aceptación de las recomendaciones emitidas en materia tributaria, adoptadas en abril de 1996.

Las primeras recomendaciones, emitidas por el Consejo de la OCDE en abril de 1996 y 1997 (OECD, 1997; OECD, 1996), están dirigidas a los países miembros para la revisión de las normas que permitían la deducibilidad tributaria de los sobornos a funcionarios extranjeros y para combatir el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. En mayo de 2009 se expidió una nueva recomendación tributaria que reemplazó la de 1996 con medidas tributarias para combatir el soborno de empleados públicos extranjeros, con tres líneas de acción (OECD, 2009a):

- 1) Desestimar explícitamente y de manera efectiva, mediante la ley u otro mecanismo vinculante, la deducción de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, para todos los fines fiscales. Dicha desestimación operaría bien a través de la prohibición de la deducibilidad tributaria de sobornos o gastos a funcionarios públicos extranjeros, o bien, a través de la prohibición de deducibilidad de sobornos o gastos incurridos para promover una conducta corrupta que contravenga la ley penal o cualquier otra ley de los Estados signatarios de la Convención contra el soborno. La negación de la deducibilidad no está condicionada a la apertura de investigación por las autoridades competentes.
- 2) La revisión permanente de la efectividad de las medidas, incluyendo la valoración de la existencia de una orientación adecuada a los contribuyentes y a las autoridades tributarias sobre los gastos que se consideran sobornos y su detección efectiva por las autoridades tributarias, y
- 3) Que los países miembros de la Convención OCDE contra el soborno consideren la posibilidad de incluir, en sus tratados bi-

¹ El estado de miembros en: OECD (2018a). *Country reports on the implementation of the OECD Anti-Bribery Convention*.

laterales tributarios, una sugerencia de los Comentarios OCDE al artículo 26 del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición, con miras al intercambio de información tributaria con otras entidades y autoridades judiciales encargadas del cumplimiento sobre temas de alta prioridad (por ejemplo, combatir el lavado de dinero, la corrupción, la financiación del terrorismo).

Por otra parte, el Consejo recomendó a los Estados signatarios de la Convención contra el soborno establecer un marco legal y administrativo efectivo, así como orientar a las autoridades fiscales sobre la presentación de informes a las autoridades locales pertinentes respecto de las sospechas de soborno extranjero que surjan del desempeño de sus deberes. En noviembre de 2009 una nueva recomendación de la OCDE fue publicada sugiriendo a los miembros, entre otros: 1) desestimar explícitamente y de manera efectiva la deducción fiscal de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros, para todos los fines fiscales, 2) establecer un marco legal y administrativo efectivo, así como orientar sobre la presentación de informes por las autoridades fiscales a las autoridades locales pertinentes de las sospechas de soborno extranjero que surjan del desempeño de sus deberes (OECD, 2009b).

Según indicamos, la firma de la Convención contra el soborno implica la aceptación de las recomendaciones relativas a su no deducibilidad. La adopción de la Convención por países no miembros de la OCDE ha sido lenta. Costa Rica y Colombia adhirieron en el 2017. Colombia es miembro desde el 2020. En 2015, Suiza anunció la revisión de su normativa para prohibir la deducción de los sobornos pagados a particulares, así como de las sanciones financieras impuestas contra ellos, conductas que habían sido penalizadas en el 2000 cuando la normativa se limitaba a los sobornos de autoridades públicas extranjeras. Otros países que no han adherido a la Convención no autorizan a la deducibilidad de los sobornos (p. ej. Perú). Sin embargo, no tenemos conocimiento de estudios recientes que analicen la situación de países no miembros o del tratamiento de pagos similares ya no a empleados públicos sino a particulares, conforme a la tendencia para ampliar la noción de corrupción.

3. PARAÍOS FISCALES

Los paraísos fiscales (PF) sirven de herramienta a la impunidad de cadenas de delitos que involucran no solo los dineros obtenidos de actividades criminales como la corrupción y el lavado de activos, sino también delitos fiscales contra el erario como la evasión fiscal, el fraude, la falsedad y muchos otros ilícitos o actividades que rayan con lo criminal, de las que nadie habla o puede hablar y, que como si fuera poco, privan a los Estados de recursos por cuenta de la opacidad (el secreto) y el anonimato.

Las implicaciones de los PF no se limitan al derecho penal, también han tenido un impacto grande frente al derecho tributario ante las dificultades que surgen de varias de sus características, por ejemplo, la falta de intercambio de información y la creación de personas jurídicas que, en materia tributaria, permiten la implementación de cadenas societarias a través de las cuales se diluyen los activos y el capital en manos de terceros y en las que —de la misma manera que sucede con los testaferros—, resulta difícil conocer quien es el beneficiario efectivo, facilitando, al mismo tiempo la elusión, los delitos fiscales y su impunidad. Conforme a un estudio del gobierno noruego (Government Commission on Capital Flight from Poor Countries, 2009, p. 15) tales cadenas cuentan con características como las siguientes:

- Las empresas que se benefician del régimen tributario no desarrollan actividades reales en el PF.
- La información de las empresas no está disponible en registros oficiales, si es que existen.
- La impresión de credibilidad internacional derivada de la identificación y uso de sufijos en varios idiomas y conforme a las denominaciones societarias propias de otros países.
- La posibilidad de tener direcciones meramente virtuales.
- El tratamiento especial de los llamados trusts, no registrados en ninguna parte.
- La representación por un testaferro o un representante que atiende a su vez las mismas funciones para cientos de otras empresas similares.
- La ausencia de reuniones de los Consejos de administración en el PF.

- La carencia de la obligación de llevar contabilidad.
- Facilidad para abrir, cerrar o mover las empresas a otras jurisdicciones, especialmente otros PF, en muchos casos porque las acciones son al portador.
- Facilidad para obrar mediante apoderados o testaferros que aparecen como directores o miembros de consejos.
- El secreto bancario era otro componente importante, especialmente para determinar la existencia de cuentas de titulares no residentes.

Varias de las características indicadas (p. ej. en relación con el secreto, la contabilidad, normas de creación de empresas, acciones al portador, etc.), dejan al descubierto un problema relacionado con el secreto: el anonimato y la dilución de la responsabilidad de lo que sucede a través de los PF y de quienes se encuentran detrás de las estructuras. Así mismo, muestran la facilidad con que pueden usarse los PF para esconder activos a través de la transferencia de las rentas de fondos y empresas que operan en otras jurisdicciones. Desde esta perspectiva contribuyen a la comisión de varios delitos económicos tales como la evasión o el fraude fiscal, el lavado de dinero, la corrupción, etc., con una ventaja para los delincuentes dado que el costo de cometer los delitos y el riesgo de ser atrapado se disminuyen.

En algunos casos, la empresa global termina en cadenas de empresas subsidiarias de papel, de fácil creación, traslado y cierre, que están en los PF como meras tenedoras con miras a reclamar créditos de impuestos, facilitar la manipulación de los precios de transferencia entre empresas vinculadas, y, por tanto, facilitan la evasión fiscal. Empresas con esas características rompen fácilmente con el vínculo de los titulares, asegurando el anonimato y, así, la impunidad mediante trusts, testaferros, etc., con los que además se incurre en delitos contra el erario (tributarios).

Si bien es cierto que durante años se intentaba avanzar en la lucha contra los PF a través de la expedición de listados, el impacto de la opacidad vino a ser más conocido y reprochado con las investigaciones periodísticas y fugas de información bancaria más sonadas de los últimos años (Panamá papers, Paradise papers, Swiss leaks, Lux leaks, etc.). Las investigaciones revelan la existencia en los PF de cuentas o activos de personalidades que van desde dictadores y cabezas de

Estado, a artistas, deportistas, entre muchos otros. Si bien es cierto que muchas transacciones legítimas se canalizan a través de los PF, el problema que resulta en aquellos casos es que el origen de los activos no siempre es claro o es fruto de actividades *contra legem*. Las estadísticas relativas a declaraciones de tal ilegalidad son precarias.

3.1. Interés de los paraísos fiscales para el derecho tributario.

Los PF son de interés tanto para el derecho penal como para el tributario, pero, aunque son un problema común para cada área, la aproximación de cada una es diferente y los conceptos empleados, si bien tienen igual denominación en algunos casos para las dos disciplinas, se analizan con criterios distintos. Lo último se puede observar tanto desde el derecho tributario con las cuestiones relacionadas con la determinación de la residencia y de los beneficiarios efectivos, como en el derecho penal con la dificultad clara de identificar los autores de las conductas criminales y los beneficiarios. En breve nos referiremos a la problemática del beneficiario y de sociedades fachada y la respuesta dada a la misma desde el *hard* y *el soft law* del derecho tributario, particularmente el promovido por la OCDE.

En el derecho tributario el problema no es en sí mismo la existencia de los PF sino la falta de transparencia de dichas jurisdicciones, que se niegan a intercambiar información de los activos poseídos por contribuyentes en sus territorios. Esto facilita el incumplimiento de los deberes y obligaciones tributarias, con la potencialidad de causar una erosión de la base imponible, mediante lo que hoy en día se considera como planeación internacional agresiva o abusiva, o la comisión de delitos fiscales, mediante el ocultamiento de dineros derivados de ilícitos. Con todo, no necesariamente la existencia de un paraíso fiscal implica la comisión de un delito. Así mismo, a pesar de no ser consideradas delitos por la ley penal, ciertas conductas son objeto de sanción desde la perspectiva tributaria. De hecho, los ordenamientos tributarios no prohíben su uso, pero en varias jurisdicciones se imponen altas retenciones sobre los pagos que se giran a PF y se limitan las posibilidades del contribuyente (por ejemplo, mediante la prohibición de deducir los pagos a PF).

En el derecho tributario las listas de PF operan a efectos de las reglas sobre entidades extranjeras controladas, precios de transferen-

cia, deducciones por gastos relacionados con PF, y retenciones². En algunos países se aplican mayores tarifas para las transacciones que se efectúen con PF (Brasil), en otras es la misma tarifa, pero para rentas de dividendos, intereses, regalías e incluso ganancias de capital se aplican las tarifas de retención más altas (Colombia, Brasil). En algunos, se limita la deducibilidad general de los pagos efectuados a PF (México, salvo los intereses), o se limita para casos especiales como servicios prestados desde PF (En Perú por ejemplo se adicionan a la renta y se gravan al 30%). Tratándose de personas naturales, la medida más directa es la relativa al cambio de residencia a PF, caso en el cual las normativas pueden exigir que se continúe tributando en el año de traslado y durante varios años más (p. ej. España, con cuatro años adicionales al año de cambio).

Las disposiciones relacionadas con los PF no son aisladas, suelen formar parte de otras medidas para contrarrestar la evasión, la elusión y el abuso. No todos los países cuentan con las llamadas Cláusulas Generales Antiabuso, como parece ser el caso de Bolivia. Las disposiciones antielusión de las normativas latinoamericanas van cambiando, si bien varios países tenían en sus disposiciones conceptos muy jurídicos, como el de fraude de ley, simulación o abuso de derecho, poco a poco se abre paso a la configuración conforme a la realidad económica (Colombia, por ejemplo). Otros países como Brasil y Guatemala no poseen la aproximación económica ni cláusulas antiabuso de carácter general, solo la simulación.

Todos los países han implementado normas de precios de transferencia (destinadas a verificar que los precios pactados entre entidades vinculadas correspondan al precio de mercado), con diferencias de país a país y la implementación de métodos desalineados con los de la OCDE. En algunos países las reglas de precios de transferencia se aplican a partes no vinculadas cuando las transacciones involucran un PF, y en otros, como Argentina, se aplica el llamado sexto método que introduce una cláusula especial antielusión. Varios países han implementado normas de subcapitalización, pero algunos no, como

² Para una mayor exposición sobre los aspectos tributarios específicos, véase el Reporte General preparado por los profesores Arnold y Dibout para el Congreso de la International Fiscal Association (Arnold, B. y Dibout, P, 2002).

Bolivia. Las reglas sobre entidades extranjeras controladas (CFC, por sus siglas en inglés) también han sido incorporadas como mecanismo para evitar el diferimiento del impuesto en jurisdicciones de baja imposición. Así mismo, medidas para atribuir las rentas pasivas a jurisdicciones de baja tributación y PF también se han implementado en algunos países latinoamericanos, con mención expresa a los PF en algunos casos o como medidas generales en otros.

3.2. Definiciones de los paraísos fiscales

En la comprensión de los PF es preciso destacar que no existe una definición unívoca, universal o de derecho internacional y que la visión que la comunidad internacional o los países individuales tengan de aquellos puede variar significativamente en relación con lo que los propios PF piensan de si mismos. A nivel de derecho positivo, depende de las calificaciones de las legislaciones internas de cada país. No obstante, son destacables los varios intentos de organismos internacionales para generar una definición de alcance universal; que no necesariamente coinciden con los más relevantes para la categorización en materia penal, ligada al ocultamiento de activos y capital.

3.2.1. El arlequín: una cosmovisión de los paraísos fiscales

Los PF defienden su naturaleza como centros financieros y por lo general, gozan de democracias y economías estables, con normas bastante desarrolladas para la seguridad de las inversiones y de la realización de las transacciones bancarias (Government Commission on Capital Flight from Poor Countries, 2009, p. 15). No es inusual que el calificativo de PF sorprenda a sus residentes. Esto se debe, en parte, a que suele suceder que la carga impositiva que pesa sobre los nacionales de dichas jurisdicciones sea bastante alta y difiera ampliamente del trato a los no residentes. Así, queda al descubierto una de las características de estas jurisdicciones y es el poseer sistemas tributarios de doble faz: una que regula la imposición de los residentes y otra la de personas o empresas extranjeras que, aunque tienen una conexión tributaria superficial, gozan de beneficios a los que no pueden acceder los residentes, como por ejemplo, no pagar el impuesto o hacerlo a una tarifa cero o muy baja, gozar de una amplia red tratados para

evitar la doble imposición y beneficiarse de la falta de intercambio de información.

3.2.2. La definición por listados

Los países que muchos consideran como PF no siempre coinciden con los que así se consideran para efectos del derecho tributario. En lo que respecta a los listados de PF, estos no se limitan a los que emitía la OCDE (OECD, 2002). También se encuentran, por ejemplo, las listas del Fondo Monetario Internacional, la UE, el G20 en cooperación con la OCDE y el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Incluso, organizaciones como Tax Justice Network (Meinzer, M. 2016) y OXFAM cuentan con sus propios listados. Además de estos, hay listas de jurisdicciones cooperativas (listas blancas como las de Argentina), a pesar de la preponderancia de las listas negras (p. ej. Brasil, Colombia, Ecuador, España, El Salvador, México, Países Bajos, Perú y la UE). No siempre son conocidos los criterios adoptados para incluir las jurisdicciones en los listados, pero hay legislaciones que ya incluyen condiciones que permitirían calificar una jurisdicción como de baja tributación (p. ej. Colombia y Chile).

Si bien es cierto que los listados son útiles a los efectos que determine cada derecho interno, los listados no son uniformes. Algunos de los países que aparecen en unas listas no aparecen en otras. En 1988, la OCDE afirmaba que estas jurisdicciones no gravan el capital o lo hacen a una tasa muy baja, poseen regímenes especiales para sociedades de papel (shell companies), no son transparentes en relación con la titularidad de las cuentas y activos, no ejercen una supervisión efectiva sobre estas, y poseen un intercambio de información inexistente o no efectivo con otras jurisdicciones, lo que dificulta la identificación de la elusión tributaria, que puede desembocar en algo tan importante como el delito de fraude fiscal (OECD, 1998).

En los últimos años, la OCDE no ha emitido nuevas listas, el interés de la Organización se ha centrado en aspectos específicos de las jurisdicciones no cooperantes tales como la transparencia, el intercambio de información y los regímenes preferenciales.

3.3. *La tarifa del impuesto*

El establecimiento de una tarifa específica del impuesto sobre la renta para clasificar a un país como PF es un tema que ha suscitado controversia, no solo porque no es claro cual debe ser el criterio decisivo en el establecimiento de una tarifa “universal” del impuesto de sociedades. Para algunas organizaciones, como Oxfam, la tarifa cero es una de las típicas ofrecidas por estas jurisdicciones (Oxfam International, 2017). Si bien es cierto que durante mucho tiempo era uno de los criterios, hoy día la preocupación no es solo por jurisdicciones que no gravan o eximen de gravamen la totalidad de las rentas, también por aquellas que no teniendo una tarifa cero son de baja tributación y especialmente por los países que manteniendo una tarifa alta en general, permiten regímenes que estando dentro de su circunscripción ofrecen condiciones bien diferentes, como es el caso de Nevada y Nueva York en los Estados Unidos, o el de Londres respecto del Reino Unido, entre otros.

A nivel nacional, algunos países ya no emplean la denominación PF sino que regulan lo relativo a regímenes preferenciales, considerando allí a los ingresos que no están gravados en el extranjero o que estándolo gozan de una tasa impositiva inferior al 75% del impuesto que se causaría y pagaría por las sociedades residentes³. Un criterio recurrente en las normativas internas relativas a PF atañe a la inexistencia de intercambio de información [p. ej. España (Secretaría de Estado de Hacienda, 2014)]. Esta resultaba ser una de las mayores dificultades en el establecimiento de la carga tributaria, pues una vez los activos se ubican en dichas jurisdicciones era prácticamente imposible conocer de su existencia. A este fenómeno nos referimos con mayor detalle en breve.

A las dificultades de lo que muchos consideran es un *race to the bottom*, una carrera peligrosa global a la baja de las tarifas del impuesto sobre la renta corporativo por problemas de competencia perniciosa entre Estados por las inversiones o simplemente por las rentas, se da respuesta parcial en la lucha contra los llamados “regímenes preferenciales” con la acción 5 de BEPS llamada a combatir las

³ Este es el caso de México (Observador fiscal, 2009).

prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia. En este caso más orientado a combatir la transferencia artificial de utilidades por falta de transparencia entre los acuerdos individuales entre Administraciones de Impuestos y un contribuyente y que difieren de las reglas generales aplicables a otros contribuyentes, estando dentro del marco de las facultades legales para la expedición de los llamados “*rulings*”. Recientemente los *rulings* han sido muy cuestionados por la Comisión Europea por el trato selectivo y eventualmente violatorio del régimen de ayudas de Estado concedido por Administraciones de Impuestos de países de la Unión a contribuyentes específicos.

En relación con la sustancia los criterios están llamados a negar los beneficios de la ley tributaria cuando no existe actividad sustancial, como por ejemplo sucede con las llamadas compañías de papel o buzón, en la que ni existe personal ni se desarrolla función económica alguna, solo se manejan grandes cuentas. Del mismo modo, sobre la transparencia, la Acción 5 de BEPS conlleva un marco de referencia bajo el que se incluyan todos aquellos acuerdos previos entre la administración tributaria competente y un determinado contribuyente que puedan suscitar preocupación por posibles prácticas elusivas BEPS ante la falta de un intercambio espontáneo de información relevante con carácter obligatorio siempre que haya información disponible o cuando existan dichos datos.

3.4. Problemas históricos y geopolíticos

La problemática de los PF afecta tanto a los países que no tienen un PF como a aquellos que están relacionados con los mismos, especialmente cuando son territorios de ultramar de países desarrollados o cuando, incluso, se encuentran en sus propios territorios o forman parte de sus jurisdicciones. Varias de las jurisdicciones que se consideran PF son territorios de ultramar de algunos de los países industrializados y/o exportadores de capital. Esto sin olvidar los vínculos que ataban a Panamá con los Estados Unidos, o en otras latitudes a Hong Kong con China (antes con el Reino Unido). Para nadie es desconocida la relación de las islas caribeñas de Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Caimán, Islas Turcas y Caicos con el Reino Unido, las Seychelles con la mancomunidad británica de naciones, de

Hong Kong hoy día con China, pero antes con el Reino Unido y para no ir tan lejos de varios Estados de los Estados Unidos de América, dentro de su territorio, o fuera de este, como Puerto Rico. Aunque uno podría pensar que el problema es más bien no tener un PF, hoy día hay bastante presión sobre dichas jurisdicciones. La problemática se deriva, por una parte, de la competencia de capitales disfrazada o incentivada tributariamente y por otra, de la opacidad que facilita el anónimato y la criminalidad.

En los listados aparecen o han aparecido Suiza, Irlanda, Nueva York, Nevada, Lóndres, Frankfurt, Bélgica y el Reino de los Países Bajos, entre otros. Para los países latinoamericanos la situación es diferente al caso de los países y territorios de ultramar (los OCTs). Panamá logró su independencia de los Estados Unidos, y otros países que aparecían o figuran en listas de PF de algunos países, como por ejemplo Costa Rica, Panamá o Uruguay, son países que, si bien fueron colonias españolas, hoy en día son totalmente independientes. Más aún, Costa Rica y Panamá firmaron la Convención Multilateral y van por buen camino en la exclusión de los listados.

Países del continente americano y del Caribe que aparecen o han aparecido en listas de PF incluyen, entre otros, Anguila, Antigua, Aruba, Bahamas, Barbados, Belice, Costa Rica, Islas Vírgenes Británicas, Panamá y Uruguay. En Europa cuentan Gibraltar, Guernsey, la Isla de Man, Jersey, Lichtenstein, Luxemburgo, Malta y Mónaco. Varios de los territorios de ultramar de algunos miembros de la UE también figuran en los listados, además de los relacionados con el Reino Unido.

La pregunta hoy en día es qué hacer con los PF. Hay consciencia de los países europeos que están a la cabeza de las listas de centros financieros y paraísos fiscales: Malta (posición 6), Chipre (posición 10), Liechtenstein (posición 12), Suiza (posición 19), Irlanda (posición 25) y Luxemburgo (posición 26). También hay una evaluación del Parlamento Europeo de abril de 2017 en relación con la evasión tributaria y el lavado de activos en los países y territorios europeos de ultramar de Dinamarca, Francia y Países Bajos. Tras el Brexit, el Reino Unido no es un país miembro de la UE. Groenlandia forma parte del estudio [Ioannides y Tymowski (Eds), 2017].

Conforme destaca la UE: “Los acuerdos institucionales sobre los países y territorios de ultramar (OCTs) con los países miembros res-

pectivos afectan directamente la posibilidad de establecer políticas y adoptar normativas, incluidas las tributarias y las del lavado de dinero. En tanto que los tratados europeos no contienen obligaciones específicas para que los países miembros aseguren la aplicación del derecho europeo sobre sus territorios de ultramar, corresponde a los miembros (Dinamarca, Francia, Países Bajos) asegurar el cumplimiento de las reglas de cooperación tributaria internacional y de las medidas contra el lavado de dinero”. De la misma manera queda abierto el tema para los no pocos territorios de ultramar del Reino Unido (Electoral Commission), y para los Estados Unidos, cuando se dice que 14 de sus Estados no son muy transparentes. No obstante, la problemática tiene implicaciones políticas complejas. La contribución de los fenómenos tributarios de los últimos años a la evolución en este tema es la identificación de los factores “perniciosos” o dañinos de los paraísos fiscales y el establecimiento de reglas de juego globales orientadas a la transparencia y al intercambio de información, que se analizarán a renglón seguido.

4. OBLIGACIONES FORMALES Y HERRAMIENTAS TRIBUTARIAS

Durante siglos, el derecho tributario funcionó en muchos países bajo estándares que de alguna manera no facilitaban el conocimiento de la situación tributaria real de los contribuyentes y que poco añadían a la lucha contra los delitos económicos, incluidos los fiscales y la corrupción. Frente al derecho humano constitucional y legal que asiste al contribuyente de no declarar en su contra, existía el deber de declarar sus rentas de fuente mundial, acompañado de toda una serie de barreras que impedían a las administraciones tributarias conocer sus ingresos nacionales y de fuente extranjera. Así, frente al deber formal de declarar su renta mundial en muchos países el muro de limitaciones de la administración para conocer dicha renta solo crecía y hacía más difícil la comprobación de la situación fiscal de los contribuyentes.

Ese muro estaba apoyado en un gran bloque de elementos de alguna manera atados a la cultura de la privacidad y del marcado carácter territorial de las finanzas públicas aunado a la poca coordina-

ción internacional para verificar el cumplimiento de las obligaciones formales y sustanciales tributarias, en el poco y limitado intercambio de información entre administraciones de impuestos o entre administraciones de impuestos y otras autoridades (por ejemplo, con la prohibición de intercambios masivos de información, prohibición de expediciones de pesca tributaria, etc.), en el secreto bancario que impedía tener conocimiento de las cuentas, en el secreto profesional que impide o impedía el acceso a las estrategias y las asesorías para la canalización de los recursos, pues no resultaba sencillo lograr ni los fines del derecho tributario ni mucho menos la articulación con otras políticas o medidas en relación con el seguimiento de los delitos fiscales o con prácticas que hoy en día se conocen como de planeación tributaria abusiva o agresiva.

Los estándares indicados vienen siendo objeto de modificación. Progresivamente se abre paso a una nueva cultura jurídica en la cual la información económica de los contribuyentes ha de estar al alcance tanto de las administraciones como de los ciudadanos. A diferencia de los países nórdicos, en el resto del mundo, ese no era el estándar. Por otra parte, si bien es cierto que el derecho a no inculparse está plenamente reconocido, ya no es tan fácil esconderse bajo el manto del secreto y la confidencialidad profesional, ni de las instituciones financieras, ni de los intermediarios que contribuyan a la estructuración e implementación de planeaciones que puedan afectar los intereses del Estado.

En el entramado internacional, las medidas adoptadas han girado en torno a brindar soluciones al problema de la competencia perniciosa entre los Estados y a promover la transparencia y el intercambio de información financiera y tributaria relevante entre los Estados, con el fin de acabar con el secreto bancario y controlar la trazabilidad de las operaciones. En lo que respecta a la competencia perniciosa, la premisa es que los Estados, en ejercicio de su soberanía, pueden diseñar sus sistemas tributarios autónomamente y según sus prioridades y objetivos. En desarrollo de dicha facultad, algunos Estados adoptaron regímenes tributarios que difieren ampliamente de estándares o rasgos distintivos característicos de la mayoría de las jurisdicciones, mediante el establecimiento de, por ejemplo, tarifas nominalmente inferiores o beneficios especiales para ciertas rentas; con el fin de atraer la inversión. Esas medidas se han tornado en una carrera entre Esta-

dos por ofertar un régimen tributario más favorable (Oxfam International, 2016), que generó una respuesta en el seno de la OCDE y de los Estados, en general.

Las medidas de coordinación internacional relacionadas con la competencia perniciosa y el cobro de impuestos datan de 1996, con la Reunión del G8 en Lion. Con un comunicado económico sugestivo: “Making a Success of Globalization for the Benefit of all”, el G8 reclamó la adopción de medidas multilaterales bajo las cuales los países pudieran operar individual y colectivamente para limitar las prácticas que generasen competencia tributaria dañina entre Estados y que conllevasen riesgos de distorsión del comercio y la inversión, así como la erosión de las bases tributarias nacionales (G8, 2009).

En la Cumbre del G20, en 2009, el tono de las declaraciones además de sugestivo, resultó amenazador, acordándose tomar acciones contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales, la disposición para desplegar sanciones para proteger sus finanzas públicas y los sistemas financieros y el anuncio del fin del secreto bancario (G20, 2009). Como consecuencia de estas reuniones, el foro OCDE encargado de evaluar los riesgos derivados del incumplimiento tributario en el marco de los paraísos fiscales se transformó en el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información para Fines Tributarios.

Como quiera que el foco de las medidas sobre competencia perniciosa se ha centrado en el combate a las jurisdicciones opacas y de baja o nula imposición (los PF), a continuación, presentamos los principales instrumentos adoptados como contención a la competencia fiscal perniciosa enfocada en estas jurisdicciones.

4.1. Secreto bancario e impacto en instituciones financieras

En 2009, la declaración final del G-20, emitida con ocasión de la Cumbre realizada en Londres, proclamó el fin de la era del secreto bancario (Develba, N. y Niels, D., 2015, p. 298). La adopción en Estados Unidos del Foreign Account Tax Compliance (FATCA) y la publicación del Estándar Común de Reporte (CRS, por sus siglas en inglés) por parte de la OCDE han forzado a las entidades financieras a revelar información antes amparada bajo el secreto, en un cambio de

paradigma que trasega hacia el intercambio automático de información como estándar uniforme, en la lucha frontal contra la evasión fiscal y delitos como el narcotráfico y la financiación del terrorismo. El CRS destaca como un acuerdo internacional para intercambiar datos sobre cuentas bancarias y ha obligado a las instituciones financieras a determinar en dónde están sujetos a impuestos sus clientes, desde el 2016.

Además del ataque al secreto bancario, otras entidades que se amparaban en la confidencialidad están obligadas hoy en día a proporcionar información cuando las transacciones involucran PF o jurisdicciones de baja tributación. Este es el caso, por ejemplo, de las casas de Bolsa y otros intermediarios financieros. En México, por ejemplo, el Servicio de Administración Tributaria solicitó a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores obligar a bancos y casas de bolsa a proveer una lista de clientes que hubiesen realizado transacciones o inversiones en PF, con el establecimiento de sanciones para entidades que no cumplan (Alper, 2016).

Finalmente, es preciso indicar que las instituciones financieras se han visto bajo presión en jurisdicciones consideradas de baja tributación, tras escándalos de fuga de información en varios casos famosos como el del HSBC y el llamado Swiss Leaks, el de LGT en Liechtenstein han dado cuenta de la existencia de cuentas no declaradas y que contribuyen a la evasión, pero también en muchos casos a la corrupción. Como consecuencia, se han adoptado varias medidas para proteger a aquellas personas que reporten a quienes infrinjan la normativa, como sucede en la Directiva Europea (EU) 2019/1937 del Parlamento y el Consejo Europeo de 23 de octubre de 2019.

4.2. Los intermediarios (abogados, contadores, etc.)

Las medidas no se agotan en el intercambio de información financiera o tributaria. Más recientemente, ha trascendido a otros ámbitos como el secreto profesional, que solía estar protegido en las cláusulas de intercambio de información contenidas en los tratados internacionales, bien en los Convenios para evitar la Doble Imposición (Conv-DI) o en los Convenios de Intercambio de Información. La privacidad y confidencialidad en la relación abogado —contador— cliente ha sido cuestionada desde la perspectiva tributaria desde el 2016, año

en que se anunció la propuesta de normativa de la Comisión Europea para conceder facultades a las autoridades para requerir a los asesores tributarios, entre ellos contadores y abogados y sus bufetes, y a los bancos, información sobre el diseño e implementación de planeaciones tributarias para sus clientes, cuando estas son potencialmente agresivas.

En el 2018 se aprobó la Directiva 2018/822/UE, comúnmente conocida como DAC6. Esta Directiva fue introducida por la Comisión Europea y se centra en los acuerdos transfronterizos y la divulgación de transacciones reales. La nueva Directiva se enfoca en los intermediarios tributarios, endilgando a estos y al contribuyente la responsabilidad sobre los acuerdos agresivos y su deber de información, reforzando así las medidas que venían con la Directiva 2011/16/EU. Los intermediarios o contribuyentes relevantes que tengan un nexo con la UE deberán presentar información sobre una amplia gama de “acuerdos transfronterizos” notificables a sus autoridades fiscales locales. El objetivo de la DAC6 es permitir a las autoridades fiscales de los Estados miembros de la UE obtener información completa y relevante y tomar medidas rápidamente para contrarrestar las prácticas fiscales nocivas, cerrar posibles lagunas y disuadir a los contribuyentes de aprovechar una planificación fiscal agresiva. La Directiva se suma a las medidas pro-transparencia, reforzando el intercambio mundial de información de las cuentas bancarias y que había sido implementado en el 2014 por la Directiva 2014/107/EU.

Por intermediario se entiende

cualesquier persona que diseñe, comercialice, organice, ponga a disposición para su ejecución un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información, o que gestione su ejecución. Significa asimismo cualquier persona que, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias pertinentes y sobre la base de la información disponible así como de la experiencia y los conocimientos en la materia que son necesarios para prestar tales servicios, sabe o cabe razonablemente suponer que sabe que se ha comprometido a prestar, directamente o por medio de otras personas, ayuda, asistencia o asesoramiento con respecto al diseño, comercialización, organización, puesta a disposición para su ejecución o gestión de la ejecución de un mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información. (Artículo 3-21 en la Directiva 2011/16/EU conforme al texto modificado en el 2018).

Según la Directiva, corresponde a cada país implementar las medidas acordadas y establecer las sanciones respectivas conforme a los criterios que la Directiva enuncia. La Directiva no se refiere en concreto a los PF pero impone la obligación de informar mecanismos transfronterizos con posibles consecuencias sobre el intercambio automático de información o la identificación de la titularidad real. El foco de la Directiva no es la corrupción, el objeto está directamente relacionado con la elusión y el abuso, y en línea con la acción 12 de BEPS a la que nos referimos posteriormente.

Algunas de las medidas contra los intermediarios ya existían en algunos miembros, como en el Reino Unido antes del Brexit, o Irlanda y Portugal, que mantienen algunas sanciones a los intermediarios que favorecen la elusión. A diferencia de la tendencia de los países europeos indicada, en Colombia la Corte Constitucional concluyó que una normativa de la naturaleza indicada, que involucre excepciones al secreto profesional, no tiene viabilidad constitucional (Corte Constitucional, C-200/12) y, en todo caso, los proyectos de ley que se han tramitado al respecto no han prosperado en el Congreso. El caso más reciente fue el proyecto de ley 178/16 que, a la postre se convertiría en la Ley 1819 de 2016, que incorporaba un régimen de revelación de estrategias de planeación tributaria, que se hundió en el Congreso. En otros países latinoamericanos se discute el tema, recientemente implementado en México.

4.3. El intercambio de información y la transparencia

El primer Modelo de ConvDI de la OCDE introdujo, en 1963, el intercambio de información como mecanismo de control de cumplimiento de obligaciones para los contribuyentes con ingresos de fuente extranjera (Cockfield, 2010, p. 422). Sin embargo, con el impacto de las tecnologías, las amenazas de seguridad después del 11 de septiembre y el advenimiento de fenómenos como los PF, el intercambio de información persigue múltiples objetivos que van desde la lucha contra la evasión hasta la lucha contra el terrorismo y el lavado de dinero (Cockfield, 2010, p. 431).

Esos nuevos objetivos conllevaron a la adopción de diferentes instrumentos, como la Convención de Mutua Asistencia Administrativa, en el seno de la OCDE, la creación del Foro Global de Transparencia

y la adopción de instrumentos como el FATCA en los Estados Unidos con la adopción del Estándar de Reporte Común, en 2014, como consecuencia del clamor del G20 para acabar con el secreto bancario (Develba, N. y Niels, D., 2015, p. 298). Adicionalmente, se han celebrado convenios de intercambio de información entre autoridades tributarias a través de los cuales es mucho más fácil acceder a la información de los contribuyentes.

La adopción de estos últimos estándares ha forzado a las entidades financieras a revelar información antes amparada bajo el secreto, en un cambio de paradigma que trasiega hacia el intercambio automático de información como estándar uniforme. A raíz de la solicitud del G20 y la OCDE se desarrolló el llamado CRS (*Common Reporting Standard*), con el que se busca limitar las oportunidades para que los contribuyentes eludan la presentación de informes. El CRS es un estándar global para el intercambio automático de información de cuentas financieras. Exige que las instituciones financieras (IF) informen las cuentas mantenidas directa o indirectamente por residentes fiscales extranjeros a su autoridad fiscal local y que las autoridades fiscales intercambien la información de la cuenta.

Como acuerdo internacional para intercambiar datos sobre cuentas bancarias, desde el 2016 el CRS ha obligado a las instituciones financieras a determinar dónde están sujetos a impuestos sus clientes. Adicionalmente, otra información relevante, como los acuerdos entre administraciones tributarias y contribuyentes específicos, entre otros, es sujeto de intercambio, en especial los de acuerdos mediante los cuales se conceden tratos selectivos diferentes a los que prevé la ley (G-20. OECD, 2015). Estos acuerdos quedaron al descubierto con los escándalos de filtraciones de cuentas bancarias en países que algunos países consideran como PF y que fueron denunciados por reporteros en casos como los de Panamá papers, Lux papers, entre otros.

Desde el 2018 el CRS incluye un modelo de reglas de divulgación obligatoria para evitar acuerdos elusivos y estructuras *offshore* opacas, esto es aquellas que tienen el efecto de no permitir la identificación del beneficiario efectivo y de las técnicas usadas para este objetivo, tal como el uso de testaferros secretos, en línea con la Acción 12 de BEPS. Este modelo implica revelar los detalles del acuerdo, o estructura, los clientes, usuarios, intermediarios y personas involucra-

das, con el objeto de desestimular a los asesores de impuestos y otros intermediarios de promover ciertos esquemas (OECD, 2018b).

Las dificultades para obtener información y colaboración de las autoridades de otros países, que generaban además un clima propicio para el abuso en la planeación tributaria, se han limitado significativamente.

5. DELITOS ECONÓMICOS Y COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES PENALES Y TRIBUTARIAS

Las noticias relativas a los delitos contra la hacienda están de moda hace ya varios años. Frente a la problemática penal de la opacidad y, por tanto, el anonimato, el intercambio de información y la transparencia pueden contribuir en su lucha y persecución de quienes se esconden bajo estructuras y países que aún posibilitan la opacidad; de suerte que las nuevas herramientas al servicio del derecho tributario pueden facilitar la cooperación interadministrativa entre las autoridades penales y fiscales. Un caso paradigmático y de los pocos en que delitos económicos como el lavado de activos y el fraude fiscal convergen en una figura pública, con condena de prisión es el del exministro Frances Jérôme Cahuzac, decidido por la Corte de Apelaciones de París en el 2016. Durante años, el exministro del presupuesto tuvo una cuenta oculta en UBS de Suiza que cerró en el año 2010, año que coincide con la declaración del fin de la era del secreto bancario, a la que contribuyó Francia como miembro del G20. Tras negar su existencia, enrutó los activos hacia Singapur y de allí hacia una compañía conducto en las islas Seycheles. Los dineros no habían sido reportados al fisco francés, de la misma manera que tampoco lo habían sido otras cuentas de su exesposa en la Isla de Man (Open Source Investigations, 2016).

El caso del exministro motivó la creación de una entidad anticorrupción por parte del presidente Hollande, del que Cahuzac fuera ministro de presupuesto. Para aquella época apenas comenzaban a gestarse los cambios en materia de transparencia tributaria. Para el 2010 se había declarado el fin del secreto bancario. El descubrimiento de las cuentas fue consecuencia de investigaciones periodísticas de Mediap(Arfi, 2012) y no de dichas medidas. Tras este caso, los países

del G7 emitieron la Declaración de Bari del G7, del 13 de mayo de 2017, sobre la lucha contra los delitos fiscales y otros flujos financieros ilícitos, apoyando un enfoque holístico para los delitos fiscales y financieros, basado en la cooperación interinstitucional e internacional, especialmente a través de un mejor acceso e intercambio efectivo de información y el compromiso de la lucha en estos países contra los delitos fiscales y financieros, que involucran flujos financieros ilícitos, incluidos los sobornos en el extranjero y, así mismo, contra la corrupción en todas sus formas.

Los miembros del G7 buscan garantizar el acceso a la información de beneficiarios efectivos a las diferentes autoridades involucradas, incluidas las tributarias, las de inteligencia financiera, etc., animando a reforzar la cooperación internacional con el trabajo del GAFI y el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información de la OCDE. En la Cumbre de Bari también se solicitó a la OCDE empezar a debatir posibles vías para abordar los mecanismos concebidos para eludir la comunicación de información, en el marco del CRS o destinados a proporcionar protección de estructuras no transparentes por beneficiarios efectivos, tomando también en consideración normas tipo de comunicación obligatoria de información inspiradas en el enfoque adoptado para los mecanismos de elusión descritos en el informe sobre la acción 12 del proyecto BEPS.

Conforme se reportó en la Cumbre del G7 de 2018, la OCDE avanzó con el reforzamiento de las reglas de divulgación obligatoria, el fortalecimiento de la capacidad técnica de las países en relación con la cooperación inter-institucional, incluida la publicación de la tercera edición del estudio sobre el particular en el ámbito de los delitos tributarios y otros crímenes financieros, así como con el desarrollo de capacidades para la lucha contra los delitos tributarios y financieros (Gurría, 2018). Aunque la corrupción no es un delito contra el fisco, la información que reposa en las diferentes autoridades puede ser muy relevante. El estudio OCDE sobre cooperación efectiva para la lucha contra los delitos tributarios y financieros da cuenta de las posibilidades que existen de interacción entre las dependencias del Estado, en particular con el intercambio de información en casos de corrupción.

Las autoridades tributarias no siempre tienen acceso a la información de investigaciones sobre corrupción. Según el estudio, solo en Noruega y Estonia las autoridades tributarias tienen acceso a la información que maneja la entidad que investiga el delito. En Austria, la República Checa, Alemania, Israel, Suecia y Suiza las autoridades que investigan el delito tienen la obligación de proveer la información a las autoridades tributarias, aunque en la República Checa eso puede ser distinto si el intercambio puede poner en peligro la investigación del delito de corrupción u otro crimen. En otros países podría compartirse la información, pero no es obligatorio y en algunos opera a pedido. También se analiza cuando las autoridades que investigar la corrupción pueden alertar a las tributarias de la comisión de delitos tributarios. Mientras que en algunos países existe la obligación de informar (p. ej. Austria, Bélgica, Chile, Ecuador, Finlandia, Países Bajos y Perú), en otros podrían hacerlo, aunque no existe dicha obligación (Canadá, Costa Rica, Irlanda, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos). En relación con otras variables, remitimos al estudio realizado por la OCDE en el 2017 (OECD, 2017).

En el ámbito del derecho europeo, en 2016 y 2017 se publicaron varios estudios del Consejo Europeo y del Departamento de Política de la Dirección General para políticas internas de la UE, que buscan allanar el camino. Los estudios muestran cada vez mayor interacción entre crímenes como la evasión fiscal y otros delitos como el lavado de activos y la corrupción. Más aún, se abre paso el reconocimiento de que estos delitos están en el mismo nivel de delitos que atentan contra la seguridad del Estado y no solo contra las finanzas. Las normativas en el ámbito criminal poseen una aproximación con dos caras: la política de prevención y la política de represión. Los casos de los delitos de lavado y corrupción han sido más analizados. La faceta preventiva busca evitar que los criminales usen instituciones para lavar los beneficios de sus crímenes y generar transparencia suficiente para evitar que se usen instituciones para el lavado (Levi, M. y Reuter, P. 2006, p. 297). La faceta represiva busca sancionar el lavado, usualmente a través del derecho penal y mediante el embargo y confiscación de activos.

El Grupo de Acción Financiera incluye no solo medidas de debida diligencia en la identificación del cliente y las transacciones, obligaciones de provisión de información, incluidos informes de transacciones

sospechosas, inusuales, de efectivo, entre otras, sino también penas severas que van desde la congelación de bienes y la confiscación de activos, hasta prisión. A nivel de ejecución, las disposiciones europeas de prevención varían y normalmente son del orden administrativo. Aún no existe armonización, pero se avanza en ello con miras a que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. A nivel represivo lo más novedoso está en la consideración del delito de evasión fiscal entre aquellos problemas que afectan la seguridad y protección nacional e internacional.

El último estudio (Parlamento Europeo-Dirección General de Política Interna, 2017) defiende la idea de que Europa ha de encontrar la manera de generar cumplimiento entre sus miembros. Se considera importante crear transparencia con respecto a los registros bancarios, el beneficiario efectivo, la contabilidad tributaria y las investigaciones criminales. Un estudio de 2017 concluye que la regulación de los centros europeos *off shore* sería un paso prometedor (Ioannides y Tymowski (Eds.), 2017). Así mismo, que una política europea homogénea contra el lavado y la evasión fiscal podría requerir aproximaciones diferenciadas por grupos de los países miembros y quizá no una aproximación única.

Para el año 2011 ya estaban identificadas las sanciones administrativas y las penas en los delitos contra la hacienda. La UE incluso explora la posibilidad de armonización en este tema. En América Latina, aunque el tema está de moda, en los ámbitos regionales no se habla de armonización. En este sentido, las disparidades entre países pueden frenar la lucha contra los delitos fiscales y económicos en general. En el ámbito de los delitos tributario se encuentran asimetrías importantes en los tipos penales tradicionales; mientras en algunos países la evasión fiscal no es un delito (p. ej. Suiza), en otros los requisitos lo dejan inaplicable (Colombia). En cambio, las condenas en España por el fraude fiscal son bastante frecuentes y anunciadas ampliamente en los medios de comunicación, pero las penas no siempre son iguales; mientras que en algunos países conllevan las sanciones económicas y la privación de la libertad, en muchos esta última es intercambiable por una compensación dineraria.

6. BEPS Y CORRUPCIÓN

En el año 2012, a petición del G20, la OCDE dio inicio al plan conocido por sus siglas en inglés como BEPS (*Base Erosion Profit Shifting*), el cual incluye una serie de acciones para evitar la erosión de la base imponible y prevenir el traslado de beneficios. El paquete de medidas ha sido uno de los más revolucionarios en materia tributaria en el último siglo y para su implementación han servido foros globales creados al interior de la OCDE con países miembros y no miembros, con el control de cumplimiento de estándares mínimos, el *soft law* y mecanismos convencionales del derecho internacional, con una Convención multilateral para implementar medidas relativas a la erosión de la base por la transferencia artificial de utilidades (conocida por sus siglas en inglés MLI).

La OCDE considera que el plan BEPS forma parte de las medidas relacionadas con corrupción y estudios sobre integridad (OECD, 2019a). A pesar de que existen estudios interesantes sobre la relación entre la corrupción y el traslado de beneficios, pues el primer fenómeno reduce los costos y facilita la implementación del segundo (Bilicka, Seidel, 2020), no es claro, sin embargo, como la OCDE establece la conexión entre elusión y corrupción. En nuestra opinión, no todo caso de elusión conlleva a corrupción en el sentido que cobra ante el derecho penal, aunque es bastante probable que casos de corrupción se valgan de la elusión o de la evasión como mecanismo para ocultar activos y desviar las rentas hacia jurisdicciones no transparentes (por no intercambiar información), y que en esta medida facilitan el ocultamiento de activos. Así, algunas de las medidas adoptadas mediante el plan BEPS pueden constituir un elemento importante de contención frente a los delitos asociados a la corrupción, especialmente, mediante la transparencia y los reportes de información. De hecho, tal como lo reconoce Transparencia Internacional, el proyecto BEPS coadyuva a establecer la trazabilidad de las operaciones (Transparencia Internacional, s.f.).

La acción 5, motivada por la competencia fiscal perniciosa y los regímenes tributarios preferentes, exige el reporte de decisiones administrativas que concedan tratamientos preferenciales en favor de contribuyentes en temas tan variados como el régimen de precios de transferencia, establecimientos permanentes, u otros que puedan generar un traslado de beneficios ante la falta de un intercambio espon-

táneo de información. Así mismo, los Estados discutieron y aprobaron en consenso el establecimiento de un nexo para regímenes de propiedad intelectual, bajo el cual se exige que los contribuyentes incurran en ciertos costos y gastos asociados a la investigación y desarrollo para que puedan beneficiarse de regímenes especiales de propiedad intelectual. Al efecto, se revisaron 43 regímenes preferenciales, que se encontraron contrarios al nuevo nexo. Sin lugar a duda, el intercambio de decisiones administrativas puede ser herramienta útil para identificar el origen de los recursos y sus beneficiarios.

En el marco de la acción 6, se consagraron medidas para evitar el abuso de los ConvDI, por ejemplo, falacias de residencia y el *treaty shopping*, en particular una cláusula general antiabuso en el modelo OCDE y de la denominada cláusula del propósito principal, que permite excluir del ámbito de aplicación a estructuras en las que uno de los principales objetivos es la obtención de un beneficio exclusivamente fiscal. Esto se implementa en la red de convenios a través de un convenio multilateral.

La acción 12, por su parte, propone el reporte de esquemas de planeación tributaria agresiva desarrollados por el contribuyente, con indicación del funcionamiento del esquema y de sus promotores. Ello también puede constituir una herramienta para detectar el ocultamiento de recursos obtenidos ilícitamente al permitir el rastreo de los ingresos en el esquema, como se ha advertido en líneas precedentes.

La acción 13, relativa a los requerimientos de la documentación en el régimen de precios de transferencia, introdujo un elemento muy importante cual es el reporte país por país. Dicho reporte contiene la información financiera de todos los Estados en donde un Grupo Multinacional tiene presencia, ampliando la posibilidad para las autoridades de rastrear la trazabilidad de operaciones y la ruta de manejo y disponibilidad de los recursos, que facilitarían la lucha contra la corrupción.

Así, las acciones resultantes del proyecto BEPS permiten un mejor rastreo de las operaciones, transacciones y esquemas de planeación implementados por los contribuyentes que pueden derivar en la prevención y detección de delitos asociados a la corrupción. Por ende, la implementación de estas medidas puede servir como muro de contención frente a la criminalidad.

7. MEDIDAS SUPRANACIONALES ADOPTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea destacan la política de buena gobernanza, las directivas que abordan la transparencia y el intercambio de información (Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad) con la modificación indicada anteriormente sobre los intermediarios financieros en el 2018, el Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas sobre la inadmisibilidad de medidas fiscales perniciosas, las normas sobre ayudas de Estado, la Directiva contra la elusión fiscal (ATAD 1 y 2) y el listado de paraísos fiscales de 2018.

La política sobre buena gobernanza ha ido evolucionando a lo largo de los años y una conexión entre los sistemas tributarios y la corrupción no es ajena, en particular por la debilidad de las normas frente al uso de jurisdicciones no cooperantes. A continuación, solo destacamos aquellos aspectos más directamente relacionados con la corrupción. En el 2008, el Consejo de Ministros de Finanzas de la UE (Consejo ECOFIN de 14 de mayo de 2008) adoptó una serie de conclusiones sobre buena gobernanza en el ámbito fiscal que reconocen la necesidad de fomentar los principios de buena gobernanza en el ámbito fiscal (cooperación y transparencia) sobre una base geográfica lo más amplia posible, pidiendo además que los acuerdos pertinentes celebrados por la Comunidad y sus Estados miembros con terceros países o grupos de terceros países incluyeran una cláusula al respecto y, de ser necesario, incorporasen en las negociaciones diálogos sobre el particular. En el mismo año, el Consejo ECOFIN acordó seguir luchando contra los riesgos financieros ilícitos surgidos en los países no dispuestos a cooperar y contra los paraísos fiscales.

El fomento de la buena gobernanza fiscal ha estado acompañado de varios esfuerzos. El objetivo general formulado en el 2009 es mejorar la cooperación fiscal y abordar la evasión y el fraude fiscal en un área geográfica lo más amplia posible con medidas concretas para promover mejor los principios de buena gobernanza en el ámbito fiscal (transparencia, intercambio de información y competencia leal

fiscal), tanto dentro de la UE como con respecto a países terceros⁴. También en el 2009, y teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión «Ayudar a los países en desarrollo a afrontar la crisis», el Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores instó a la Comisión a proponer una acción concreta de la UE “sobre el diálogo con los países en desarrollo y la ayuda a estos en materia de fomento de la buena gobernanza fiscal y de unos sistemas fiscales nacionales más efectivos para el logro de los objetivos de desarrollo”.

En el 2010, ECOFIN destacó que prácticas como el flujo ilegal de capitales se ven facilitadas por sistemas fiscales vulnerables respecto a prácticas tributarias perniciosas y a jurisdicciones no cooperativas y por lo mismo se requiere de esfuerzos conjuntos de los países desarrollados y en desarrollo para aplicar los principios de buena gobernanza en el área fiscal, “aumentando así las perspectivas de crecimiento y de reducción de la pobreza de los países en desarrollo y consolidando al mismo tiempo sistemas impositivos a nivel mundial” (Comisión Europea, 2010). Según la Comisión, esto es así en la medida en que la provisión de los servicios públicos necesarios para alcanzar los objetivos del milenio requiere incrementar las rentas internas y además permite a los países asumir sus propias decisiones políticas (Comisión Europea, 2010).

En 2010, en Comunicación de la Comisión al Parlamento y ECOFIN sobre la consolidación de la buena gobernanza en asuntos fiscales en países en desarrollo se destaca la necesidad de fomentar sistemas fiscales eficaces, funcionales, equitativos y sostenibles y contribuir a las reformas fiscales y a reforzar las administraciones fiscales⁵, reconociendo que la responsabilidad primaria de la mejora de sus sistemas y políticas de ingresos corresponde a los propios países en desarrollo. Según la Comisión:

⁴ Conforme consta en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 2009, Comisión Europea, COM(2009) 201 (Comisión Europea, 2009).

⁵ En particular, y en línea con los objetivos de este Consorcio: establecer administraciones fiscales responsables, así como garantizar la existencia de procedimientos simplificados con costes de cumplimiento reducidos; proporcionar a las administraciones fiscales los medios necesarios para tratar con eficacia la información fiscal y asegurar el cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de todos los actores económicos, tanto nacionales como internacionales; promover la responsabilidad nacional y la gestión de las finanzas públicas

La existencia de sistemas fiscales eficientes y equitativos es también esencial para fomentar la democracia y la legitimidad del Estado, ya que los contribuyentes tienden a responsabilizar a su Gobierno del uso dado a los impuestos. Contribuyen a construir un contrato social fiscal sólido entre los ciudadanos y su Gobierno a todos los niveles, que fomenta el cumplimiento de la disciplina fiscal, permite mejorar la gobernanza democrática y económica, aumentar los ingresos gracias a un mayor crecimiento económico y a unas bases impositivas más amplias, y permite combatir la evasión y el fraude fiscales, así como el blanqueo de dinero, la corrupción y la financiación del terrorismo. (Comisión Europea, 2010)

En 2012 se adoptó el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal (COM(2012)722), la Recomendación de la Comisión sobre medidas encaminadas a fomentar la aplicación por terceros países de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal (C(2012)8805), estableciendo criterios que permiten identificar a los terceros países que no cumplan las normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal y enumerando medidas que los Estados miembros pueden adoptar en detrimento de terceros países que no las cumplan y a favor de los que sí. En el 2013 la Comisión Europea creó una “Plataforma sobre la Buena Gobernanza Fiscal, la Planificación Fiscal Agresiva y la Doble Imposición”.

En diciembre de 2014 el Consejo de la UE destacaba la necesidad urgente de avanzar en los esfuerzos en la lucha contra la elusión fiscal y la planeación tributaria agresiva tanto a nivel global como regional. En el 2015, la Dirección General para Políticas Internas publicó el estudio Temas Selectos Sobre Gobernanza Tributaria y Terceros Países, que identifica los retos de quienes diseñan la política tributaria de la próxima década, esto es: reconciliar los sistemas tributarios nacionales con la globalización, rediseñar las reglas tributarias, fortalecer la transparencia tributaria y los procedimientos relacionados con actividades ilícitas y evitar la competencia tributaria dañina. Al mismo tiempo destaca la necesidad de que los gobiernos ejecuten de forma más efectiva las reglas tributarias y anima a capitalizar las nuevas tecnologías para mejorar la actividad de los gobiernos y las AT.

En el 2016 se emitió la llamada ATAD 1, por sus siglas en inglés, que es una Directiva destinada a contrarrestar la elusión entre los países miembros (Directiva 2016/1164) y, en el 2017, ATAD 2 introdujo algunos estándares en relación con terceros países en ma-

teria de híbridos (Directiva 2017/952). En el 2017, la UE emitió por primera vez un listado de paraísos fiscales considerando, entre otras cosas, que estas jurisdicciones facilitan oportunidades para la elusión y sirven para esconder el origen de rentas de actividades ilegales y criminales como consecuencia del secreto y la opacidad⁶. Mediante la Directiva 2016/1164 se establecieron normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.

ATAD 1 puso en práctica el proyecto OCDE sobre BEPS a escala de la UE. Se trata de una acción coordinada a fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior y potenciar al máximo los efectos positivos de la iniciativa contra la erosión de la base imponible y el traslado de utilidades, bajo la consideración de que solo un marco común puede permitir evitar la fragmentación del mercado y poner fin al falseamiento del mercado y a las asimetrías existentes en la actualidad. A tal efecto, se establecen normas relativas a la limitación de la deducibilidad de los intereses, imposición de salida, norma general contra las prácticas abusivas, normas relativas a las sociedades extranjeras controladas y normas para hacer frente a las asimetrías híbridas.

8. ALGUNAS MEDIDAS UNILATERALES

Los Estados pueden adoptar medidas unilaterales tributarias para combatir la corrupción, particularmente mediante las disposiciones sobre delitos económicos. Así, el punto de contacto entre el derecho penal y el derecho tributario se hace evidente mediante el establecimiento de conductas típicas, antijurídicas y culpables consideradas como delito en las legislaciones domésticas. Hoy en día, a estas se le suma la lucha contra el abuso y la planeación internacional agresiva dotando a las autoridades tributarias de un amplio kit de herramientas entre las que cuentan cláusulas generales antiabuso, un test de propósito principal, cláusulas de limitación de beneficios, las llamadas CFC o disposiciones sobre entidades extranjeras controladas, cláusulas de beneficiario efectivo, recaracterización de transacciones y

⁶ Sobre el estado actual, véase European Parliament, 2018.

ajustes de precios de transferencia, entre otros. Muchas de esas figuras ayudan a combatir el fenómeno de la opacidad y del anonimato, al establecer requisitos de sustancia y combatir las empresas de papel.

A continuación, nos referiremos a tres aspectos que consideramos son relevantes en la perspectiva de las medidas unilaterales: a algunos aspectos específicos de los delitos tributarios, al deber de publicación de las declaraciones de impuestos de altos dignatarios del Estado y a la inclusión de conceptos como el beneficiario efectivo en las legislaciones.

8.1. *Tipos penales*

La línea divisoria entre planeación tributaria legítima, elusión, evasión y fraude puede, en ocasiones, no ser muy nítida. A muy grandes rasgos se dice que la planeación legítima hace uso de los recursos previstos en la ley para optimizar la carga tributaria, el fraude, por su parte, involucra la mala fe del contribuyente en la suscripción de operaciones dudosas para obtener una ventaja tributaria (Stoica, 2017) y que la evasión comporta un acuerdo ilegal para esconder o ignorar la responsabilidad en el pago de los tributos (OECD, *Glossary of tax terms*). Algunos sistemas jurídicos, como el colombiano, ligan el concepto genérico de evasión con el de fraude fiscal, partiendo de un quebrantamiento de la ley, en el cual, a pesar de que el contribuyente está sujeto a una obligación tributaria, por acción u omisión, evita su pago de manera consciente; tal como lo señala la sentencia C-015 de 1993, proferida por la Corte Constitucional colombiana. Por lo cual, no es clara la distinción entre fraude y evasión.

Varios ordenamientos confieren la categoría de delito al fraude fiscal. Sin embargo, algunos autores (Calderón, 2000), distinguen entre el fraude fiscal como conducta omisiva del contribuyente, que deriva en el quebrantamiento de la ley y por ende en una conducta ilícita, del fraude a la ley, en el cual se implementa un esquema artificioso con el fin de obtener una ventaja fiscal, que no necesariamente infringe la ley penal. Esto es coherente con la concepción del derecho penal como *ultima ratio*, pues tal como lo señala Velásquez: “*las sanciones penales son las más drásticas de que dispone el orden social*” (Velásquez, 2007). Así, la pregunta relevante es: ¿cuándo el fraude fiscal o la evasión son socialmente reprochables e interesan al derecho penal? (Tondini, 2012).

Tal como lo afirma Rueda, el delito tributario ha sido dinámico en el sentido de que las conductas que hoy se consideran reprochables, no se consideraban tal hace algunos años (Rueda, 2017). En esencia, el rol del delito tributario penal es limitado, pues, por regla general, los Estados no pueden condenar penalmente a los ciudadanos por adeudar sumas de dinero, ni mucho menos por incumplir deberes formales como la no presentación de las declaraciones. Con todo, cuando el incumplimiento del deber y la ausencia de pago comprometen de manera considerable la labor de fiscalización de las administraciones, y el recaudo, afectando las funciones del Estado y la naturaleza de recursos que resultan a la postre públicos, es deber del Estado intervenir, a través del derecho penal.

Más aún, el fraude fiscal puede ser conexo a delitos típicamente asociados a la corrupción, pues el criminal, en afán de desviar la atención de las autoridades, incumplirá también con sus deberes en la órbita tributaria; sobre todo en las primeras fases de la comisión de una conducta criminal (Fernández, 2009). Así, la relación entre el fraude fiscal (como conducta penalmente reprochable) y los delitos asociados a la corrupción puede ser estrecha, pues la indebida obtención de recursos puede derivar en el cumplimiento indebido e ilegítimo de las obligaciones tributarias.

Con todo, el desarrollo del delito fiscal no es uniforme en las legislaciones domésticas; algunos Estados utilizan el derecho penal como verdadero último recurso ante conductas que nacen de lo tributario y desembocan en lo penal, mientras que otros flexibilizan el uso de la penalización. En países como Estados Unidos, la legislación consagra expresamente el delito de evasión tanto en el diligenciamiento de las declaraciones tributarias como en el pago del impuesto debido, sin que se requiera probar un monto determinado para iniciar la acción penal (Office of Chief Counsel Criminal Tax Division, 2009). En otros países latinoamericanos como Colombia, el rol de los delitos tributarios es mucho más limitado, circunscribiéndose a la omisión de activos y pasivos y al incumplimiento en el deber de declarar retenciones en la fuente y el impuesto sobre las ventas. Con todo, en ninguno de estos delitos se ataca frontalmente el fenómeno de la corrupción.

A diferencia de lo anterior, hay legislaciones en las que el delito tributario puede tener una relación intrínseca con la corrupción. Por

ejemplo, en Perú, la legislación penal consagra el delito de defraudación tributaria para aquellos casos en los cuales el contribuyente deja de pagar en todo o en parte los tributos a cargo, induciendo a error a la administración. Es interesante advertir que en los casos en los que la administración encuentre diferencias no justificadas en los costos e ingresos reportados en las declaraciones, lo que se denomina desbalance patrimonial, es posible iniciar la acción penal atribuyendo el delito de defraudación (RPP Noticias, 2016). Ello constituiría un elemento interesante de lucha contra la corrupción, pues los delitos asociados a esta pueden derivar en la omisión de ingresos o reporte de costos, que permitirían determinar la trazabilidad de los recursos.

Adicionalmente, en ordenamientos como el español, las autoridades jurisdiccionales han extendido la responsabilidad penal por fraude tributario a los asesores tributarios. En Sentencia 970 de 21 de diciembre de 2016, la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo Español condenó a un abogado por asesorar y ayudar a su cliente en el ocultamiento de inversiones ilícitas, conocidas por el asesor, a través de la canalización de los dineros mal habidos mediante el despacho del abogado. Esta responsabilidad conjunta derivada del delito tributario y el blanqueamiento de dineros demuestra otra de las conexiones entre el derecho penal tributario y la corrupción.

A pesar de lo anterior, es claro que el foco del delito tributario no es combatir la pérdida de recursos en manos de los corruptos, sino la pérdida general de recursos con los más variados propósitos; por lo cual el derecho penal tributario no es la primera línea de acción o combate en contra de la corrupción. A nivel administrativo, en cambio, se han implementado algunas medidas que retoman el concepto de transparencia y permiten el rastreo de capitales y operaciones.

8.2. Publicidad de las declaraciones tributarias de altos dignatarios

Algunos países han comenzado a exigir que las declaraciones de impuestos de altos dignatarios sean públicas. Este es el caso de los Estados Unidos, en donde para ser nombrado en altas posiciones del gobierno Federal, se exige la presentación de las declaraciones de impuestos de los últimos tres años al Senado (Patterson, 2016). Este requerimiento llamó especial atención con la elección de Donald Trump

como presidente, pues no hay una disposición que exija tal requisito para el presidente de los Estados Unidos. La revisión que realiza el Senado pretende asegurar que quienes aspiren a los cargos más altos del gobierno hayan cumplido con la ley. El Senado cuenta con facultades para divulgar los incumplimientos totales o parciales de la ley tributaria al público y requerir el pago de los montos adeudados.

En otros países como Noruega y Suecia, el alcance de la transparencia en la información tributaria es aún más amplio, pues las declaraciones de todo ciudadano son publicadas en el portal web gubernamental, para consulta del público en general. Dicha medida ha sido ampliamente criticada, en la medida en que compromete el bienestar de los ciudadanos más pobres (Bershidsky, 2019).

Recientemente, en Colombia, el Congreso de la República expidió la Ley 2013 de 2019, mediante la cual se obliga a los altos dignatarios del Estado, incluyendo al presidente de la República, a publicar sus declaraciones de renta para posesionarse, ejercer o retirarse de sus cargos, en búsqueda de la transparencia y el control social.

Si bien estas medidas no constituyen una respuesta *per se* al fenómeno de la corrupción, si se erigen como una herramienta importante para rastrear los activos y los ingresos percibidos por los funcionarios públicos (en el caso estadounidense y el colombiano) y, de esa forma, tener una herramienta de control adicional que permita establecer nexos entre delitos contra el erario y el control o disposición de los recursos malhabidos, mediante el reporte en la declaración de renta.

8.3. Beneficiario Efectivo

La noción de beneficiario efectivo existe tanto en el derecho penal como en el derecho tributario interno y en los tributarios. Hoy en día las exigencias de transparencia y lucha contra la criminalidad han extendido la figura del beneficiario efectivo más allá de los ConvDI, al intercambio de información. Esta noción tiene diferencias en cada disciplina, pero en términos generales puede decirse que las medidas de carácter interno tanto tributarias como penales dan cuenta de que la herramienta al servicio de lo tributario y de lo penal en la lucha contra la corrupción es la transparencia y la posibilidad de cotejar los datos disponibles sobre la titularidad de activos e ingresos. Las

medidas tributarias coadyuvan a la prevención y combate del flagelo, pero no son verdaderamente autónomas o pensadas en torno a dicho concepto. El concepto de beneficiario efectivo utilizado en el intercambio de información nace del derecho anglosajón, que desde el siglo XIII permitía la transmisión de la propiedad sin una renuncia total a derechos de control sobre la misma (Langbein, 1997). En el marco del intercambio de información, el beneficiario efectivo surgió en el seno de la Financial Action Task Force en 2003, como regla de intercambio de información financiera en la prevención de delitos (Hernández, 2018). Sin embargo, no fue sino hasta la reunión del G20 en San Petersburgo, cuando la OCDE empezó a delinear el concepto, que hoy se define como: “la persona natural que efectivamente es dueña o controla un vehículo legal” (OECD, 2019b).

La definición indicada sigue de cerca las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que también ha coadyuvado la definición del término mediante la Recomendación 24 de 2012, pues se considera un elemento nodal en la lucha contra delitos internacionales como el lavado de activos y el narcotráfico (GAFI, 2019). Ahora bien, lo que se busca con esta figura, en el marco del intercambio de información, es determinar la persona natural detrás de determinadas estructuras, mediante criterios de control o dirección, para atribuir responsabilidades, en principio, fiscales; pero que pueden trascender a lo penal, pues los vehículos legales pueden encubrir la comisión de activos obtenidos ilícitamente.

Con todo, a nivel de Convenios tributarios de intercambio de información, ninguno de ellos, salvo el CRS, de manera indirecta, consagra la definición de beneficiario directo, en los términos esbozados por la OCDE y el GAFI, por lo cual la OCDE ha recomendado la adopción del criterio en las legislaciones domésticas; de suerte que dicha información sea susceptible de intercambio en el marco de los acuerdos internacionales (Hernández, 2018). Esta recomendación se ha aceptado por la mayoría de los Estados. Colombia, por ejemplo, la adoptó desde el 2016 en su legislación, aunque solo recientemente, con la Ley 2101 de 2019, se delineó por completo el concepto, incluyendo el control sobre sociedades nacionales, encargos fiduciarios o fondos de inversión colectiva, extendiendo la posibilidad de atribuir control incluso a personas que ostentan cargos directivos.

A nivel europeo, la Directiva (EU) 2018/843, también conocida como Anti Lavado de Dinero, consagra la obligación de reporte de beneficiarios efectivos en vehículos legales como trusts o similares. Así, consideramos que la ampliación del concepto de beneficiario efectivo en la legislación tributaria interna persigue un objetivo secundario de lucha contra delitos como la financiación del terrorismo y el lavado de activos, pues permite detectar quiénes son las personas naturales o individuos detrás de personas o entidades vehículos, a través de las cuales se ocultan activos o ingresos derivados de actividades ilícitas y, de esa manera, se puede lograr atribuir la responsabilidad penal correspondiente. Este es otro ejemplo de las grandes medidas administrativas tributarias que sirven de muro de contención contra la corrupción.

Finalmente, interesa destacar que, además de los sentidos indicados en el derecho interno penal y tributario en el marco de la transparencia, los ConvDI también incluyen una cláusula de beneficiario efectivo con la cual se persigue que los beneficios del tratado no se concedan en aquellos casos en que el receptor no es el beneficiario efectivo de algunos tipos de rentas, esto es, los intereses, los dividendos y las regalías. Así, en términos generales, se considera por beneficiario efectivo aquel que tiene la posibilidad de disponer y disfrutar finalmente de alguna de esas rentas, asumiendo el riesgo y el control de estas, a menos que se trate de una empresa conducto para otra persona y no tenga posibilidad alguna de usar o aplicar los fondos puestos a través de esa empresa conducto o ha acordado actuar en nombre de otra persona conforme a las instrucciones de esta última y sin posibilidad de hacer algo diferente a lo que esta persona le indique. En este sentido la famosa sentencia canadiense del productor de carros PREVOST (CA: TaxCC/CCI, 2008).

9. CONCLUSIONES

La interacción entre las medidas tributarias y la lucha contra la corrupción es de reciente data. Se trata de un trabajo en construcción y en lucha abierta contra la opacidad, el anonimato y toda serie de arreglos artificiales en el que la consciencia sobre la posibilidad de poner al servicio del derecho penal nuevas herramientas desde lo

tributario es reciente, pero con las que progresivamente se va confirmando la idea de buscar remedios contra la corrupción por la vía de esquemas tributarios o, incluso, según la OCDE, de las medidas contra la elusión.

En la lucha contra la opacidad y de contera contra el anonimato, el derecho tributario avanza con medidas globales de transparencia e intercambio de información de los activos financieros, o de los *rulings*, la caída del secreto bancario y los nuevos estándares de las acciones BEPS. En algunas jurisdicciones se impone obligaciones a los intermediarios que implementan excepciones al secreto profesional (abogados, contadores, etc.) y obligan a reportar estructuras que involucren jurisdicciones que no propician el intercambio de información o al beneficiario efectivo (titular real), tanto de jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales como de cualquier otra jurisdicción (en particular las de baja tributación). Estas medidas hacen cada vez más difícil esconder los dineros habidos de la corrupción. Así mismo favorecen la identificación de estructuras con las que se propicia la elusión.

A nivel internacional, el *soft law* y en particular la OCDE han jugado un rol de diseño importante, inicialmente con la prohibición de la deducibilidad de los sobornos a los funcionarios extranjeros, que luego se convirtió en *dura lex* con una convención internacional, y progresivamente con el inicio de una convergencia en los instrumentos al alcance de las diferentes autoridades que tienen que ver con la ruta de los activos y sus conexiones en materia tributaria y penal en una cruzada por la transparencia, que incluye la lucha contra la elusión y de la mano de esta contra los arreglos artificiales, las empresas conducto y el uso de planeaciones agresivas, pero también un reforzamiento de los delitos económicos y de los procedimientos asociados a estos. Las acciones BEPS de la OCDE pueden ayudar de manera indirecta a establecer la trazabilidad de operaciones y, por ende, a determinar el nivel de cumplimiento de las obligaciones tributarias, pero también responsabilidades penales.

Los paraísos fiscales siguen siendo de interés del derecho tributario. El tiempo ha permitido determinar que el problema de estas jurisdicciones es la falta de transparencia o de compromiso con el intercambio de información, en la medida en que esto puede servir

al abuso y a fines ilícitos. Por cuenta del secreto las rentas de fuentes criminales no quedan a la luz ni de las autoridades tributarias ni de las penales. Las medidas internas e internacionales contra los paraísos fiscales han cambiado. Mientras que en el pasado se emitían listados por parte de la OCDE, actualmente esta organización da prevalencia a características específicas relacionadas con el intercambio de información y la transparencia. A nivel de derecho interno existen listados que obedecen a diferentes criterios y varían de país a país. Las consecuencias varían igualmente.

De otro lado, la cooperación entre autoridades tributarias se expande a través del intercambio de información y la asistencia mutua, en un contexto global en el cual ya no solamente se intercambia información tributaria sino otro tipo de datos, que coadyuvan a establecer la trazabilidad de las operaciones, el destino y origen de los recursos y sus titulares. Un ejemplo es el caso de los llamados *rulings*.

A nivel de derecho interno, algunos Estados han adoptado medidas en relación con: 1) los tipos penales, endilgando responsabilidades ya no solo en relación con el contribuyente mismo, sino además con los intermediarios. La tipificación de delitos tributarios asociados al fraude fiscal se erige como el último muro de contención frente a actos asociados a la corrupción, pues pueden existir conexiones importantes entre ambos ilícitos, las asimetrías existentes entre diferentes ordenamientos podrían, eventualmente, no ser tan positivas; 2) la publicidad de las declaraciones de altos dignatarios, en una cruzada por el control social y la veeduría ciudadana; como muro adicional de contención a la corrupción; y 3) respecto de la figura del beneficiario efectivo en el ámbito del derecho interno, tributario y penal y, de los ConvDI.

Desde la perspectiva del derecho interno, la noción de beneficiario efectivo resulta útil para combatir la criminalidad, el anonimato y la corrupción al intercambio de información y la adopción de estándares que permiten identificar individuos controlantes de vehículos, que permitirían el ocultamiento de activos asociados a la corrupción. En la aplicación del concepto en los ConvDI el ámbito es más limitado, porque solo se refiere a la posibilidad de negar los beneficios del convenio cuando los intermediarios no son los beneficiarios efectivos de las rentas en cuestión, pero limitado al caso de dividendos, intereses

o regalías. Las dificultades para llegar al verdadero titular han llevado a otras denominaciones, como último beneficiario efectivo, por ejemplo.

Todas estas medidas, tanto en el plano internacional como supranacional y local, a pesar de estar pensadas para lo tributario, pueden tener repercusión en la lucha frontal contra la corrupción, al permitir la identificación de responsables de conductas ilícitas mediante el rastreo de esquemas y la trazabilidad de rutas de dineros, cobijadas bajo la cubierta de la fiscalidad. Sin embargo, el diálogo entre las dos disciplinas debería ser mucho más estrecho para que las relaciones no sean meramente incidentales, como hasta ahora, sino que exista una conexión mucho más profunda; que permita una lucha más eficaz contra el flagelo de la corrupción que nos concierne a todos.

También es preciso reconocer que la corrupción frustra los fines del derecho tributario, en cuanto que los dineros escapan de la fiscalidad y, si bien puede resultar difícil la demostración de los cargos de corrupción, la comisión de delitos fiscales puede haber sido el camino a los recursos. El cambio de mentalidad en relación con cierta tolerancia a la corrupción y a los instrumentos de que esta se vale frente a una mayor cooperación internacional de las autoridades tributarias hará más fácil verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales y eventualmente incrementar las condenas por delitos fiscales en conexión con la corrupción.

Si la expectativa es la realización de la función de los impuestos en la realización del bien común, la insatisfacción puede ser bien grande. Los estudios económicos analizados demuestran que no por incrementar el recaudo se va a mejorar el bien común. Sin embargo, también es claro que, sin recursos, los Estados no van a cumplir sus funciones, ni a tener un crecimiento, y en cualquier caso la población resulta desfavorecida; con un desaliento a los contribuyentes cuando no hay bienestar, la imposición aumenta y los niveles de corrupción también. Desde esta perspectiva, la reducción de la corrupción debería estar acompañada de un incremento en la eficacia del gobierno en el uso de los recursos tributarios y no tributarios y de formar parte de un plan de condiciones que ofrece el Estado en la implementación de esquemas de cumplimiento.

REFERENCIAS

Doctrina

- Bilicka, K. y Seidel, A. (2020). Profit shifting and corruption. *International Tax and Public Finance*, 27, 1051-1080.
- Calderón Carrero, J. M. (2000). Aspectos internacionales del fraude y evasión fiscal. En C. García Novoa y A. López Díaz (Coords.), *Temas de derecho penal tributario* (pp. 193-224). Madrid, España: Marcial Pons.
- Christensen, J. y Hampton, M. (1999). A legislature for hire: the capture of the state in Jersey's Offshore Finance Centre. En M. Hampton y J. Abbott. (Eds), *Offshore Finance Centres and Tax Havens: The Rise of Global Capital* (pp. 166-191). Basingstoke, Reino Unido: Palgrave Macmillan.
- Cockfield, A. (2010). Protecting Taxpayer Privacy Rights Under Enhanced Cross-Border Tax Information Exchange: Toward a Multilateral Taxpayer Bill of Rights. *University of British Columbia Law Review*, 42, 420-471.
- Debelva, F. y Nils, D. (2015). The Evolution of the Exchange of Information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Rights under Pressure. *EC Tax Review*, 24(4), 210-219.
- Dreher, A. y Herzfeld, T. (2005). *The Economic Costs of Corruption: A Survey and New Evidence*. [Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=734184>]
- Desai, M. A. y Dhammika, D. (2006). Corporate Tax Avoidance And High-Powered Incentives. *Journal of Financial Economics*, 79(1), 145-179.
- Fernández Cruz, J. A. (2009). Fraude fiscal y lavado de capitales. *Política Criminal*, 7(A5-7), 151-170.
- Hernández González-Barreda, P. (2018). El concepto de beneficiario efectivo en la reforma tributaria: intercambio de información y normas antiabuso. En J. R. Piza Rodríguez y J. M. Castro Arango (Eds.), *El Impacto de la ley 1819 y sus desarrollos en el sistema tributario colombiano, Tomo II, Impuestos sobre la renta para personas naturales y tributación internacional* (pp. 297-327). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hines, J. R. y Rice E. M. (1994). Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business. *The Quarterly Journal of Economics*, 109(1), 149-182.
- Langbein, J. (1997). The secret life of the trust: the trust as an instrument of commerce. *Yale Law Journal*, 107, 188-189.
- Levi, M. y Reuter, P. (2006). Money laundering. *Crime and Justice*, 34 (1), 289-375.
- Rueda Mantilla, D. (2017). Derecho penal tributario en Colombia: Reflexiones a la luz de la Ley 1819 de 2016. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 76, 111-155.

- Stoica, E. (2017). Tax evasion between fraud and optimization. *Challenges of the Knowledge Society*, 7, 821-825.
- Tondini, B. (2012). El problema del fraude y evasión internacional, su relación con la delincuencia organizada y su solución a través de los mecanismos de cooperación en materia fiscal. *Anales*, 42, 182-195.
- Velásquez, F. (2007). *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá, Colombia: Editorial Comlibros.
- Zelekha, Y. y Sharabi, E. (2012). Tax incentives and corruption: evidence and policy implications. *International Journal of Economic Sciences*, 1(2), 138-159.

Jurisprudencia Nacional

Colombia

- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-015/93. Colombia. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-200/12. Colombia. M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

España

- Tribunal Supremo Español. (2016). STS 970/2016. M.P. Pablo Llarena Conde. Vlex. [Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/657420009>]

Otras referencias

- Alper, A. (2016). *Exclusive: Mexico widens tax evasion probe in wake of Panama Papers-documents*, Reuters, 12 de mayo de 2016. [Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-mexico-tax-exclusive-idUSKCN0Y32BV>]
- Aghion, P. Akcigit, U. Cagé, J. Kerr, W. (2016). *The impact of corruption on taxation and growth: Evidence from the US*. Vox CEPR Policy Portal. [Disponible en: <https://voxeu.org/article/taxation-corruption-and-growth>]
- Arnold, B. y Dibout, P. (2001). Reporte General. En International Fiscal Association (Ed.), *Cahiers de Droit Fiscal International Volume 86b: Limits on the Use of Low-tax Regimes by Multinational Business Current Measures and Emerging Trends*. Ámsterdam, Países Bajos: Kluwer Law International.
- Arfi, F. (2012). *The French budget minister and his secret Swiss bank account*. Mediapart. [Disponible en: <https://www.mediapart.fr/en/journal/france/041212/french-budget-minister-and-his-secret-swiss-bank-account>]

- Baum, A., Gupta, S., Kimani, E. y Tapsoba, S. (2017). *Corruption, Taxes and Compliance*. IMF working paper No. 17/255. [Disponible en: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2017/11/17/Corruption-Taxes-and-Compliance-45379>]
- Bershidsky, L. (2019). *The Dark Side to Making Tax Returns Public*. Bloomberg. [Disponible en: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2019-03-05/making-tax-returns-public-doesn-t-always-serve-the-public-good>]
- CA: TaxCC/CCI, (2008). *Prévost Car Inc. v. Canada*, Tax Treaty Case Law. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD.
- Comisión Europea. (2010). COM(2010)163 Final. [Disponible en: https://www.parliament.bg/pub/ECD/87795COM_2010_163_EN_ACTE_f.pdf]
- Comisión Europea. (2009). COM(2009)673 Final. [Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2009\)0673_/com_com\(2009\)0673_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2009)0673_/com_com(2009)0673_es.pdf)]
- Electoral Commission. (s.f.). *List of Commonwealth countries, British Overseas Territories, British Crown Dependencies and EU member states*. [Disponible en: https://www.electoralcommission.org.uk/_data/assets/electoral_commission_pdf_file/0009/79515/List-of-eligible-countries.pdf]
- European Commission. (2016). *Press Release. State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion*. [Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923]
- European Parliament. (2018). *Listing of tax havens by the EU*. [Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/147404/7%20-%2001%20EPRS-Briefing-621872-Listing-tax-havens-by-the-EU-FINAL.PDF>]
- GAFI. (2019). *Recomendaciones*. [Disponible en: <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones/430-fatf-recomendacion-24-transparencia-y-beneficiario-final-de-las-personas-juridicas>]
- G-20, OECD (2015). *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. París, Francia: OECD Publishing.
- G8. (2009). *Responsible leadership for a sustainable future*. [Disponible en: <http://www.g7.utoronto.ca/summit/2009laquila/2009-declaration.pdf>]
- G20. (2013). *G20 Communiqué, Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors, February 2013*. [Disponible en: <https://www.cfr.org/international-finance/g20-communicue-meeting-finance-ministers-central-bank-governors-february-2013/p30048>]

- G20. (2009). *Declaration on strengthening the financial system*. London, *Leader's Statement*. [Disponible en: http://www.g20.org/Documents/Fin_Deps_Fin_Reg_Annex_020409_-_1615_final.pdf]
- Gurría, A. (2018). *G7 Finance Ministers and Central Bank Governors' Meeting: Session 7: Fostering Tax Fairness in the Modern Economy*. [Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/g7-fmcbg-fostering-tax-fairness-in-modern-economy-canada-june-2018.htm>]
- Ioannides, I. y Tymowski, J. (Eds). (2017). *Tax evasion, money laundering and tax transparency in the EU Overseas Countries and Territories: Ex-Post Impact Assessment*. European Parliament Research Service, [Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/593803/EPRS_STU\(2017\)593803_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/593803/EPRS_STU(2017)593803_EN.pdf)]
- Lizcano, K. (2016). Gobierno aprueba medidas contra países que discriminen a Panamá. *Panamá Today*. [Disponible en: <https://www.panamatoday.com/es/panama/gobierno-aprueba-medidas-contra-paises-que-discriminan-panama-1005/>]
- Meinzer, M. (2016). *The G20 and OECD tax haven blacklist proposals risk becoming another whitewash*. Tax Justice Network. [Disponible en: <https://www.taxjustice.net/2016/07/22/g20-oecd-tax-haven-blacklist-proposals/>]
- Milliet Einbinder, M. (2000). *Writing Off Tax Deducibility*, OECD observer. [Disponible en: http://oecdobserver.org/news/archivestory.php/aid/245/Writing_off_tax_deductibility_.html (último acceso el 19.02.2019)]
- Nawaz, F. (2010). *Exploring the Relationships between Corruption and Tax Revenue*. Transparency International. [Disponible en: <https://www.u4.no/publications/exploring-the-relationships-between-corruption-and-tax-revenue.pdf>]
- Government Commission on Capital Flight from Poor Countries. (2009). *Official Norwegian Reports: Tax havens and development* (19). [Disponible en: <https://www.cmi.no/publications/file/3470-tax-havens-and-development.pdf>]
- Observador fiscal (2009). *Sabes que es el Regimen Fiscal Preferente (REFI-PRE)*. Observador fiscal. [Disponible en: <https://observadorfiscal.blogspot.com/2009/09/sabes-que-es-el-regimen-fiscal.html>]
- OCDE. (2012). *Cooperación eficaz entre organismos en la lucha contra los delitos tributarios y otros delitos financieros*. [Disponible en: https://www.oecd.org/ctp/crime/cooperacioneficaz_SP_Final.pdf]
- OECD (1996). *Recommendation on the Tax Deductibility of Bribes of Foreign Public Officials*. [Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=c\(96\)27/final](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=c(96)27/final)]
- OECD. (1997). *OECD Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*. [Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/1/1/2081201.pdf>]

- oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(97)123/FINAL&docLanguage=En]
- OECD. (1998). *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*. [Disponible en: http://www.uniset.ca/microstates/oecd_44430243.pdf]
- OECD. (2000). *2000 Progress Report: Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*. [Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/harmful/2000progressreporttowardsglobaltaxco-operationprogressinidentifyingandeliminatingharmfultaxpractices.htm>]
- OECD. (2002). *The OECD List of Unco-operative Tax Havens-A statement by the Chair of the OECD's Committee on Fiscal Affairs, Gabriel Makhlouf*. [Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/theoecdlistofunco-operativetaxhavens-astatementbythechairoftheoecdscomiteeonfiscalaffairsgabrielmakhlouf.htm>]
- OECD. (2009a). *OECD Recommendation of the Council on Tax Measures for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 25 May 2009*. [Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/crime/2009-recommendation.pdf>]
- OECD. (2009b). *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. [Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>]
- OECD. (2012). *Tax administration: detecting corruption*. [Disponible en: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/49360071.pdf>]
- OECD. (2017). *Effective Inter-Agency Co-operation in Fighting Tax Crimes and Other Financial Crimes-Third Edition, OECD Publishing*. [Disponible en: <http://www.oecd.org/tax/crime/effective-inter-agency-co-operation-in-fighting-tax-crimes-and-other-financial-crimes.htm>]
- OECD. (2018a). *Country reports on the implementation of the OECD Anti-Bribery Convention*. [Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>]
- OECD. (2018b). *Model Mandatory Disclosure Rules for CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*. [Disponible en: www.oecd.org/tax/exchange-of-information/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structures.pdf]
- OECD. (2019a). *Ending offshore profit shifting*. [Disponible en: <http://www.oecd.org/about/impact/ending-offshore-profit-shifting.htm>]
- OECD. (2019b). *A Beneficial Ownership Implementation Toolkit*. [Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/transparency/beneficial-ownership-toolkit.pdf>]

- OECD. (s.f.). *Glossary of Tax Terms*. [Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.html>]
- Office of Chief Counsel Criminal Tax Division. (2009). *TAX CRIMES HANDBOOK*. IRS. [Disponible en: https://www.irs.gov/pub/irs-utl/tax_crimes_handbook.pdf]
- Open Source Investigations. (2016). *Despicable Monsieur Cahuzac*. [Disponible en: <https://www.opensourceinvestigations.com/corruption/despicable-monsieur-cahuzac/>]
- Oxfam International. (2017). *Blacklist criteria a small victory, but tax havens can still escape*. Oxfam International. [Disponible en: <https://www.oxfam.org/en/pressroom/reactions/blacklist-criteria-small-victory-tax-havens-can-still-escape>]
- Oxfam International. (2016). *Tax Battles: The Dangerous Race to the Bottom on Corporate Tax*. Oxford, Reino Unido: Oxfam GB.
- Parlamento Europeo-Dirección General de Política Interna. (2017). *Offshore activities and money laundering: recent findings and challenges*. Unión Europea. [Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/595371/IPOL_STU%282017%29595371_EN.pdf]
- Patterson, M. A. (2016). *Many public officials must share their tax returns. Why not the president?* Washington Post. [Disponible en: https://www.washingtonpost.com/opinions/many-public-officials-must-share-their-tax-returns-why-not-the-president/2016/08/17/196e2b8c-63f2-11e6-be4e-23fc4d4d12b4_story.html]
- RPP Noticias (2016). *¿Qué es el desbalance patrimonial y la defraudación tributaria?* RPP Noticias. [Disponible en: <https://rpp.pe/economia/economia/que-es-el-desbalance-patrimonial-y-la-defraudacion-tributaria-noticia-958991>]
- Secretaría de Estado de Hacienda del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de España. (2014). *Informe 2014-09934*. [Disponible en: https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Lista_paraisos_fiscales_DGT.pdf]
- Transparency International. (s.f.). *Base Erosion and Profit Shifting*. Transparency International. [Disponible en: <https://www.transparency.org/en/corruptionary/base-erosion-and-profit-shifting#>]
- World Bank (2018). *Combating corruption*. World Bank. [Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>]

Capítulo XVI

**LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO
PENAL TRANSNACIONAL:
ESPECIAL ATENCIÓN AL ANÁLISIS
POLÍTICO-CRIMINAL**

Demelsa Benito Sánchez

**INTRODUCCIÓN: LA GLOBALIZACIÓN DE LA
CORRUPCIÓN Y SU LESIVIDAD**

Sin ser un fenómeno en absoluto nuevo en la historia de la humanidad (Tanzi, 2002), lo cierto es que la corrupción ha adquirido unas magnitudes desorbitadas en los últimos tiempos. Hoy en día, la corrupción, ese uso desviado del poder (Transparencia Internacional, 2009), afecta a todos los territorios del planeta con independencia de su forma de gobierno o su nivel de desarrollo económico. Esta nueva dimensión de la corrupción tiene su causa en algunos de los elementos propios de la globalización, los cuales han contribuido a la internacionalización del crimen, en general, y de la corrupción, en particular.

A las ya tradicionales causas de la corrupción, como la discrecionalidad sin rendición de cuentas, los procesos de privatización, la excesiva burocracia que ralentiza procesos administrativos o la tolerancia social hacia estas prácticas (Blanco Codero, 2004; Cartier-Bresson, 2000), se han añadido en esta nueva era otras relacionadas con el surgimiento de instituciones y organizaciones regionales e internacionales, que ha creado toda una categoría de funcionarios o empleados públicos no pertenecientes a los Estados, pero con competencia y capacidad de adopción de importantes decisiones susceptibles de desviación, aparte de otros factores íntimamente relacionadas con el proceso globalizador. Además, en este momento, las empresas multinacionales son protagonistas de las relaciones económicas internacionales. En este último ámbito, se debe poner de relieve que algunas de estas empresas, que cuentan con un potencial mayor que

muchos Estados, han adoptado desde hace tiempo estrategias globales, beneficiándose de las diferencias económicas entre el primer, segundo y tercer mundo, de las desregulaciones político-financieras de las comunidades económicas, de las necesidades de consumo de viejas y nuevas sociedades, etc. (Pérez Cepeda, 2007).

El proceso de globalización de la economía propicia prácticas corruptas en el comercio internacional como consecuencia de la existencia de asimetrías o diferencias que se producen a cualquier nivel económico, político, social o jurídico, que son aprovechadas por algunas empresas para alcanzar los fines propuestos al amparo de las mismas (Malem Seña, 2000; Rose-Ackerman, 1999). También es evidente que la globalización genera un espacio económico carente de una regulación efectiva y, paralelamente, la ausencia de una respuesta uniforme. Los delincuentes, ya como personas individuales o como miembros de una empresa, se aprovechan de que, ante formas similares de criminalidad económica, continúa habiendo distintos niveles de reproche social y penal. Ante esta situación, las empresas se entregan a la denominada *jurisdiction shopping*, que consiste en la elección de aquellos territorios con las legislaciones penales más laxas en materia de sobornos para realizar las transacciones comerciales corruptas (Fabián Caparrós, 2003; Malem Seña, 2000; Manacorda, 1999; Rodríguez García, 2004). En este contexto, la diversidad de los sistemas penales hace surgir importantes núcleos de impunidad que pueden ser aprovechados por las organizaciones criminales empresariales para fijar el escenario de su intervención.

Por otra parte, el espectacular desarrollo de las telecomunicaciones en esta era ha permitido la utilización del sistema financiero al antojo de los delincuentes, quienes pueden disponer de los rendimientos de sus actividades corruptas en cualquier lugar del planeta con un simple click en el ratón del ordenador, dificultándose así el rastreo de ese dinero pues no deja tras de sí las huellas que dejaba el dinero en metálico (Glynn, Kobrin & Naím, 1997). En este contexto adquieren una importancia fundamental los denominados *paraísos fiscales*; territorios que, además de gozar de un régimen fiscal especialmente favorable para quienes operan en ellos, el secreto bancario, la opacidad y su tradicional rechazo a la colaboración internacional en la lucha contra la criminalidad económica son particularidades que los definen. Estas características de los también denominados territorios

offshore no solo rompen la integridad de los sistemas tributarios nacionales al reducir gravemente las bases imponibles —generando lo que se ha llamado competencia fiscal nociva—, sino que facilitan la labor de los corruptos a la hora de ocultar los fondos procedentes de sus actividades venales (Blanco Cordero & Sánchez García de Paz, 2000; Castresana Fernández, 2004).

Estos factores han propiciado un auge de la corrupción *clásica*, es decir, de la corrupción vinculada al funcionamiento de la Administración Pública y, junto a ella, la aparición de nuevas formas de corrupción vinculadas a las transacciones económicas. Tradicionalmente, el término corrupción se había empleado para describir comportamientos que acontecen en el marco de las relaciones entre administrado y Administración Pública, por lo que siempre había de estar presente un funcionario público para poder hablar de corrupción. Sin embargo, en el momento actual es notable el empleo de la voz corrupción para describir otros comportamientos alejados del ámbito público. Ello trae su causa, por un lado, en el creciente proceso privatizador de los servicios públicos acaecido en los últimos años. Importantes parcelas de la vida, como la educación, la sanidad, los transportes o las telecomunicaciones han sido total o parcialmente privatizadas, por lo que, la línea divisoria entre lo público y lo privado se ha difuminado, lo que imposibilita distinguir con facilidad los comportamientos de *corrupción pública* de los comportamientos de *corrupción privada* (Fabián Caparrós, 2002; Gallego-Casilda Grua, 2000; Stessens, 2001; García Mexía, 2001). Por otro lado, como se ha señalado, el auge de las relaciones comerciales internacionales y la presencia en las mismas de nuevos actores como son las empresas multinacionales han traído consigo la aparición de una nueva modalidad de corrupción que se ha dado en denominar *corrupción en las transacciones comerciales internacionales*.

Precisamente, desde mediados de los años noventa se habla en los instrumentos internacionales de corrupción privada y de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Salvo contadas excepciones¹, hasta época reciente, los Estados no comenzaron a intro-

¹ Por ejemplo, la *Ley sobre prevención de la corrupción* aprobada en Gran Bretaña en 1906 abogaba ya por la sanción penal de la corrupción privada. Respecto

ducir en sus Ordenamientos Jurídicos sanciones penales para este tipo de conductas. Estas dos modalidades de corrupción no afectarían al clásico bien jurídico identificado con el correcto desempeño de la función pública, sino principalmente a otro de carácter socioeconómico: la competencia leal en el mercado (Bolea Bardón, 2016; Gil Nobajas, 2015; Otero González, 2012-2013; Benito Sánchez, 2012; Córdoba Roda & García Arán, 2004; Cuesta Arzamendi, 2001-2002; Nieto Martín, 2002 & Stessens, 2001; Consejo de Europa, 1999, párr. 48)². Estas dos variedades de corrupción se han visto favorecidas no solo por los factores anteriormente expresados derivados del proceso globalizador, sino también porque hasta ese momento la delincuencia económica transnacional tenía un factor o causa principal: la anomia. No existía un planteamiento político-criminal que demandara la persecución internacional de los delitos económicos, es decir, la prohibición de determinadas prácticas que llevan a cabo algunas empresas en cualquier lugar en que se hubieran producido. Tampoco ha existido ni existe un organismo internacional neutral capaz de garantizar la persecución y castigo de los responsables de las mismas. Sin embargo,

de la corrupción en transacciones comerciales internacionales, el primer documento en el que se castigaron penalmente tales comportamientos es la *Ley de prácticas corruptas en el extranjero* de Estados Unidos de 1977 que se comentará más adelante.

- ² Sobre el bien jurídico en el delito de corrupción privada (Bolea Bardón, 2016; Gil Nobajas, 2015; Otero González, 2012-2013). Sobre el bien jurídico en el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (Benito Sánchez, 2012). En el caso de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, no obstante, se puede hablar de bien jurídico pluriofensivo. No puede obviarse que cuando un funcionario de un Estado acepta un soborno de una empresa, provenga ésta de donde provenga, está incumpliendo los deberes de imparcialidad y objetividad que le son propios, dañándose de este modo el correcto desempeño de la función pública. En consecuencia, lesiona la competencia leal en el mercado internacional y, a la vez, el correcto ejercicio de la función pública en el Estado del funcionario corrupto. En este sentido (Córdoba Roda & García Arán, 2004; Cuesta Arzamendi, 2001-2002; Nieto Martín, 2002 & Stessens, 2001). También el *Informe explicativo* de la *Convención penal contra la corrupción* del Consejo de Europa en su párrafo 48 señala que en el caso del soborno a funcionarios públicos extranjeros hay dos intereses a proteger: uno, “la transparencia y la imparcialidad en el proceso de toma de decisiones de Administraciones Públicas extranjeras” y otro, “proteger la competencia leal en los negocios” (Consejo de Europa, 1999, párr. 48).

este planteamiento no es de extrañar cuando ni siquiera existe un control político del sector económico, sino más bien al revés (Pérez Cepeda, 2007).

En cualquier caso, la corrupción —en el ámbito público o en el privado— aparece ahora *internacionalizada* y genera unos efectos, como seguidamente se verá, aún más graves que la corrupción clásica, no sólo porque su magnitud aumente dentro de las naciones que la sufren sino porque, además, despliega sus efectos sobre la economía mundial.

Por otra parte, en cuanto a su lesividad, la corrupción es considerada hoy en día como un gran problema social (Cuesta Arzamendi, 2003; Bannenberg, 2002; Fabián Caparrós, 2003; Iglesias Río y Medina Arnáiz, 2003; Manfroni & Werksman, 1998)³, lo que sin duda se debe a los devastadores efectos que genera. En la *esfera política*, la corrupción deteriora las instituciones democráticas (Cuesta Arzamendi, 2003; Bannenberg, 2002; Fabián Caparrós, 2003; Iglesias Río y Medina Arnáiz, 2003; Manfroni & Werksman, 1998). Así, cuando el soborno se convierte en una constante en los intercambios entre la Administración Pública y los ciudadanos, estos perciben que las decisiones que les afectan no se toman atendiendo al interés general. En consecuencia, la confianza del ciudadano en las instituciones democráticas desaparece, y la legitimidad del Estado se socava, desapareciendo de este modo el fundamento sobre el que ha de asentarse el Estado democrático y de Derecho.

En la *esfera de los derechos fundamentales*, la corrupción vulnera el derecho a la igualdad proclamado hace más de medio siglo en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, incidiendo con más fuerza en los sectores más desfavorecidos de la población, imposibilitándose así que la igualdad sea real y efectiva (Berdugo & Fabián Caparrós, 2009). La corrupción puede tener, además, graves consecuencias sobre otros derechos básicos de las personas. Afirmaba Peter Eigen, ex presidente de Transparencia Internacional, en el *Informe Global de la Corrupción* del año 2005 que “la corrupción se cobra

³ En el ámbito europeo, por ejemplo, el Eurobarómetro especial sobre corrupción publicado en 2014 mostraba que tres cuartas partes de los encuestados consideraban que la corrupción estaba extendida en su país (Comisión Europea, 2014).

vidas” (Eigen, 2005, p. 9), y no le faltaba razón⁴. No son aislados los casos en los que, para afrontar el pago de un soborno, una empresa reduce la calidad o cantidad de los materiales empleados en la construcción de la obra que le ha sido adjudicada, poniéndose así en peligro la vida y la salud de los trabajadores de la misma y de las personas que después la utilicen⁵.

En el *ámbito económico*, aunque se afirme que pequeñas dosis de corrupción pueden impulsar el crecimiento económico (Hodge, Shankar, Rao & Dush, 2009), lo cierto es que en el largo plazo los efectos de la corrupción sobre la economía pueden ser devastadores pues tiende a perpetuarse en el tiempo y a expandirse en el espacio. Por un lado, desde el momento en que existe corrupción en una sociedad, hay un elemento de aprendizaje a través de la práctica (Tanzi, 1995) que implica un aumento de la corrupción con el paso del tiempo. Por otro, cuando alguien realiza un primer acto venal, presiona al resto para que realice más, iniciándose toda una cadena de actos corruptos a la que será difícil poner fin, ya que, cuando “todo el mundo lo hace”, la corrupción se convierte en sistémica, y deja de ser racional (sobre todo en el ámbito empresarial) permanecer fuera de ese “círculo de corrupción” (Bull & Newell, 2003, p. 40). Cuando la corrupción ha impregnado todos los sectores de la sociedad, el crecimiento económico se tambalea. Concretamente, la corrupción reduce la eficiencia en el uso de los recursos públicos, aumenta el gasto público, pero destinándolo a proyectos innecesarios o improductivos, reduce la inversión extranjera en el largo plazo, provoca la huída de los capitales honestos hacia otros territorios, impide el libre juego de la oferta y la demanda no solo en los mercados nacionales, sino también —por la procedencia de los actores— en el mercado mundial. En de-

⁴ En ese mismo informe se relata el caso de Satyendra Kumar Dubey, trabajador indio de 31 años, supervisor de la construcción de un tramo de autopistas de *Goleen Quadrilateral* en su país. El 27 de noviembre de 2003 fue asesinado, al parecer, por haber denunciado la corrupción existente en su sector de trabajo. El caso completo puede leerse en RAKESH, 2005.

⁵ Fiebig y Junker (2000) nos recuerdan el derrumbe de un centro comercial en Seúl en 1995 con cientos de víctimas mortales. Después se descubrió que la empresa constructora había pagado sobornos para ganar la adjudicación y que había reducido los costes ocasionados por el pago de tales sobornos de la calidad de los materiales empleados en la construcción.

finitiva, corrupción y precariedad económica van unidas. Así lo pone de manifiesto *el Índice de Percepción de la Corrupción* (en adelante, IPC) elaborado cada año por Transparencia Internacional, un ranking anual que clasifica a los países según el grado de corrupción que se percibe como existente entre sus funcionarios públicos y políticos (Transparencia Internacional, 2018). Los últimos puestos del IPC de 2018, esos que se corresponden con los países percibidos como más corruptos, los ocupan países con una situación económica extremadamente preocupante (Somalia, Siria y Sudán del Sur), reservándose los primeros puestos para los países más desarrollados (Dinamarca, Nueva Zelanda y Finlandia).

Tras lo expuesto, puede constatarse que son muchos los peligros y muy graves las consecuencias —directas e indirectas— que origina esta forma de destrucción del tejido social, y que fundamentan la necesidad de la lucha contra la misma de un modo ordenado y eficaz. Los problemas, por domésticos que parezcan, son de carácter global y, por ende, requieren respuestas y soluciones globales. El fenómeno de la corrupción, asociado con frecuencia a la delincuencia organizada y empresarial, ha puesto en evidencia la insuficiencia de las diversas jurisdicciones nacionales para su persecución. Por tanto, la creación y el mantenimiento de un marco viable de lucha conjunta contra la corrupción es un reto importante al que se enfrenta la comunidad internacional, en la medida en que los gobiernos no podrán solucionar adecuadamente estos nuevos problemas que surgen si actúan aisladamente o a través de las formas tradicionales de cooperación internacional en materia de prevención del delito. Una estrategia preventiva concertada, más los lazos formales, ofrecen una base de colaboración internacional consolidada contra el crimen. Efectivamente, en un mundo globalizado se sienten con mayor urgencia las necesidades de que un fenómeno tan extraordinariamente dañino como es la corrupción encuentre vías de solución desde el prisma jurídico. En todo caso, ni ello parece fácil, ni se puede negar la dosis de escepticismo que existe sobre las posibilidades del Derecho global para una suficiente realización del ideal del imperio de la ley en este campo.

1. LA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

1.1. *La preocupación internacional en relación con la corrupción*

En una era de tendencia globalizadora imparable, la preocupación internacional por la corrupción es clara. El fenómeno de la corrupción, en cualquiera de sus vertientes, sea social, económica o política, ocupa buena parte de las reflexiones y preocupaciones del mundo actual, constituyendo uno de los temas estrella dentro de la política criminal internacional. No es de extrañar, por ello, que en los últimos tiempos se hayan visto intensificados internacionalmente los esfuerzos dirigidos a procurar una mejor prevención de este fenómeno desde el plano global y regional, y a asegurar una mejor persecución y sanción de los hechos mediante una colaboración internacional que se presenta ya como irrenunciable para poder combatir la corrupción y para promover el sentido de responsabilidad, transparencia y legalidad.

En los últimos años, al lado de la inclusión de la corrupción privada y la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros e internacionales, los instrumentos internacionales de lucha contra esta lacra tienen como finalidad equiparar o armonizar las respuestas sancionadoras proporcionadas por las leyes internas y, a la vez y por medio de ello, facilitar la cooperación internacional entre los Estados, así como la promoción de mecanismos preventivos eficaces.

Estos objetivos obedecen a las dificultades e insuficiencias que se intensifican exponencialmente cuando se pretende la persecución de estos hechos en el plano internacional. De un lado, por la ausencia de estructuras internacionales eficaces de aplicación directa. De otro, por la propia diversidad legislativa y de opciones político-criminales en la materia, que se traduce muy frecuentemente en la ausencia de una definición uniforme o paralela de las conductas delictivas por parte de las legislaciones internas, algo especialmente lamentable cuando, como es sabido, la doble incriminación constituye un presupuesto elemental imprescindible para la cooperación internacional a través de la extradición u otros sistemas de mutuo auxilio en materia penal.

Conscientes de todo ello, los Estados, reunidos en diversos organismos regionales e internacionales han ido elaborando, desde mediados de la década de los noventa, documentos vinculantes contra la corrupción con los objetivos específicos que en el siguiente epígrafe se apuntan.

1.1.1. Objetivos de los instrumentos contra la corrupción

Las organizaciones regionales que se han encargado de confeccionar instrumentos contra la corrupción han sido la Organización de Estados Americanos (OEA), el Consejo de Europa, la Unión Europea (UE) y la Unión Africana. A nivel internacional son esenciales los instrumentos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y por la Organización de Naciones Unidas (ONU).

1.1.1.1. *Iniciativas a nivel internacional*

Dentro las iniciativas internacionales deben distinguirse las procedentes de la OCDE de las procedentes de la ONU. Unas y otras tienen destinatarios diferentes en tanto que la OCDE se limita a un número de Estados y tiene un marcado carácter económico. Las iniciativas de la ONU, por el contrario, tiene vocación universal.

A nivel internacional, el primer documento vinculante contra la corrupción fue el *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*, elaborado por la OCDE. Dedicado a una modalidad muy concreta de corrupción, la que acontece en el mercado internacional, fue impulsado por EE.UU., único país hasta ese momento que castigaba a sus nacionales por sobornar a funcionarios públicos de otros Estados en el marco de operaciones económicas internacionales, y que, por ende, consideraba que sus empresas actuaban en el comercio internacional en una situación de desventaja respecto de aquellas de otros países que no poseían una legislación similar y que podían recurrir al soborno para ganar cuotas de mercado (Foreign Corrupt Practices Act, 1977). El Convenio se abrió a la firma en París el 17 de diciembre de 1997 con el objetivo de lograr unas reglas de juego comunes en el mercado internacional, instando a los Estados parte a tipificar como

delito el cohecho activo de funcionarios públicos de otros Estados y de organizaciones internacionales. Al Convenio se agregaron unos comentarios en donde se aclaran numerosos aspectos del mismo⁶.

El Convenio OCDE, como se ha mencionado, únicamente se refería a la corrupción en transacciones comerciales internacionales. Además, la OCDE no es una organización representativa de todos los Estados del planeta. Por ello, era necesario adoptar un instrumento contra toda modalidad de corrupción y con vocación verdaderamente universal; cometido que sólo podía ser desempeñado por la Organización de Naciones Unidas (ONU).

A finales de la década de los noventa, la Oficina de la ONU contra las drogas y el delito publicó en Viena el *Programa Global contra la Corrupción*, con objetivos a nivel global —la aprobación de instrumentos internacionales contra la corrupción— y a nivel nacional —lograr apoyo y ayuda técnica entre los Estados para elaborar normas y mecanismos de prevención, así como para la formación de los propios funcionarios o agentes destinados a la lucha contra la corrupción (Cuesta Arzamendi, 2003)—. Sin embargo, antes de lograr un convenio en esta materia, el 15 de noviembre del año 2000 veía la luz en Palermo la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*⁷, con el propósito de “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional” (art. 1). Este documento hace referencia a la corrupción, exigiendo a los Estados parte la tipificación de la corrupción activa y pasiva de funcionarios nacionales, e incluso se pronuncia sobre la tipificación de la corrupción de funcionarios extranjeros.

Poco después de la reunión en Palermo, la Asamblea General de la ONU aprobó la *Resolución 55/61*⁸, en la que la Organización re-

⁶ Su naturaleza jurídica es controvertida pues no forman parte del Convenio, no tienen carácter vinculante y no son objeto de firma o ratificación por los Estados que suscriban el Convenio. En opinión de Sacerdoti (2000), ofrecen un “elemento significativo del contexto” (p.41) en el cual se elaboró el Convenio y constituyen una guía para la interpretación de la Convención, si bien no se trataría de una interpretación concluyente y auténtica.

⁷ En vigor desde el 29/9/2003.

⁸ Resolución de la Asamblea General 55/61, un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, de 4 de diciembre de 2000 (A/RES/55/61).

conoce la conveniencia de elaborar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, independiente de la Convención del año 2000, y decide establecer un comité especial encargado de la negociación de dicho instrumento. Días más tarde se adoptó la *Resolución 55/188*⁹, en la que se insiste en la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales para combatir la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y se resalta la importancia de elaborar instrumentos contra la transferencia ilícita de fondos y la necesidad de restituir esos fondos a sus países de origen. Asimismo, reitera la petición al Secretario General ya contenida en la *Resolución 55/61* sobre la constitución de un grupo intergubernamental de expertos encargado de preparar la negociación de un futuro instrumento jurídico contra la corrupción, a la vez que invita al grupo de expertos a examinar la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos a sus países de origen. El resultado de las negociaciones fue la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* (en adelante, CNUCC), adoptada en Mérida, México, el 31 de octubre de 2003¹⁰, cuyos fines son:

[p]romover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos (art. 1).

1.1.1.2. *Iniciativas a nivel regional*

Entre los instrumentos de carácter regional, el primero en ver la luz fue la *Convención Interamericana contra la Corrupción* (CICC), elaborada bajo los auspicios de la OEA. Su origen hay que situarlo en la *Cumbre de Presidentes de las Américas* celebrada en Miami en diciembre de 1994, en la cual, el gobierno de Venezuela presentó un proyecto de convención que sería la base sobre la que trabajaría el Grupo de Trabajo de la Asamblea General de la OEA, “Probidad y Ética Cívica”,

⁹ Resolución de la Asamblea General 55/188, prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen, de 20 de diciembre de 2000 (A/RES/55/61).

¹⁰ En vigor desde el 14/12/2005.

para la elaboración del texto definitivo que se aprobaría en Caracas el 29 de marzo de 1996¹¹. Como señala el artículo 2 del documento, su propósito es promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; así como la cooperación entre los Estados para asegurar la eficacia de las medidas y acciones adoptadas contra la corrupción.

En el ámbito europeo es preciso distinguir entre las iniciativas procedentes de la Unión Europea y las procedentes del Consejo de Europa, pues unas y otras no tienen el mismo ámbito de aplicación. Dentro de la UE, las primeras iniciativas contra la corrupción se vincularon a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. En 1995 veía la luz el *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* (Convenio PIF)¹², que exigió el castigo de algunas conductas que podían dañar dichos intereses financieros, como las conductas de fraude. Sin embargo, no incorporó el castigo de los comportamientos corruptos, y ello pese a que es fácil imaginar que actuaciones corruptas puedan lesionar o poner en peligro los intereses financieros. Esta razón motivó la adopción del *Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*¹³, resaltando en sus considerandos la necesidad de tutelar los intereses financieros de las Comunidades Europeas frente a actos de corrupción cometidos por o respecto de funcionarios comunitarios o de Estados miembros responsables de la percepción, gestión o desembolso de los fondos comunitarios sometidos a su control, para lo cual, abogaba por la tipificación como delito en las legislaciones nacionales de tales comportamientos¹⁴.

¹¹ En vigor desde el 6/3/1997.

¹² Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995 (DOCE n° C 316, de 27 de noviembre). Entró en vigor el 17 de octubre de 2002.

¹³ Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 1996 (DOCE n° C 313, de 23 de octubre). Entró en vigor el 17 de octubre de 2002.

¹⁴ Estos instrumentos han sido recientemente reemplazados por la denominada Directiva PIF: Directiva (EU) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo

La necesidad de otorgar un tratamiento más amplio al problema de la corrupción derivó en la adopción de un nuevo documento, el *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*¹⁵ (Convenio UE), cuyo objetivo era lograr el castigo penal en las legislaciones nacionales de cualquier acto de corrupción en el que estuvieran implicados o afectara a funcionarios comunitarios o de Estados Miembros de la Unión.

Mientras en el seno de la Unión Europea se aprobaban diferentes documentos relativos a la lucha contra la corrupción, a nivel internacional se gestaban y nacían otros textos sobre la materia, como se ha mencionado. Para evitar la duplicación inútil o la incompatibilidad entre los instrumentos adoptados en otras organizaciones y los provenientes de la Unión Europea, en el seno de ésta se aprobaron dos *Posiciones Comunes* (DOCE n.º L 279, de 13 de octubre; DOCE n.º L 320, de 21 de noviembre)¹⁶ en 1997. La primera encargaba a los Estados Miembros que participaran en las negociaciones de esos otros documentos la tarea de velar por la compatibilidad de los mismos con el Convenio UE, en particular, “en materia de asistencia judicial, extradición, lucha contra la corrupción y protección de intereses financieros de la Comunidad”. En la segunda se establecían disposiciones más concretas a tener en cuenta en las negociaciones de los otros instrumentos.

de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (DOUE n.º L 198, de 28 de julio de 2017).

¹⁵ Convenio establecido sobre la base de la letra c del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 (DOCE n.º C 195, de 25 de junio). Entró en vigor el 28 de septiembre de 2005.

¹⁶ Posición Común definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el Consejo de Europa y en la OCDE sobre la lucha contra la corrupción (97/661/JAI), de 6 de octubre de 1997 (DOCE n.º L 279, de 13 de octubre) y Segunda Posición Común definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en torno a la lucha contra la corrupción (97/783/JAI), de 13 de noviembre de 1997 (DOCE n.º L 320, de 21 de noviembre).

Los textos de la UE hasta ahora reseñados no tuvieron en cuenta la corrupción en el sector privado porque tradicionalmente la corrupción se había vinculado al ámbito de lo público. Sin embargo, la UE fue de las primeras organizaciones en reconocer que los comportamientos venales también acontecen en el marco de las relaciones entre particulares, y así, la necesidad de dar un tratamiento específico a esta modalidad de corrupción se plasmó por primera vez en un texto vinculante supranacional en la *Acción Común 98/742/JAI sobre la corrupción en el sector privado*¹⁷, que instaba a los Estados miembros a adoptar sanciones penales contra los actos de corrupción privada. La falta de reacción de los Estados Miembros ante este instrumento legal, unida a la evolución de la forma jurídica de las iniciativas comunitarias en el ámbito del tercer pilar, provocó que el Consejo adoptara, pocos años después, la *Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*¹⁸, con el objetivo, como señalan sus considerandos, de “asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

Si bien en los instrumentos comunitarios hasta ahora descritos, en especial, en el Convenio de 1997, se daban pasos importantes para lograr la armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros, al menos durante los primeros años no tuvieron mucho éxito (Benito Sánchez, 2019). Recuérdese que el Convenio tardó ocho años en entrar en vigor. Y por lo que respecta a la corrupción privada, muy pocos Estados cumplieron en los años posteriores con las obligaciones impuestas (Comisión Europea, 2007)¹⁹. Pero, además, la armonización mínima de tipos penales que se exige en el Convenio

¹⁷ Acción Común 98/742/JAI adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado, de 22 de diciembre de 1998 (DOCE n° L 358 de 31 de diciembre de 1998).

¹⁸ Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado de 22 de julio de 2003 (DOUE n° L 192/54 de 31 de julio de 2003).

¹⁹ De hecho, un informe de la Comisión Europea publicado en 2007 mostraba preocupación pues cuatro años después de la adopción de la Decisión Marco, y casi diez después de la Acción Común, muy pocos Estados habían incorporado

de 1997 no solucionaba el problema de la diferencia de penas en los distintos Ordenamientos Jurídicos, pues los Estados miembros gozan de discrecionalidad para asignar a cada supuesto una pena (Carrera Hernández, 2001)²⁰. Con la intención de superar estos problemas se elaboró el *Corpus Juris sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, el cual se dirigía a la unificación, al menos en cuestiones básicas de parte general y de parte especial del Derecho penal, de los Ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros de la Unión (Carrera Hernández, 2001; Choclán Montalvo, 1998; Méndez Rodríguez, 2002). El *Corpus* estaba orientado exclusivamente a la protección de los intereses financieros de la Unión, abogando por la tipificación, entre otros delitos, de la corrupción activa y pasiva de funcionarios de la UE y de sus Estados.

Después del Tratado de Lisboa (TFUE), el *ius puniendi* sigue siendo competencia de los Estados, de tal manera que la UE marcará exclusivamente la política criminal en determinados ámbitos a los Estados miembros. El artículo 83.1 TFUE establece que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer mediante directivas, a través del procedimiento legislativo ordinario, “normas mínimas” relativas a la definición de las “infracciones penales” y de las “sanciones” en ámbitos de “especial gravedad” que además tengan una dimensión transfronteriza derivada del “carácter”, o de las “repercusiones” de dichas infracciones, o de la “necesidad particular” de combatirla según criterios comunes. En un principio, parece que se trata de normas mínimas con relación a la identificación del catálogo de figuras delictivas. Los delitos que se han de incluir son aquellos que tengan una “dimensión transfronteriza”, es decir, que extiendan sus efectos más allá de uno de los Estados miembros. La misma se obtendrá bien por el “carácter” de las infracciones, esto es, porque afecten a bienes jurídicos directamente relacionados con la esencia de la Unión Europea, bien por las “repercusiones” que vayan a tener en más de uno

la corrupción privada como delito a sus ordenamientos jurídicos (Comisión Europea, 2007).

²⁰ Así lo apunta Carrera Hernández (2001). No obstante, existen algunos criterios comunes que los Estados miembros deben seguir. Por ejemplo, en el art. 5 del Convenio de 1997 se señala que, al menos para los casos graves, deben preverse penas privativas de libertad que permitan la extradición.

de los Estados miembros (Acale Sánchez, 2008). Los bienes jurídicos propiamente europeos, considerados ámbitos de especial gravedad, vienen tasados en el propio artículo y, entre ellos, se encuentra la corrupción, sin que se señale si se refiere a la corrupción pública o privada. En consecuencia, basta con desarrollar a través de directivas una política criminal en materia de corrupción unida en la diversidad que, respetando identidades históricamente fraguadas, supere las antiguas divisiones (Terradillos Basoco, 2005), evitando las diferencias obvias que existen hasta el momento entre los Estados miembros en el tratamiento jurídico-penal de la corrupción.

El Consejo de Europa, por su parte, reunido en la XIX Conferencia de Ministros de Justicia de sus Estados miembros en La Valeta en 1994, manifestó su deseo de luchar contra la corrupción por considerarla una seria amenaza para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. Por ello, en dicha Conferencia se acordó la creación de un *Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción* encargado de examinar medidas para incluir en un futuro un programa de acción contra la corrupción y de examinar la posibilidad de elaborar una convención internacional sobre la materia que debería incluir mecanismos de seguimiento sobre su implementación. El *Programa de Acción contra la Corrupción* fue adoptado por el Comité de Ministros a finales de 1996 y en él se incluía la preparación de un convenio contra la corrupción. Finalmente, no fue uno, sino que fueron dos. El 27 de enero de 1999 veía la luz la *Convención penal sobre la Corrupción*, y el 4 de noviembre de ese mismo año, la *Convención civil sobre la Corrupción*²¹. La primera pretende, como señalan sus considerandos, proteger a la sociedad civil de la corrupción mediante la adopción de una legislación apropiada en la materia, incluidas medidas preventivas adecuadas. La segunda centra su atención en las víctimas de los actos corruptos, instando a los Estados a adoptar procedimientos para que las personas que han sufrido daños resultantes de actos de corrupción puedan defender sus derechos e intereses, e incluso recibir una indemnización por ello.

²¹ La *Convención penal* entró en vigor el 1 de julio de 2002. La *Convención civil*, el 1 de noviembre de 2003.

Dentro de otra organización regional, la Unión Africana, que engloba a todos los países del continente con la excepción de Marruecos, se adoptó el 11 de julio de 2003 la *Convención para la prevención y lucha contra la corrupción*²² con los ambiciosos objetivos de promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y otros delitos conexos en África²³; de promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte con la finalidad de asegurar la efectividad de medidas y acciones para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y otros delitos conexos; y de coordinar y armonizar las políticas y legislaciones entre los Estados parte con el propósito de prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción en el continente. Sin duda, un paso importante para una organización cuyos Estados parte se perciben entre los más corruptos del planeta según el mencionado *Índice de Percepción de la Corrupción* elaborado por Transparencia Internacional.

La ratificación de los convenios supranacionales mencionados en estos dos epígrafes puede quedar sin efecto si no existe una verdadera voluntad política por parte de los Estados de cumplir con ellos. Por esta razón, son varios los organismos que han previsto en el articulado de los convenios o en documentos posteriores *mecanismos de seguimiento* de su implementación por parte de los Estados; mecanismos que se analizan en el siguiente epígrafe.

1.1.2. Mecanismos de seguimiento

El primer documento supranacional contra la corrupción en establecer un mecanismo de seguimiento fue el Convenio OCDE. Su art. 12 señala que “las partes cooperarán en la realización de un programa de seguimiento sistemático para supervisar y promover la plena aplicación del presente Convenio”. Son los comentarios al Convenio los que desarrollan este precepto, tomando como referencia lo señalado en un documento adoptado meses antes que el Convenio por el Consejo de la OCDE, la *Recomendación revisada sobre la lucha contra la*

²² En vigor desde el 4/8/2006.

²³ A lo largo de toda la Convención se habla de corrupción y *delitos conexos*. Se optó por incluir esta expresión para evitar problemas terminológicos entre los diferentes sistemas legales que son parte de la Convención (MUNA, 2004).

corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Este instrumento encarga al Grupo de Trabajo de la OCDE sobre corrupción en transacciones comerciales internacionales la labor de monitorear la implementación de la Recomendación (y ahora, del Convenio) por los Estados parte. Esta labor se fundamenta en la realización de una serie de exámenes periódicos sobre las medidas adoptadas por cada país en aplicación del Convenio²⁴.

La *Convención penal contra la corrupción* del Consejo de Europa, por su parte, encarga en un escueto art. 24 el seguimiento de su aplicación al GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción). La *Resolución (98) 7* del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1998²⁵ autorizó la creación de este Grupo, partiendo de las *veinte directrices fundamentales en la lucha contra la corrupción*²⁶. El objetivo del GRECO, que quedaría constituido un año después²⁷, no es otro, como refiere el art. 1 de su Estatuto, que mejorar la capacidad de sus Estados miembros en la lucha contra la corrupción a través de un mecanismo de seguimiento basado en la *mutual evaluation* y en la *peer pressure*²⁸.

La *Convención Interamericana contra la Corrupción* no incluyó en su articulado mecanismo de monitoreo alguno, laguna que fue subsanada años después con la aprobación, el 5 de junio de 2001,

²⁴ Son dos los tipos de exámenes que se realizan: uno basado en un sistema *de autoevaluación*, configurado por las respuestas que los Estados parte otorgan a un cuestionario sobre la implementación del Convenio, y otro basado en un sistema de *evaluación mutua*, en el que cada país es examinado por el Grupo de Trabajo a partir de un informe que evalúa de forma objetiva los progresos realizados por el país. El seguimiento se lleva a cabo en diversas fases.

²⁵ Resolution (98) 7 authorising the partial and enlarged Agreement establishing the “Group of States against Corruption-GRECO”, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 5 de mayo de 1998.

²⁶ Resolution (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption, adoptada por Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 de noviembre de 1997.

²⁷ Resolution (99) 5 establishing the “Group of States against Corruption-GRECO”, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 1 de mayo de 1999.

²⁸ Este proceso de evaluación comienza con un cuestionario que se envía a los Estados miembros para que sea completado. Posteriormente, un equipo de expertos examina las respuestas y puede pedir, si lo considera apropiado, información adicional sobre el país en cuestión. Con la documentación obtenida el equipo redacta un informe de cada país que debe ser discutido y adoptado por el GRECO.

del *Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción* (MESICIC), un instrumento de carácter intergubernamental para apoyar a los Estados parte en la implementación de las disposiciones de la Convención mediante un proceso de evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, en donde se formulan recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o requieran mayores avances²⁹.

La *Convención para la prevención y lucha contra la corrupción* elaborada por la Unión Africana ordena en su art. 22, de manera similar a como lo hacen los instrumentos anteriores, la creación de un Comité Consultivo sobre corrupción encargado de, entre otras tareas, monitorear el cumplimiento de la Convención. Para ello, los Estados parte deberán comunicarle periódicamente (al menos una vez al año) las actuaciones realizadas en relación con la implementación de la Convención, de modo tal que así pueda remitir al Consejo Ejecutivo de la Unión Africana un informe sobre los progresos de cada Estado parte.

La variedad de partes en la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* y la negativa de algunas de ellas por considerar que los

²⁹ De acuerdo con el MESICIC, para proceder a analizar la implementación de la Convención en los Estados parte se creó un Comité de Expertos encargado de seleccionar disposiciones incluídas en la Convención cuya aplicación por los Estados parte es objeto de análisis y de decidir el período que dedicará a ese trabajo, que se denomina “ronda”. En cada ronda, el Comité prepara un cuestionario sobre las disposiciones que se hayan seleccionado y es remitido a los Estados Parte, quienes se comprometen a darle respuesta dentro del plazo fijado por el propio Comité. Posteriormente, unos subgrupos integrados por expertos de dos Estados parte analizan la información recabada y elaboran un informe preliminar y confidencial que es puesto en conocimiento del Estado analizado para que realice las observaciones que considere pertinentes. El subgrupo elabora después una versión revisada del informe preliminar teniendo en cuenta las observaciones del Estado parte y lo presenta al Pleno del Comité para que éste formule las conclusiones y las recomendaciones que considere oportunas. Al terminar la revisión de los informes preliminares de todos los Estados parte de cada ronda, el Comité emite un informe final por países que incluye las observaciones de cada Estado analizado y lo remite a la Conferencia de Estados parte para, posteriormente, hacerse público. Asimismo, al finalizar cada ronda, el Comité adopta un Informe Hemisférico en el que se analizan las recomendaciones formuladas a los Estados en dicha ronda y se indican los avances logrados en la implementación de las recomendaciones formuladas en rondas anteriores.

mecanismos de seguimiento violaban la soberanía de los Estados, dificultó un acuerdo en este punto (Argandoña, 2006). Lo que sí recogió el texto de la Convención, en su art. 63, fue el compromiso de crear una Conferencia de Estados parte encargada de mejorar la capacidad y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos mencionados en la misma y para promover y examinar su aplicación. A pesar de la dificultades iniciales, en su *Resolución 3/1*, la Conferencia adoptó el *Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, un instrumento donde queda patente el absoluto respecto que ha de profesarse a la soberanía de los Estados parte, pues los informes de evaluación de cada país tienen que ser adoptados de común acuerdo entre los Estados examinadores y el Estado examinado; informes que además tendrán carácter confidencial, aunque “se procurará” que puedan estar a disposición de otros Estados que lo soliciten a fin de mejorar y fortalecer la cooperación y el aprendizaje entre ellos³⁰.

1.2. Iniciativas internacionales y regionales sobre la corrupción en el ámbito de la Administración Pública

1.2.1. Medidas preventivas

Esencial en la lucha contra la corrupción, como en general en la lucha contra cualquier delito, es la adopción de medidas preventivas que eviten las consecuencias que puedan derivar del mismo. Por ello, la mayoría de los instrumentos globales y regionales que han abor-

³⁰ El proceso de examen es similar al empleado en el resto de los mecanismos de monitoreo hasta ahora comentados. Cada Estado parte debe proporcionar a la Secretaría información acerca de la aplicación de la Convención y el cumplimiento de sus disposiciones, utilizando para ello una lista amplia de verificación para la autoevaluación, a la que deben dar respuestas completas, actualizadas, precisas y oportunas. Cada Estado parte es examinado por otros dos Estados parte, quienes realizan un examen documental de las respuestas a esa lista. Los examinadores pueden pedir al Estado parte examinado que presente aclaraciones o información adicional o que responda a preguntas suplementarias relacionadas con el examen. El examen del país culmina con la elaboración de un informe en el que se indican los logros, las buenas prácticas y los problemas y se formulan observaciones para la aplicación de la Convención. Dicho informe, como se ha señalado, debe finalizarse de común acuerdo entre los Estados parte examinadores y el Estado parte examinado.

dado el tema de la corrupción han incluido en su articulado medidas preventivas como las que a continuación se comentan.

En el plano global, la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* del año 2000 ya hacía referencia a la necesidad de adoptar medidas para prevenir la corrupción de funcionarios públicos, si bien, no especificaba cuáles podían ser éstas. Su *Guía Legislativa*, aprobada en el año 2004, se remite en este punto a lo ya acordado en la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* —recuérdese, del año 2003—, la cual dedica todo su capítulo II a la prevención de la corrupción. Son numerosas las medidas que en él se mencionan, de entre las cuales pueden destacarse las que abogan por la asignación de una remuneración adecuada a los funcionarios públicos, la elaboración de códigos de conductas sobre el correcto ejercicio de la función pública, la promoción de la transparencia en la financiación de los partidos políticos, la obligación de que los funcionarios públicos declaren sus actividades externas, la transparencia en el acceso a la función pública y en la contratación pública, y la sensibilización de la sociedad civil respecto de las causas y los efectos de la corrupción.

En el plano regional, son las convenciones de la OEA y de la Unión Africana las que muestran especial interés por la prevención de la corrupción, instando a los Estados parte a la adopción de medidas similares a las mencionadas en el párrafo anterior, mientras que los convenios procedentes de la UE y del Consejo de Europa centran su atención en la represión de la corrupción, dejando un tanto olvidadas las medidas estrictamente preventivas, lo que no puede dejar de considerarse desafortunado.

1.2.2. Medidas represivas

La *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* es el primer documento con vocación universal que insta a los Estados parte a la tipificación del cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, entendiendo que la corrupción es una de las principales manifestaciones de la delincuencia organizada. No obstante, la Asamblea General de la ONU consideró que este documento era insuficiente para luchar contra la corrupción, dadas sus múltiples manifestaciones, y expresó en diversas ocasiones

su deseo de lograr un acuerdo más ambicioso en materia de corrupción. Es por ello que la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, que vería la luz solo tres años después de la anterior, no se limita a exigir el castigo de la corrupción en sentido estricto, sino que también hace referencia al castigo de otras modalidades delictivas íntimamente relacionadas con la corrupción.

Llama la atención, no obstante, que las previsiones del capítulo III de la Convención (el dedicado a las medidas represivas) no tienen todas ellas la misma fuerza vinculante. Así, en un lado se sitúan los preceptos que tienen carácter imperativo y que imponen la obligación de tipificar incondicionalmente como delito el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros en actividades económicas internacionales, la malversación, la apropiación indebida y otras formas de desviación por un funcionario público, el blanqueo del producto del delito y la obstrucción de la justicia. A su vez, es obligatorio para los Estados parte criminalizar cualquier forma de participación en un delito tipificado con arreglo a la convención, así como la tentativa. En otro lado se sitúan los preceptos con una menor fuerza vinculante, según los cuales, los Estados parte “considerarán la posibilidad de tipificar como delito” el cohecho pasivo de funcionarios públicos extranjeros, el tráfico de influencias, el abuso de funciones del cargo, el enriquecimiento ilícito siempre y cuando no sea contrario a la Constitución o a los principios fundamentales del Estado en cuestión, el cohecho activo y pasivo en el sector privado, la malversación en el sector privado y el encubrimiento o la retención continua de bienes procedentes de los delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Siendo el delito de cohecho el más paradigmático en el ámbito de los delitos de corrupción, merece una reflexión más profunda. Los instrumentos internacionales exigen el castigo tanto de la modalidad activa como de la pasiva. El cohecho activo es el realizado, en el ámbito de la Administración Pública, por el particular que ofrece o entrega el soborno al funcionario público. El cohecho pasivo es el realizado por el funcionario público que solicita o acepta el soborno. El cohecho también puede clasificarse como propio e impropio. Uno y otro se diferencian en razón de la actuación posterior que habrá de realizar el receptor del soborno. Así, se ha entendido tradicionalmente que el cohecho propio es más grave porque demanda del funcionario público un acto delictivo

u otro acto ilegal. En el cohecho impropio, por el contrario, el funcionario realiza un acto del cargo al que el particular sí tiene derecho, o incluso hay cohecho impropio cuando el soborno se entrega simplemente en consideración a la función del servidor público. Como se entiende que la lesividad de ambos es diferente, siendo menor la del último, los instrumentos internacionales demandan su castigo, pero lo hacen con diferente fuerza vinculante. Todos exigen el castigo del cohecho propio, pero algunos dan libertad respecto del cohecho impropio³¹. Esta situación debe llevar a la reflexión en tanto que la lesión de la imparcialidad

³¹ CNUCC: el art. 15 incluye ambas modalidades pues emplea la expresión “con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”. No exige, por tanto, “infringir los deberes del cargo”. Convenio OCDE: sus comentarios señalan que “el hecho de corromper para obtener o conservar un contrato u otro beneficio irregular constituye un delito independientemente de si la sociedad en cuestión es o no es el licitador mejor cualificado o de si el contrato podría haberse sido atribuido legítimamente por cualquier otro motivo”. Convenio de la UE: aunque el articulado indique que se debe castigar la entrega o recepción de sobornos “por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función”, el *Informe Explicativo sobre el Convenio* sí avala el castigo del cohecho impropio porque señala lo siguiente: “El Convenio se aplica al hecho de cumplir o de abstenerse de cumplir cualquier acto dentro de las competencias del que ocupa el cargo o función en virtud de cualquier ley o norma (deberes oficiales) en la medida en que los actos se realicen incumpliendo los deberes de su cargo. Los Derechos de algunos Estados miembros incluyen también los casos en que un funcionario, en contra de la obligación de su cargo de actuar imparcialmente, recibe una ventaja por actuar de conformidad con sus funciones (por ejemplo, dar un trato preferente acelerando o suspendiendo la tramitación de un asunto). El presente artículo cubre esos casos” (Consejo de la Unión Europea, 1998; punto 2.6). Convención penal del Consejo de Europa: recurre a la expresión “con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones”, sin exigir “infringir los deberes del cargo”. El art. 36 del documento, que permite a los Estados parte hacer declaraciones, no hace referencia a los art. 2 y 3, en los cuales se regula el cohecho. El artículo 36 de la Convención penal del Consejo de Europa señala lo siguiente: “En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cualquier Estado podrá declarar que tipificará como delito la corrupción activa y pasiva de agentes públicos extranjeros a tenor del artículo 5, de funcionarios internacionales a tenor del artículo 9 o de jueces y agentes de tribunales internacionales a tenor del artículo 11, únicamente en la medida en que el agente público o el juez realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes oficiales”. La Convención de la Unión Africana utiliza la expresión: “for any act or omission in the performance of his or her public functions”.

u objetividad en el funcionamiento de la Administración Pública es la misma en un caso que en otro. Cuestión aparte es que, además, si el funcionario realiza una actuación que es delictiva o, de otro modo, ilegal, responda también por ella.

En el ámbito regional, los instrumentos dedicados a la corrupción también se han preocupado, en general, por la tipificación de otros delitos relacionados con ella. La CICC, de igual modo que la CNUCC, también dispone de preceptos con diferente grado de vinculatoriedad. Los preceptos que poseen una mayor fuerza vinculante exigen a los Estados parte la tipificación del cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, de otras figuras que suelen recibir la denominación de negociaciones incompatibles con la función pública, del blanqueo y encubrimiento de bienes procedentes de los delitos enumerados, así como de las diferentes formas de participación en los mismos y la tentativa. Con menor fuerza vinculante, dos artículos instan a la tipificación del cohecho activo en transacciones comerciales internacionales y del enriquecimiento ilícito, siempre con sujeción a la Constitución del Estado en cuestión y a los principios fundamentales de su Ordenamiento jurídico. Con un grado de compromiso aún menor, los Estados “estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones” de otro tipo de conductas como el uso indebido por parte de funcionarios públicos de información reservada o privilegiada, el uso o aprovechamiento indebido por parte de un funcionario público de bienes del Estado, cualquier comportamiento de un particular dirigido a la adopción por parte de la autoridad pública de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente un beneficio, así como de la desviación de su objeto que hagan los funcionarios públicos de bienes o dinero público.

La Convención de la Unión Africana, por su parte, exige de manera similar a los otros documentos, el castigo del cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, de la malversación de fondos, del tráfico de influencias, del cohecho activo y pasivo en el sector privado, del blanqueo de dinero procedente de los delitos enumerados, así como de cualquier forma de participación en tales delitos y de la tentativa. De igual manera, pero con sujeción a los principios de su Derecho interno, demanda la tipificación del enriquecimiento ilícito.

La Convención penal del Consejo Europa también abarca un amplio número de conductas, instando a los Estados parte a tipificar co-

mo delito el soborno activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales y extranjeros (incluidos los parlamentarios), el soborno activo y pasivo en el sector privado, el soborno activo y pasivo de funcionarios de organizaciones internacionales y de miembros de asambleas parlamentarias internacionales o supranacionales en las que el Estado en cuestión sea parte, el soborno activo y pasivo de jueces y funcionarios de tribunales internacionales cuya jurisdicción haya aceptado el Estado parte, el tráfico de influencias y el blanqueo de dinero proveniente de los delitos enumerados. A su vez, los Estados parte deberán establecer sanciones penales o de otra índole sobre determinadas infracciones de carácter contable dirigidas a la realización de alguno de los delitos mencionados. La Convención también exige a los Estados parte castigar los actos de participación en los delitos tipificados de acuerdo con la Convención, no haciendo mención, sin embargo, dada la diversidad de Ordenamientos jurídico-penales, a la tentativa.

El Convenio de la UE, por su parte, se limita a exigir la tipificación, únicamente, del cohecho activo y pasivo, obviando otros delitos tradicionalmente vinculados con la corrupción (DOCE n° C 221, de 19 de julio de 1997)³². Este instrumento se refiere no solo a los funcionarios de los Estados miembros de la Unión, sino también a los funcionarios de las instituciones de la UE. Al respecto, hay que destacar que, si bien emplea una definición autónoma de funcionario comunitario, deja en manos de los Estados miembros la definición de funcionario nacional, con los correspondientes problemas que ello podría acarrear, pues la misma conducta podría ser considerada acto de corrupción en un país de la UE, pero no en otro si la persona que lo lleva a cabo no tiene la consideración de funcionario público en dicho Estado.

Finalmente, en lo referentes a las penas, los instrumentos europeos hacen referencia a la necesidad de prever penas eficaces, proporcionadas y disuasorias para las personas físicas responsables de los delitos de corrupción, incluidas penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición (Convención del Consejo de Europa, art. 19.1) (Convenio UE, art. 5.1); y todos los instrumentos coinciden en exigir,

³² La tipificación del blanqueo procedente de la corrupción se exige en el *Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, de 19 de junio de 1997 (DOCE n° C 221, de 19 de julio de 1997).

como sanción el decomiso de los bienes objeto y producto del delito (CNUCC, art. 31; CICC, art. 15; Convención de la UA, art. 16; Convención del Consejo de Europa, art. 19.3; Segundo Protocolo al Convenio PIF, art. 5).

1.2.3. Responsabilidad de las personas jurídicas

En el momento actual no se puede desconocer el papel que las personas jurídicas desempeñan en la vida económica y social. Rodean nuestro quehacer diario y tienen capacidad jurídica de obrar, lo que significa que pueden celebrar válidamente negocios jurídicos, algunos de ellos con las Administraciones Públicas. En ese devenir pueden recurrir al soborno para comprar voluntades de los funcionarios públicos con capacidad de decisión. Conscientes de ello, la mayoría de los instrumentos contra la corrupción³³ exigen a los Estados parte la adopción de medidas tendentes a reconocer responsabilidad a las personas jurídicas por los actos de corrupción en los que pudieran verse implicadas (CNUCC, art. 26.1; Convención del Consejo de Europa, art. 18; Segundo Protocolo al Convenio PIF, art. 3). Para ello, exigen la previsión de sanciones penales o de otra índole que sean eficaces, proporcionadas y disuasorias, haciendo mención expresa a las de naturaleza económica (CNUCC, art. 26.4; Convención del Consejo de Europa, art. 19.2; Segundo Protocolo al Convenio PIF, art. 4.1). Es preciso destacar que los instrumentos otorgan la posibilidad de recurrir a sanciones penales o de otra índole para las personas jurídicas, por lo que aquellos ordenamientos jurídicos en los que siga vigente el principio *societas delinquere non potest* no deberán derogarlo, basándoles el recurso a sanciones de carácter no penal.

1.2.4. Reglas sobre jurisdicción

Todos los convenios contra la corrupción fundamentan la competencia de los Estados para conocer de los delitos de corrupción en el clásico principio de territorialidad (CNUCC, art. 42.1; CICC, art. 5.1; Convención de la UA, art. 13.1.a); Convención del Consejo de

³³ Con la excepción de la CICC y la Convención de la UA.

Europa, art. 17.1.a); Convenio UE, art. 7.1.b). De igual modo, y con respeto a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado, los convenios abogan por el recurso a otros principios de aplicación de la ley penal en el espacio, como el principio de personalidad activa (CNUCC, art. 4.2.b; CICC, art. 5.2; Convención de la UA, art. 13.1.b; Convención del Consejo de Europa, art. 17.1.b); Convenio UE, art. 7.1.b), el principio de personalidad pasiva (CNUCC, art. 41.2.a; Convención del Consejo de Europa, art. 17.1.c; Convenio UE, art. 7.1.c) o el principio real o de defensa (CNUCC, art. 41.2.d; Convención de la UA, art. 13.1.d), siendo conscientes de que los comportamientos corruptos que afecten a sus Administraciones públicas no tienen porque llevarse a cabo dentro de las fronteras nacionales.

1.2.5. Asistencia y cooperación

Como reconoce el Preámbulo de la CNUCC, la corrupción “ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”. Por esta razón, no son pocas las medidas que se prevén en los diversos instrumentos internacionales y regionales orientadas a lograr la mayor y mejor cooperación posible entre los Estados parte. Detallarlas aquí minuciosamente sería tarea que excedería de los límites del presente trabajo, pero sí se ha considerado necesario destacar, al menos, las más representativas. Así, todos los documentos perseveran en la prohibición de invocar el secreto bancario para denegar la asistencia jurídica mutua (CNUCC, art. 46.8; CICC, art. 16; Convención UA, art. 17.3; Convención penal Consejo de Europa, art. 26.3), por lo que los Estados están obligados a modificar sus legislaciones internas para cumplir con esta disposición. Se pretende evitar con ello que los delincuentes puedan disponer de los fondos obtenidos corruptamente, a la vez que disuadir a los potenciales corruptos de la venta de sus servicios a cambio de sobornos de los que no podrán disfrutar en paraísos fiscales. Además, la CNUCC se pronuncia a favor de la aplicación de las técnicas internacionalmente admitidas en la lucha contra el tráfico de drogas y, en general, el crimen organizado: agentes encubiertos, provocación policial, entregas controladas o vigiladas, etc.

Por otra parte, todos los convenios contienen previsiones relativas a la extradición (CNUCC, art. 44; CICC, art. 8; Convención UA, art. 15; Convención del Consejo de Europa, art. 27; Convenio EU, art. 8), debiendo ser el cohecho, así como el resto de los delitos tipificados de acuerdo con las convenciones, un delito que dé lugar a ella. Los convenios pueden emplearse, incluso, como fundamento jurídico para concederla cuando las partes supediten la extradición a la existencia de un tratado entre ellas y este no exista. Si una parte deniega la extradición únicamente por razón de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, el Estado requerido habrá de someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

Pero no solo se busca el mutuo auxilio judicial, también se pretende impulsar la cooperación policial en la investigación de los hechos de corrupción —mediante el desarrollo de investigaciones conjuntas, particularmente cuando la corrupción presenta un alcance internacional, la asistencia técnica, formación, recogida y análisis e intercambio de la información— y se establecen medidas para la protección de testigos y víctimas.

Mención especial merece también en este punto la recuperación de activos. Si importante es la persecución y enjuiciamiento de los delincuentes corruptos —para lo cual se han previsto en los diversos convenios internacionales disposiciones como las comentadas en las líneas precedentes—, tanto o más lo es la persecución de los bienes obtenidos a través de la realización de actos de corrupción. Recuperar ese capital y devolvérselo a los pueblos a los que fue sustraído debe ser uno de los principales objetivos que ha de perseguir la comunidad internacional en su lucha contra la corrupción. Un paso adelante en esta dirección lo dio la CICC, cuyo art. 15 obliga a los Estados parte a prestarse “la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes”. Es la CNUCC la que continúa y desarrolla ampliamente esta idea —ante el olvido del tema en el Convenio OCDE— considerando la restitución de activos incluso “un principio fundamental de la presente Convención” (art. 51) e instando a los Estados Parte a adoptar medidas para evitar y detectar la

transferencia de capitales ilícitos, para su recuperación y para su restitución a sus legítimos propietarios o para indemnizar a las víctimas.

1.3. *Iniciativas internacionales y regionales sobre la corrupción en las transacciones económicas*

1.3.1. Medidas preventivas

Como se mencionó al inicio de este epígrafe, son numerosas las medidas preventivas que se recogen en los instrumentos internacionales y globales contra la corrupción. En las líneas que siguen se mencionan las que están orientadas específicamente a evitar la corrupción en las transacciones económicas.

La ya referida *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericana de 1977 (en adelante, FCPA), primera norma nacional que sancionaba el soborno transnacional y cuya influencia en los textos internacionales posteriores es más que evidente, incluía unos mecanismos de prevención de la corrupción en los negocios transnacionales susceptibles de clasificarse en tres niveles: didáctico, jurisdiccional y mixto o consultivo³⁴. En el plano global, la OCDE, un año y medio antes de la adopción de su Convenio contra la corrupción transnacional, había elaborado un documento de *soft law* en el que recomendaba prohibir la deducción de los sobornos entregados a funcionarios públicos extranjeros en el transcurso de operaciones comerciales internacionales³⁵. Se considera, esta, una medida tan importante en la

³⁴ De acuerdo con la prevención didáctica, el Procurador General de los Estados Unidos elabora un listado de actos considerados corruptos de acuerdo con las disposiciones de la FCPA que se pone a disposición de las personas a las que va dirigida la norma. Según la prevención jurisdiccional, el Procurador General puede impedir la comisión de un delito previsto en la *Act* a través de una acción civil cuando sea evidente que una empresa o persona podría estar comprometida o a punto de comprometerse en una práctica de las prohibidas. Y de acuerdo con prevención mixta o consultiva, las personas a las que se dirige la FCPA pueden consultar al Procurador General para saber si la conducta que pretenden llevar a cabo es contraria al *Act*. Si el Procurador General dictamina que es legítima, se considera una presunción *iuris tantum* a favor de quien solicitó la consulta que podrá ser rebatida con una prueba en contrario.

³⁵ *Recomendación sobre la posibilidad de deducir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros* (adoptada por el Consejo el 11 de abril de 1996C (96) 27/

prevención de la corrupción transnacional, que la OCDE ha vuelto a hacer hincapié en ella en dos documentos adoptados posteriormente: la *Recomendación sobre medidas fiscales para una mayor lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales* (adoptada por el Consejo el 25 de mayo de 2009, C (2009) 64) y la *Recomendación para un mayor combate del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales* (adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009, C (2009) 159).

El Convenio de 1997 menciona, además, una serie de medidas contables tendentes a evitar la existencia de “cajas B” destinadas al pago de sobornos, como son “el mantenimiento de libros y registros, la publicación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, con el fin de prohibir el establecimiento de cuentas fuera de libros, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidas del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos, por las sociedades sometidas a dichas leyes y reglamentos, con el fin de corromper a agentes públicos extranjeros o de ocultar dicha corrupción” (art. 8). De igual modo, para evitar que los sobornados puedan disfrutar de sus ilícitos rendimientos, el art. 7 obliga a los Estados parte a considerar la corrupción de agentes públicos un delito previo al blanqueo, si también lo es la corrupción de los agentes del propio país.

Estas medidas preventivas también se han recomendado por la CNUCC (art. 12.4) y por la CICC (art. 3)³⁶, estableciendo, además,

FINAL). Este instrumento ha de ser aceptado por los países participantes en el Convenio de 1997 como lo señalan los comentarios al mismo *in fine*.

³⁶ Así, el art. 3.7 hace referencia a la adopción de “leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción en los Estados Partes”. Se trata de impedir que el autor de un soborno transnacional pueda deducir de sus ingresos, a la hora de pagar determinado impuesto, las cantidades entregadas a un funcionario público extranjero en concepto de soborno transnacional. Asimismo, el art. 3.10 aboga por la adopción de “medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de acti-

expresamente la Convención de Naciones Unidas, en el art. 14, un régimen interno de reglamentación y supervisión de bancos, instituciones financieras no bancarias y otros órganos susceptibles de ser utilizados para el blanqueo, con el fin de evitar el lavado de activos procedentes de la corrupción.

Respecto de la corrupción privada, los primeros instrumentos que hicieron mención a la misma (procedentes de la UE y del Consejo de Europa) se limitaron a exigir a los Estados la adopción de medidas represivas contra ella olvidando la importancia de las medidas puramente preventivas. La CNUCC, por el contrario, sí dedica disposiciones a este respecto. Así, su artículo 12, insta a la adopción de códigos de conducta para el correcto ejercicio de las actividades comerciales, así como de medidas para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas. De igual modo, insiste en la adopción de normas contables dirigidas a impedir la existencia de “cajas B” que sirvan al pago de sobornos.

1.3.2. Medidas represivas

Todos los instrumentos internacionales y regionales coinciden en tipificar únicamente la modalidad activa del cohecho en transacciones comerciales internacionales, es decir, el ofrecimiento, la entrega o la promesa de entrega de un soborno a un funcionario extranjero (CNUCC, art. 16.1; Convenio OCDE, art. 1; CICC, art. 8), olvidándose conscientemente de la modalidad pasiva, es decir, del comportamiento realizado por el funcionario público —que habrá de ser castigado por el Estado para el cual desempeña sus funciones (Fabián Caparrós, 2003)—, siguiendo la estela iniciada por la FCPA de 1977. Lo que sí varía entre ellos es el posible receptor del pago corrupto. Así, mientras que la FCPA es la que contempla un círculo más amplio de posibles receptores: funcionarios públicos de otros Estados, partidos políticos o funcionarios de partidos políticos, candidatos a un cargo público y, desde la reforma operada en 1998, funcionarios

vos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción”. Se pretende impedir así la existencia de *dobles contabilidades* en las empresas que puedan encubrir el capital destinado al pago de sobornos.

de organizaciones internacionales (Benito Sánchez, 2016), el resto de documentos únicamente hacen referencia a funcionarios de otros Estados y de organizaciones internacionales³⁷, olvidándose del resto de sujetos que menciona la norma estadounidense.

En el ámbito de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, también podría hacerse la distinción entre cohecho propio y cohecho impropio. La tipificación del cohecho impropio, sin embargo, merece una reflexión diferente de la realizada para el cohecho clásico pues diferente es el bien jurídico tutelado. En este ámbito, ante una conducta de cohecho impropio (ej. un pago de facilitación), el bien jurídico de la competencia leal en el mercado quizá no se vea dañado y, por lo tanto, su castigo penal no estaría justificado pues se vulneraría el principio de lesividad. Cuestión diferente es que ese pago sea ya delictivo como modalidad de cohecho impropio de los propios funcionarios nacionales, que como ya se ha señalado, sí es una conducta merecedora de sanción penal porque el bien jurídico relativo al correcto funcionamiento de la Administración Pública sí puede verse dañado. Por tanto, en el ámbito interno estos pagos sí deben ser castigados como modalidad de cohecho impropio dados los “efectos corrosivos que tiene sobre el desarrollo sostenible y el Estado de Derecho”³⁸.

Junto al castigo de cohecho activo transnacional, los instrumentos exigen también el castigo de toda forma de participación, del encubrimiento, así como de las formas imperfectas de ejecución (CNUCC, arts. 24 y 27; Convenio OCDE, art. 1.2; CICC, art. 6.1). De igual modo, exigen que las sanciones por hechos de corrupción sean eficaces, proporcionadas y disuasorias, y que permitan la extradición (Convenio OCDE, art. 3.1); a la vez que debe preverse el decomiso de los

³⁷ La CICC únicamente menciona en su articulado a los funcionarios públicos de otros países, si bien, la *Legislación Modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional* abre la puerta a la tipificación del cohecho de funcionarios de organizaciones internacionales.

³⁸ Así se pronuncia la *Recomendación de la OCDE para un mayor combate del cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, adoptada por el Consejo el 26 de noviembre de 2009, C (2009) 159.

bienes objeto y producto del delito (CNUCC, 31; Convenio OCDE, art. 3.3; CICC, art. 15.1).

Con relación a la corrupción en el sector privado, la opción seguida por la CNUCC difiere de la seguida por los documentos regionales. Así, en la Convención de Naciones Unidas la tipificación de la corrupción privada es facultativa para los Estados ratificantes, como lo pone de manifiesto en íncipit del art. 21: “Cada Estado parte considerará la posibilidad de...”; opción que pareció deberse a la diversidad existente entre los ordenamientos jurídicos participantes en la Convención en relación con la corrupción privada y al deseo de lograr, pese a las diferencias, el mayor número posible de ratificaciones del texto.

En el plano regional, frente a la opción seguida por la OEA, en el marco europeo hace tiempo que se viene produciendo un importante cambio conceptual, y la corrupción no solo se considera un hecho a perseguir cuando se produce en relación con la Administración Pública, sino que se entiende que también debe combatirse cuando tiene lugar en el sector privado, ámbito tradicionalmente regulado más por el Derecho civil (mercantil) o laboral, que se considera igualmente merecedor de intervenciones preventivas, penales y de intensa colaboración interestatal de cara a asegurar la mayor transparencia de las relaciones económicas —y, en particular, en las relaciones económicas internacionales— tengan o no directamente que ver con los Estados.

La ya mencionada *Decisión Marco 2003/568/JAI* exige la tipificación como delito del cohecho activo y pasivo entre particulares (art. 2), así como de cualquier forma de participación en tales delitos (art. 3); si bien, la tipificación puede limitarse a “aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales” (art. 2.3). De manera muy similar, la *Convención penal* del Consejo de Europa también exige a los Estados parte castigar estas conductas (arts. 7 y 8), aunque no concede la posibilidad de limitar el castigo a los actos a los que se refiere el art. 2.3 de la *Decisión Marco*, misma opción por la que se decantó la *Convención para la prevención y el combate de la corrupción* de la Unión Africana (art. 4.e).

1.3.3. Responsabilidad de las personas jurídicas

En las primeras líneas de este trabajo quedó patente que las empresas multinacionales han aprovechado las asimetrías jurídicas existentes entre los diversos Estados de la aldea global para llevar a cabo prácticas corruptas en el comercio transnacional. Tomándolo en cuenta, el Convenio OCDE y la CNUCC exigen a sus Estados parte la adopción de medidas orientadas al reconocimiento de responsabilidad a las personas jurídicas por tales prácticas (CNUCC, art. 26; Convenio OCDE, arts. 2 y 3.2).

En los documentos europeos es donde mayor atención se presta a la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción privada. El art. 6 de la Decisión *Marco 2003/568/JAI* dispone que, en todo caso, deberán imponerse sanciones consistentes en multas, a la vez que podrán preverse otras tales como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales, la vigilancia judicial o la medida judicial de disolución. La misma opción es la que recogen los arts. 18 y 19.2 de la *Convención penal* del Consejo de Europa.

1.3.4. Reglas sobre jurisdicción. Asistencia y cooperación

En este apartado, para evitar reiteraciones, no se hará referencia a las reglas sobre jurisdicción ni a la asistencia y cooperación, en la medida en que no se ha añadido en los diferentes instrumentos ninguna medida específica a las ya señaladas respecto de la corrupción de Estado (*supra* 1.2.4 y 1.2.5).

2. CONCLUSIONES

La creciente transcendencia internacional de la corrupción, unida al secretismo en el que se mueven este tipo de conductas y a las dificultades para la identificación de víctimas individuales que puedan denunciar los hechos, demanda su abordaje desde una perspectiva e intervención multilateral. Los acuerdos anticorrupción internacionales desempeñan un papel clave en la creciente persecución internacional de la corrupción y obligan a los gobiernos a tomar medidas y a

facilitar la cooperación y asistencia técnica internacionales. El esfuerzo conjunto a escala internacional se muestra así indispensable para luchar contra esta modalidad de delincuencia y favorecer la rendición de cuentas, la transparencia en el sector público y privado; en definitiva, el funcionamiento del Estado de Derecho.

En esta línea, la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, único documento verdaderamente universal en la materia representa un hito en la arquitectura de los acuerdos internacionales contra la corrupción. Es el primer convenio internacional que atrajo más de cuarenta Estados Parte, con más de ciento setenta hasta la fecha, y es el primer instrumento internacional aplicable mundialmente que aborda íntegramente la corrupción. Se trata de un texto omni-comprendivo que pretende abarcar el fenómeno de la corrupción en todos sus aspectos, refiriéndose no solo a la corrupción en sentido estricto, sino también, a otros delitos relacionados con ella, como el blanqueo de capitales o la obstrucción a la justicia.

Resulta fundamental que los gobiernos implementen la Convención y creen un proceso de seguimiento para fomentar la puesta en práctica de la legislación adoptada y la cooperación y asistencia técnica³⁹. También los compromisos y mecanismos regionales existentes son importantes para que los gobiernos sigan cooperando dentro de un entorno socio-jurídico próximo. Asimismo, los principales exportadores del mundo deben continuar su cooperación por medio de la Convención OCDE contra el soborno y su relacionado mecanismo de seguimiento para reducir la práctica de sobornar a funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Los países de la OCDE deben demostrar su voluntad política aplicando sus leyes que penalizan esos sobornos (Transparencia Internacional, 2018)⁴⁰. Urge, por tanto, un cambio radical en las políticas

³⁹ Entre otras razones porque la corrupción sigue siendo un problema a nivel mundial, como lo ponen de manifiesto diversas organizaciones internacionales. Así, se pueden consultar publicaciones de Transparencia Internacional, como su *Índice de Percepción de la Corrupción* o su *Barómetro Global de la Corrupción*.

⁴⁰ Los datos de la aplicación del Convenio no son, sin embargo, muy esperanzadores. Según el último informe publicado, sólo 7 países de los que han ratificado el Convenio realizan una aplicación activa del mismo, mientras que la mayoría (22) no lo aplican en absoluto o lo hacen mínimamente (Transparencia Internacional, 2018).

anticorrupción de los Estados que pase, no solo por la adaptación a las mismas de sus legislaciones, sino por una verdadera aplicación de las medidas en cuestión.

Debemos ser conscientes que el repaso de las plurales iniciativas internacionales —regionales y globales— en la lucha contra la corrupción pone de manifiesto la falta de uniformidad de las soluciones seguidas por unos y otros. Ahora bien, como la *Convención de las Naciones Unidas* supone, el establecimiento de unas bases internacionales mínimas, susceptibles de mejora en el plano regional e interno, al respecto y teniendo en cuenta el resto de los instrumentos internacionales, se pueden extraer, con carácter general, las siguientes conclusiones.

2.1. Medidas preventivas

1. En primer lugar, urge focalizar la lucha contra la corrupción en las medidas de prevención, para evitar así los corrosivos efectos de la misma. La prevención de la corrupción requiere partir, desde su inicio, de la adopción de medidas fuera del ámbito penal. Al lado de campañas tendientes a una sensibilización cultural y de educación ciudadana, deben promoverse también la censura y el reproche en relación con la corrupción. Desde un prisma preventivo, resulta igualmente esencial una mayor y más eficaz intervención jurídico-administrativa y civil (mercantil) dirigida al establecimiento de reglas que aseguren un funcionamiento claro y transparente del sector público y privado.

2. En el ámbito de la corrupción en la Administración Pública, los instrumentos europeos no dedican especial énfasis a las medidas preventivas. La razón estriba en que ese tipo de medidas (transparencia en el acceso a la función pública, en la contratación, acceso a la información, etc.) se presuponen implícitas al Estado democrático y de Derecho. No obstante, no se debe olvidar que en los países europeos la corrupción también es vista como un problema extendido (Comisión Europea, 2014), por lo que se debe continuar adoptando medidas preventivas ante una falta de transparencia en la gestión y en la contratación pública, una utilización clientelar de las instituciones, la externalización abusiva de actividades desempeñadas por funcionarios y empleados públicos, la insuficiente coordinación entre los órganos administrativos, la debilidad de los controles políticos, y

la escasez de medios de las fiscalías anticorrupción y de los tribunales de cuentas. Se estima conveniente, además, la evaluación periódica de la aplicación y conformidad de todos los instrumentos preventivos, a cuyo efecto, la realización de auditorías sistemáticas puede ser de una inestimable ayuda.

3. En ámbitos como la financiación de los partidos políticos, es imprescindible que se prevean medidas preventivas como la prohibición de las donaciones anónimas a partidos políticos y sus fundaciones, por ello se considera necesario incrementar los recursos financieros y de personal destinados al Tribunal de Cuentas para realizar de forma eficaz sus tareas de control y ejecución, incluyendo una supervisión más a fondo de los informes financieros de los partidos políticos. Los Tribunales de Cuentas deben tener las garantías suficientes de que las condonaciones de la deuda de los partidos por parte de entidades bancarias o proveedores privados no obedezcan en ningún caso a situaciones de intercambio de favores.

4. En el sector privado es también imprescindible fomentar la adopción de medidas preventivas pues no debe olvidarse que frente al funcionario que solicita o acepta un soborno, hay un particular o representante de una empresa que lo entrega u ofrece. Asimismo, son también necesarias medidas de prevención de la corrupción en las empresas que eviten el pago de sobornos entre las mismas. En el sector privado es, por tanto, esencial promover una cultura ética empresarial que rechace el pago de sobornos para conseguir cuotas de mercado, a la vez que se hace necesario adoptar medidas concretas en el ámbito de las empresas, como códigos de conducta que conlleven sanciones ante incumplimientos, o canales internos de denuncia que garanticen la protección de quien los usa⁴¹.

2.2. *Tipos delictivos*

1. En relación con la criminalización de las conductas de corrupción, los instrumentos supranacionales coinciden en afirmar el casti-

⁴¹ La Unión Europea ha dado importantes pasos en la materia desde la Resolución del Parlamento Europeo del 24 de octubre de 2017 sobre protección de denunciantes de irregularidades, que se ha materializado ya en una propuesta de directiva en esta materia.

go, no sólo del cohecho propio sino también del cohecho impropio pues también puede poner en riesgo el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Todos los textos legales estudiados hacen referencia a su penalización, aunque no todos con la misma fuerza vinculante. En todo caso, parece necesario reflexionar sobre la necesidad o no de diferenciar entre el cohecho propio y el impropio, puesto que ante la lesión de la imparcialidad y objetividad de la Administración resulta secundaria la distinción entre acto lícito o ilícito a realizar por el funcionario público. Este, en otras palabras, quebranta su deber de imparcialidad en el mismo momento en el que acepta un beneficio indebido, y lo quebranta con independencia de si lo que va a realizar es lícito o no.

2. Por su importancia y gravedad, se deben aplicar también medidas penales adecuadas para hacer frente a otras modalidades delictivas que se integrarían en un concepto amplio de corrupción, como el tráfico de influencias u otros abusos de funciones del cargo pues en no pocas ocasiones, la persecución y sanción de estas conductas puede ser la vía más eficaz de combatir la corrupción.

3. También es necesario, no solo implementar, sino aplicar, medidas penales adecuadas para castigar la corrupción en el sector privado. Las conductas de corrupción privada deberían castigarse si afectan de manera importante al bien jurídico de la competencia leal en el mercado. Por tanto, político-criminalmente se considera que los actos de competencia desleal solo van a ser objeto de sanción penal cuando lesionen gravemente ese bien jurídico, dejando que otras conductas menos graves sean sancionadas por otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho administrativo o el Derecho mercantil, para respetar el principio de *ultima ratio* del Derecho penal.

4. La corrupción debe ser sancionada con penas de carácter disuasorio, efectivas y proporcionadas a la entidad y gravedad del hecho delictivo cometido. Se establece así la necesidad de prever sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición en todos los supuestos de cohecho antecedente (propio e impropio). Otras penas imprescindibles son las de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, en el caso de cohecho pasivo de funcionarios, así como, para el caso del cohecho activo (especialmente el cometido en nombre de empresas) penas de prohibición para participar en concursos o sistemas públicos de contratación, y penas

de prohibición de obtener subvenciones y beneficios fiscales. Este tipo de penas pueden ser muy eficaces en un ámbito criminal como éste en el que lo que se persigue es la obtención de un lucro de carácter económico.

5. En relación con lo anterior, todas las convenciones inciden en contemplar a las personas jurídicas como posibles sujetos de responsabilidad por delitos de corrupción, si bien es cierto que no se exige que sean castigadas penalmente, admitiéndose su responsabilidad administrativa o civil. En todo caso, se aprecia en los ordenamientos jurídicos de tradición continental un abandono del viejo aforismo *societas delinquere non potest*, y el consiguiente reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos con personalidad jurídica, lo que ha llevado a una revisión del contenido de los clásicos elementos del delito (Berdugo, 2013).

En relación con las personas jurídicas, es esencial que respondan con sanciones (o propiamente penas) eficaces proporcionadas y disuasorias que incluyan, en todo caso, la multa, que deberá calcularse de modo proporcional al beneficio obtenido, y se podrán incorporar otras sanciones como las mencionadas en el párrafo anterior. En este ámbito, es fundamental emplear los recursos necesarios para evitar que el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica no sirva para eludir la responsabilidad de las personas físicas que hayan intervenido de un modo u otro en el hecho delictivo.

2.3. *Asistencia y cooperación*

1. En el plano procesal y de la investigación policial es fundamental destacar que las autoridades que asuman la persecución de la corrupción deben estar especializadas y dotadas de recursos que les permitan penetrar en el entramado empresarial y económico de la corrupción y, sobre todo, debe estar garantizado “que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas” (CNUCC, art. 36).

2. Junto a ello, dada la cercanía que el fenómeno de la corrupción puede tener con el crimen organizado (Gounev & Bezlov, 2010), se justifica en estos casos la aplicación en su persecución de técnicas internacionalmente admitidas en la lucha contra este tipo de criminalidad. Desde diferentes ámbitos, se trata de acomodar el posible contenido de las comisiones rogatorias a las nuevas tecnologías (videoconferencias, vigilancia electrónica, comunicaciones por internet,

etc.), se promulgan institutos procesales en el ámbito interno (agente encubierto, entregas vigiladas, etc.) y, en el ámbito de la delincuencia económica, se intenta privar a estos delincuentes de sus ingentes ganancias. Ahora bien, ese esfuerzo ha de ir acompañado de la paralela voluntad de creación de un marco internacional de garantías efectivas para los imputados, a las que no se debe renunciar en pro de una pretendida eficacia en la lucha contra la corrupción.

3. En el ámbito de la cooperación internacional, tratándose de delitos transnacionales que pueden llegar a tener una importante trascendencia económica, debería estar vigente la extraterritorialidad de la ley penal y se debería suprimir el principio de doble incriminación. Un paso importante en esta materia ha sido dado por la UE con la orden europea de detención y entrega, ámbito que después se ha ido completando con otras normas vinculadas al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. La supresión del principio de la doble incriminación, por el que se apuesta en esta normativa, convierte a estos delitos en una suerte de grupo intermedio entre los supuestos vinculados al principio de personalidad activa y al principio de justicia universal. En otros países no vinculados por las normas de la UE, se debe reflexionar sobre la necesidad de adoptar una legislación que amplíe la atribución de competencia jurisdiccional más allá del clásico principio de territorialidad, para hacer posible la persecución de delitos de corrupción aun cuando hubieran sido cometidos en el extranjero — sin perjuicio, evidentemente, de la probable preferencia de otros Estados en la persecución y enjuiciamiento de tales conductas —.

4. La cooperación judicial no debe limitarse a la entrega de los presuntos responsables, sino que debe también estar muy presente en el ámbito de la recuperación y restitución de los activos procedentes de la corrupción⁴². Por ello, ha de prestarse especial atención a los mecanismos que garantizan la confiscación de los sobornos y demás ganancias derivadas de la corrupción.

5. En relación con lo dicho, es fundamental lograr la cooperación de los territorios a los que se suelen enviar, o por los que suelen circu-

⁴² Recuérdese que la CNUCC considera la restitución de activos un principio fundamental de la misma, instando a los Estados a prestarse la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto (art. 51).

lar, las ganancias derivadas de la corrupción. Al respecto, no debe admitirse la invocación por parte de estos Estados del secreto bancario para denegar asistencia judicial recíproca (CNUCC, art. 46.8).

REFERENCIAS

Doctrina

- Acale Sánchez, M. (2008). Derecho Penal y Tratado de Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario*, 30, 349-380.
- Argandoña, A. (2006). La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales. *Documento de investigación DI*, 656, IESE Business School Universidad de Navarra. [Disponible en <https://media.iese.edu/research/pdfs/DI-0656.pdf>] (último acceso 31.7.2019).
- Bannenberg, B. (2002). *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse*. Neuwied, Alemania: Luchterhand.
- Benito Sánchez, D. (2012). *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madrid, España: Iustel, 2012.
- Benito Sánchez, D. (2015). Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *Revista Estudios de Deusto*, 63 (1), 205-228. [Disponible en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/182/298>] (último acceso 31.7.2019).
- Benito Sánchez, D. (2016). La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*, en Castro Moreno, A. y Otero González, P. (Dir.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* (pp. 115-143). Madrid, España: Dykinson.
- Benito Sánchez, D. (2019). The European Union Criminal Policy against Corruption: Two Decades of Efforts. *Política Criminal*, 14 (27), 520-548. Doi, [Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100520>].
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2013). *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid, España: Iustel.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y Fabián Caparrós, E. (2009) Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 81, 6-35.
- Blanco Cordero, I. (2004). La corrupción desde una perspectiva criminológica: Un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional. En F. Pérez Álvarez (Ed.): *Serta in memoriam*

- Alexandri Baratta*. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Blanco Cordero, I. y Sánchez García de Paz, I. (2000) Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. *Revista Penal*, 6, 3-14.
- Bolea Bardón, C. (2016). El delito de corrupción privada: Bien jurídico y ratio legis. En A. Castro Moreno y P. Otero González (Dir.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* (pp. 101-114). Madrid, España: Dykinson.
- Bull, M. J. & Newell, J. L. (2003). Conclusion: Political corruption in contemporary democracies. En M.J. Bull & J.L. Newell (Ed.). *Corruption in contemporary politics* (pp. 234-247). Reino Unido: Palgrave Macmillan.
- Carrera Hernández, F. (2001). La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea. En VV.AA. *Cooperación jurídica internacional* (pp. 207-234). Madrid, España: BOE.
- Cartier-Bresson, J. (2000). Las causas y consecuencias de la corrupción: análisis económico y lecciones aprendidas. En OCDE (Ed.). *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción* (pp. 11-33). México D.F., México: OCDE.
- Castresana Fernández, C. (2004). Corrupción, globalización y delincuencia organizada. En N. Rodríguez García y E. Fabián Caparrós (Coord.). *La corrupción en un mundo globalizado análisis multidisciplina*. (pp. 213-226). Salamanca, España: Ratio Legis.
- Choclán Montalvo, J. A (1998). Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El *Corpus Iuris* europeo. *La Ley*, 1, 1916-1927.
- Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (Dir.) (2004). *Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I*. Madrid-Barcelona, España: Marcial.
- Cuesta Arzamendi, J. L. (de la) (2003). Iniciativas internacionales contra la corrupción. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 17, 5-26. [Disponible en <https://www.ehu.es/documents/1736829/2174325/Eguzkilore+17.4+CUESTA.pdf>] (último acceso 31.7.2019).
- Cuesta Arzamendi, J. L. (de la) y Blanco Cordero, I. (2001-2002). Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Revista de Ciencias Penales*, 4, 9-29.
- Eigen, P. (2005). Introducción. En VV.AA. *Informe Global contra la Corrupción* (pp. 1-3). London, Reino Unido: Pluto Press/Transparency International.
- Fabián Caparrós, E. (2002). Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos ex-

- tranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997). En J. C. Ferré Olivé et al. *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario* (pp. 103-109). Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Fabián Caparrós, E. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Fiebig, H. & Junker, H. (2000). *Korruption und Untreue im öffentlichen Dienst. Erkennen Bekämpfen Vorbeugen*. Berlín, Alemania: Erich Schmidt.
- Gallego-Casilda Grua, Y. (2001). The European Union's Initiatives in the Fight against Corruption. En A. Alvazzi Del Frate & G. Pasqua (Ed.). *Responding to the Challenges of Corruption* (pp. 189-193). Roma, Milán, Italia: UNICRI-ISPAC-CNPDS.
- García Mexía, P. (2001). *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Gil Nobajas, S. (2015). El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia. *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, 567-624. [Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2604/2970>] (último acceso 31.7.2019).
- Glynn, P., Kobrin, S. J., & Naím, M. (1997). The Globalization of Corruption. K. A. Elliot (Ed.). *Corruption and the global Economy* (pp. 2-27). Washington DC, Estados Unidos: Institute for International Economics.
- Gounev, P. & Bezlov, T. (2010). *Examining the links between organised crime and corruption*. Sofia, Bulgaria: Center for the Study of Democracy.
- Hodge, A., Shankar, S., Rao, D. S. P. & Dush, A. (2009). *Exploring the links between corruption and growth*, School of Economics Discussion Paper núm. 392, University of Queensland.
- Iglesias Río, M. A y Medina Arnáiz, T. (2002). Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea. *Revista Penal*, 14, 49-69.
- Labaquí, I. (2003). Las causas de la corrupción: un estudio comparado. *Colectión*, 14, 155-196.
- Lambsdorff, J. G. (2006). Consequences and Causes of Corruption. What do We Know from a Cross-Section of Countries? En S. Rose-Ackerman (Ed.). *International Handbook on the Economics of Corruption* (pp. 3-52). Northampton, Estados Unidos: Edward Elgar Publishing.
- Malem Seña, J. (2000). *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona, España: Gedisa.
- Manacorda, S. (1999). *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Nápoles, Italia: Facoltà di Giurisprudenza della Seconda università di Napoli.

- Manfroni, C. y Werksman, R. (1998). *La Convención Interamericana contra la corrupción. Anotada y comentada. 2ª ed.* Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Méndez Rodríguez, C. (2002). La corrupción en el marco del *Corpus Juris*. En L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez y M. R. Diego Díaz-Santos (Coord.). *El derecho penal ante la globalización* (pp. 109-134). Madrid, España: Colex.
- Muna, A. (2004). La Convención de la Unión Africana contra la Corrupción. En VV.AA. *Informe Global de la Corrupción* (pp. 147-153). Buenos Aires, Argentina: Prometeo Libros/Transparencia Internacional.
- Muriel Patino, M. V. (2004). Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción. En N. Rodríguez García y E. Fabián Caparrós (Coord.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar* (pp. 27-39). Salamanca, España: Ratio Legis.
- Nieto García, A. (2003). ¿Es inevitable la corrupción? En AA.VV. *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. 4 (pp. 101-114). Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Nieto Martín, A. (2002). La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado). *Revista Penal*, 10, 55-69.
- Otero González, P. (2012-2013). Corrupción entre particulares (delito de). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 3, 174-183. [Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2129>](último acceso 31.7.2019)-
- Pérez Cepeda, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno*. Madrid, España: Iustel.
- Rakesh, S. (2005). Los informantes de la corrupción en la construcción: la lucha fatal de un hombre. En VV.AA. *Informe Global contra la Corrupción* (pp. 15-24). London, Reino Unido: Pluto Press/Transparency International.
- Rodríguez García, N. (2004). La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción. En N. Rodríguez García y E. Fabián Caparrós (Coord.). *La corrupción en un mundo globalizado análisis multidisciplinar* (pp. 241-275). Salamanca, España: Ratio Legis.
- Rose-Ackerman, S. (1999). Globale Wirtschaft und Korruption. En M. Pieht y P. Eigen (Ed.). *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*. Basel-Frankfurt am Main, Alemania: Luchterhand Verlag.
- Rose-Ackermann, S. & Palifka, B. J. (2016). *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, 2ª ed. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Sacerdoti, G. (2000). ¿Sobornar o no sobornar? En OCDE (ed.). *Las reglas del juego cambiaron. La lucha contra el soborno y la corrupción* (pp. 35.61). México D.F., México: OCDE.

- Stessens, G. (2001). The international fight against corruption. General Report. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 72 (3-4), 891-937.
- Tanzi, V. (1995). Corrupción, sector público y mercados. *Información Comercial Española*, 741, 9-23.
- Tanzi, V. (1998). *Corruption around the World. Causes, Consequences, Scope and Cures*. International Monetary Fund Working Paper, 98/63.
- Tanzi, V. (2002). Corruption around the World: causes, consequences, scope and cures. En G. T. Abend y S. Gupta (Ed.). *Governance, Corruption and economic performance* (pp. 19.58). Washington D.C, Estados Unidos: International Monetary Fund.
- Terradillos Basoco, J. M. (2005). La Constitución para Europa: un reto político-criminal. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 20, 21-45.

Otras referencias

- Comisión Europea (2007). Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Bruselas, 18.6.2007, COM (2007) 328 final.
- Comisión Europea (2014). *Special Eurobarometer 397. Corruption. Report*, February 2014, [disponible en http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf] (último acceso el 10.7.2019).
- Consejo de Europa (1999). *Explanatory Report on the Criminal Law Convention on Corruption*. Estrasburgo: Council of Europe Press.
- Consejo De La Unión Europea (19998). *Informe Explicativo sobre el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*, de 3 de diciembre de 1998, (98/C 391/01), DOUE C 391 de 15.12.
- Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, Pub. L. No. 95-213, 91 Stat. 1949 (15 U.S.C. §§ 78dd-1 y ss).
- Naciones Unidas (2004). *Guía Legislativa para la aplicación sobre la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos*. Nueva York, Estados Unidos: Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, División para asuntos de tratados.
- Transparencia Internacional (2009). *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*.
- Transparencia Internacional (2018). *Exporting Corruption. Progress Report 2018: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*.

Capítulo XVII

**LA RESPUESTA DESDE LOS
MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL
DERECHO PENAL INTERNACIONAL:
ESPECIAL ATENCIÓN A LA
CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN
ORGANIZADO TRANSNACIONAL**

Héctor Olasolo*

Carmen Suleika Mané Granados

INTRODUCCIÓN

El Preámbulo de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003 (“CNUCC” o “Convención de Mérida”) refleja la preocupación internacional por el rápido crecimiento y propagación del fenómeno de la corrupción, haciendo particular énfasis en: (i) “la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia

* La presente contribución se inscribe dentro del proyecto de investigación ‘La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado’ (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación ‘Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos’, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. El presente trabajo actualiza y desarrolla en relación con el fenómeno de la corrupción, el siguiente texto publicado por Olasolo, H. en 2016 bajo el título: “¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del Derecho Internacional Penal para hacer frente a los delitos transnacionales?”. En A.I. Pérez Cepeda (Coord.), *Política Criminal ante el Reto de la Delincuencia Transnacional*, (Valencia: Tirant lo Blanch & Universidad de Salamanca), pp. 121-162.

y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”; (ii) “los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero”; (iii) “los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados”; y (iv) el hecho de que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.

En este sentido, Malem (2000), Pérez Cepeda (2007) y Rojas Amandi (s.f.) subrayan que las principales causas de la extraordinaria expansión del fenómeno de la corrupción en las últimas décadas son: (i) el mayor potencial económico de las empresas transnacionales con respecto al de muchos Estados; (ii) el constante crecimiento de los negocios internacionales; (iii) los bajos salarios y las malas condiciones de trabajo de los funcionarios estatales en los países en vías de desarrollo; (iv) las crecientes asimetrías económicas, jurídicas, sociales y políticas; y (v) las transacciones de divisas a través de sistemas informáticos. Como resultado de estas circunstancias, y teniendo en cuenta que el fenómeno de la corrupción afecta tanto al sector público como al sector privado (Gallego-Casilda, 2000; Stessens, 2001; García Mexía, 2001; Fabián, 2002), y que el auge del comercio internacional y la mayor actividad de las empresas transnacionales han dado lugar a nuevas formas de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (Manacorda, 1999; Rodríguez García, 2004), las prácticas políticas, sociales y comerciales de funcionarios públicos y particulares que se consideran asociadas al fenómeno de la corrupción se han multiplicado, afectando estructuralmente tanto a las sociedades nacionales, como a la sociedad internacional (Clavijo, 2012).

En este contexto, el concepto de corrupción se entiende como un fenómeno (Clavijo, 2012), caracterizado por el abuso de la confianza encomendada, o del poder confiado para una ganancia privada, con fines de enriquecimiento personal o de otras personas (Transparencia Internacional, 2018). Además, según Misas, Oviedo, Franco, Viana & Camacho (2005), “la corrupción puede tener una naturaleza económica, política, jurídica o ética, o participar en varios de estos niveles

a la vez”. Esto explica la amplia gama de tipos penales previstos en el Derecho internacional y en los ordenamientos jurídicos nacionales para luchar contra la misma. Esta situación se refleja de manera paradigmática en los artículos 14 a 24 de la Convención de Mérida que: (i) impone a los Estados parte la obligación de incluir en sus respectivos ordenamientos jurídicos el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros en actividades económicas internacionales, la malversación, la apropiación indebida y otras formas de desviación por un funcionario público, el blanqueo del producto del delito y la obstrucción a la justicia; y (ii) establece que los Estados parte considerarán la posibilidad de recoger como delito el cohecho pasivo de funcionarios públicos extranjeros, el tráfico de influencias, el abuso de funciones del cargo, el enriquecimiento ilícito (siempre y cuando no sea contrario a la Constitución o a los principios fundamentales del Estado de que se trate), el cohecho activo y pasivo en el sector privado, la malversación en el sector privado y el encubrimiento o la retención continua de bienes procedentes de los delitos previstos en la Convención.

El impacto negativo de la corrupción se aprecia en diferentes ámbitos. Así, en el ámbito político, la corrupción deteriora las instituciones democráticas, provocando que los ciudadanos pierdan su confianza en las mismas y socavando en última instancia la legitimidad del Estado (Manfroni & Werksman, 1998; Cuesta, 2003; Fabián, 2003; Iglesias & Medina, 2003). Por su parte, en lo que se refiere al nivel de satisfacción de los derechos fundamentales, el impacto negativo de la corrupción es muy significativo en aquellos sectores de la población que disponen de menos recursos (Eigen, 2005; Berdugo & Fabián, 2009). Así mismo, en campo ambiental provoca el favorecimiento a compañías mineras, plantas eléctricas y refinerías (por sólo poner algunos ejemplos) sin la legislación adecuada (Transparencia Internacional, 2018). A esto hay que añadir la importante afectación al crecimiento económico que la corrupción genera como consecuencia de la menor eficacia en la utilización de los recursos públicos (incrementando el gasto público en proyectos innecesarios), la huida de capitales no corruptos y la reducción de los niveles de inversión internacional en el mediano y largo plazo (Benito, 2021).

Como resultado de lo anterior, el fenómeno de la corrupción se ha convertido en un problema social de especial gravedad, como lo refle-

ja, en el ámbito europeo, el hecho de que el 75% de los encuestados por el Eurobarómetro especial sobre corrupción publicado en 2014 considerasen que la corrupción es un fenómeno ampliamente extendido en sus países (Comisión Europea, 2014). Ante esta situación, las Naciones Unidas (2002) lo han calificado como una auténtica plaga que rompe con el tejido social y tiene efectos corrosivos en la sociedad, constituyendo una auténtica amenaza al crecimiento social sostenible y al desarrollo de las instituciones (Clavijo, 2012).

A la luz de las dimensiones, causas y manifestaciones del fenómeno de la corrupción, el Derecho penal transnacional (DPT) lleva más de veinte años en la búsqueda de mecanismos jurídicos que permitan incrementar la eficacia en la lucha contra el mismo (Burneo, 2009). Esto se ha realizado a través de numerosos tratados internacionales elaborados a finales de la década de 1990 y principios del siglo XXI, entre los que destacan la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* de 2000 (Convención de Palermo)¹, y los múltiples instrumentos de cooperación en el área específica de la lucha contra la corrupción, tanto en el ámbito universal (Convención de Mérida de 2003)², como en el ámbito regional (*Convención Interamericana contra la Corrupción* de 1996³; Conven-

¹ La Convención de Palermo, aprobada el 15 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 29 de septiembre de 2003, es el primer instrumento con vocación universal que, sobre la base de considerar la corrupción como una actividad esencial de la delincuencia organizada, requiere a los Estados parte que recojan en sus ordenamientos jurídicos internos los delitos de cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales. Sin embargo, su alcance es muy limitado porque muchas de las prácticas de corrupción de la delincuencia organizada no se pueden incluir en ninguno de estos dos tipos penales.

² Ante las limitaciones presentadas en materia de lucha contra la corrupción por la Convención de Palermo, se aprobó el 31 de octubre de 2003 la Convención de Mérida, que se encuentra en vigor desde el 14 de diciembre de 2005. Como ya hemos mencionado, sus artículos 14 a 24 hacen referencia a una amplia gama de delitos relacionados con el fenómeno de la corrupción.

³ La Convención Interamericana contra la corrupción, aprobada el 29 de marzo de 1996 y en vigor desde el 3 de marzo de 1997, exige a los Estados parte que introduzcan en sus ordenamientos jurídicos internos los siguientes delitos: el cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, las negociaciones incompatibles con la función pública, el blanqueo y el encubrimiento de bienes procedentes de los delitos recogidos en la Convención. Así mismo, se promueve, pero no impone la obligación, de incluir, con pleno respeto a la Constitución y al ordenamien-

ciones Penal y Civil del Consejo de Europa contra la Corrupción de 1999⁴; Convención contra la Corrupción de la Unión Africana de 2003⁵; y los varios instrumentos internacionales aprobados en el seno de la Unión Europea contra la corrupción entre los que destacan el Convenio PIF de 1995⁶ y su Protocolo de 1996⁷, el Convenio UE de

to jurídico de los Estados parte, los delitos de cohecho activo en transacciones comerciales internacionales y enriquecimiento ilícito. Además, se prevé que los Estados parte considerarán recoger como delito en sus legislaciones internas (sin estar obligados a hacerlo) otras prácticas de corrupción como la utilización indebida por funcionarios públicos de información reservada o privilegiada, el uso o aprovechamiento indebido por funcionarios públicos de bienes del Estado, los comportamientos de particulares dirigidos a la adopción por la autoridad pública de una decisión que les otorgue un beneficio ilícitamente y la desviación por funcionarios públicos de bienes o dinero público para actividades distintas a su objeto.

⁴ La *Convención Penal sobre la Corrupción* se aprobó el 27 de enero de 1999 y entró en vigor el 1 de julio de 2002. Por su parte, la *Convención Civil sobre la Corrupción* se aprobó el 4 de noviembre de 1999, y entró en vigor el 1 de noviembre de 2003. La Convención Penal impone a los Estados parte la obligación de recoger en sus ordenamientos jurídicos los siguientes delitos: el soborno activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales y extranjeros (incluidos los parlamentarios nacionales), el soborno activo y pasivo en el sector privado, el soborno activo y pasivo de funcionarios de organizaciones internacionales (así como de miembros de asambleas parlamentarias internacionales o supranacionales), el soborno activo y pasivo de jueces y funcionarios de tribunales internacionales, el tráfico de influencias y el blanqueo de dinero proveniente de los delitos recogidos en la Convención. Además, impone a los Estados parte la obligación de prever sanciones penales o de otra índole con respecto a ciertas infracciones contables cometidas para llevar a cabo alguno de estos delitos.

⁵ La Convención para la *Prevención y Lucha contra la Corrupción*, aprobada por la Unión Africana el 11 de julio de 2003 y en vigor desde el 4 de agosto de 2006, requiere a los Estados parte que introduzcan en sus legislaciones internas los siguientes delitos: el cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales, la malversación de fondos, el tráfico de influencias, el cohecho activo y pasivo en el sector privado, el blanqueo de dinero procedente de estos delitos y el enriquecimiento ilícito (si bien la inclusión de este último delito en los ordenamientos jurídicos nacionales está sujeto a los principios que rigen estos últimos).

⁶ *Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, aprobado el 26 de julio de 1995 y en vigor desde el 17 de octubre de 2002 ('Convenio PIF'), que requiere a los Estados miembros de la Unión que tipifiquen en sus ordenamientos jurídicos algunas conductas que, como el fraude, podrían dañar dichos intereses financieros.

⁷ *Protocolo Adicional al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas*, aprobado el 27 de septiembre de 1996,

1997⁸, la Acción Común 1998/742/JAI⁹, el Corpus Iuris de 2000¹⁰, la Decisión Marco 2003/568/JAI¹¹ y la Directiva PIF de 2017¹²). A esto hay que añadir la Convención OCDE de 1997 contra la corrupción de funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales¹³.

y en vigor desde el 17 de octubre de 2002, que requiere la tipificación en las legislaciones nacionales de los Estados de la Unión de los actos de corrupción cometidos por, o respecto de, funcionarios de la Unión o de Estados miembros responsables de la percepción, gestión o desembolso de los fondos comunitarios sometidos a su control.

⁸ *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea* ('Convenio UE'), aprobado el 26 de mayo de 1997 y en vigor desde el 28 de septiembre de 2005, que requiere la tipificación en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados de la Unión de cualquier acto de corrupción en el que estén implicados o se vean afectados funcionarios de la Unión Europea o de Estados Miembros de la Unión.

⁹ Acción Común 98/742/JAI, de 28 de diciembre de 1998, *sobre la corrupción en el sector privado*, en la que se insta a los Estados miembros a tipificar en sus ordenamientos jurídicos los actos de corrupción privada.

¹⁰ El *Corpus Juris sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea* (2000), tiene como objetivo lograr la unificación de las legislaciones penales de los Estados miembros de la Unión en las cuestiones centrales de parte general y de parte especial relativas a la protección de los intereses financieros de la Unión (Choclán, 1998; Carrera, 2001; Méndez, 2002). En este contexto, insta a los Estados a recoger en sus legislaciones nacionales los delitos de corrupción activa y pasiva de funcionarios de la Unión Europea y de sus Estados miembros.

¹¹ Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, *relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, que, según lo expuesto en sus considerandos, se dirige a 'asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias'.

¹² Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal* ('Directiva PIF'), que reemplaza el Convenio PIF y su Protocolo.

¹³ *Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales*, aprobado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ('Convenio OCDE'), aprobado el 17 de diciembre de 1997, y en vigor desde el 2 de febrero de 1999. Con el fin de establecer unas reglas de juego comunes en el mercado internacional, el Convenio OCDE impone a los Estados parte la obligación de recoger en sus ordenamientos

Los instrumentos internacionales de ámbito universal y regional no recogen un consenso sobre una definición de corrupción, ni sobre el contenido de los distintos tipos penales a través de los cuales se pueden enfrentar sus múltiples manifestaciones. Ahora bien, lo que sí han establecido es un sistema internacional de prevención y lucha contra la corrupción que presupone un cierto nivel de consenso internacional sobre ciertos *delitos básicos* en su persecución penal (Burneo, 2009). Además, junto a la búsqueda de un mayor grado de armonización a nivel interno en las definiciones de estos delitos, promueven el establecimiento de mecanismos para la prevención, la resolución de las controversias sobre la aplicación de las leyes penales y la actuación de las jurisdicciones nacionales de manera extraterritorial, y el fortalecimiento de la cooperación procesal, incluyendo el desarrollo de la figura de la extradición (Benito, 2021).

Sin embargo, dos décadas después de la aprobación y entrada en vigor de los instrumentos internacionales contra la corrupción arriba mencionados, la constante expansión del fenómeno de la corrupción muestra que no parecen haber dado los frutos esperados. Esta situación se debe en buena medida al modelo de globalización basado en el capitalismo neoliberal que se ha impuesto en la sociedad internacional tras la caída del Muro de Berlín en 1989 (Malem, 2000; Pérez Cepeda, 2007; Rojas Amandi, s.f.). A esto se unen también las notables limitaciones del actual sistema internacional de prevención y lucha contra la corrupción (Benito, 2021).

Además, existen, en nuestra opinión, otras razones que contribuyen a explicar esta situación, entre las que, a nuestro entender, sobresalen las relativas al crecimiento que la delincuencia transnacional organizada y las prácticas de corrupción asociadas a la misma han experimentado en las últimas décadas (Gounev & Bezlov, 2010). En

jurídicos el delito de cohecho activo de funcionarios públicos de otros Estados y de organizaciones internacionales en transacciones comerciales internacionales. El Convenio OCDE fue impulsado por EE.UU. porque, al ser el único país que hasta 1997 castigaba a través de la *Foreign Corrupt Practices Act* (1977) a sus nacionales por sobornar a funcionarios públicos de otros Estados en relación con este tipo de transacciones económicas, EE. UU. consideraba que esto suponía una desventaja para sus empresas en relación con las empresas del resto de países de la OCDE que sí podían recurrir el soborno para ganar cuotas de mercado.

este sentido, es importante tener en cuenta que una de las características principales de las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada es su conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (especialmente, el sector financiero) de los ámbitos material y territorial (local, regional, nacional y supranacional) en los que operan, lo que hace que la corrupción juegue un papel central en sus actividades (Domine, 2007; Kleemans, 2014). Esta dimensión del fenómeno de la corrupción es esencial para: (i) entender el por qué la corrupción se sigue extendiendo de manera inexorable a pesar de los esfuerzos del DPT por limitarla; y (ii) determinar si los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal (DIP) pueden ser una herramienta idónea para enfrentarla, dada la violencia sistemática que caracteriza el actuar de las organizaciones del crimen organizado transnacional.

1. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS ORGANIZACIONES DE LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA Y LA IMPORTANCIA DE LAS PRÁCTICAS DE CORRUPCIÓN EN SUS ACTIVIDADES

Los trabajos realizados desde mediados de 1990 han puesto de manifiesto que las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada, como los cárteles mexicanos del narcotráfico, las bandas criminales colombianas ('Bacrim'), la *Cosa Nostra* italo-norteamericana, la mafia rusa, las triadas chinas o los yakuza japoneses, conforman auténticas estructuras empresariales clandestinas, que operan de modo racional para obtener beneficios en mercados prohibidos (Zaffaroni 1999; Ritch, 2002). Se estima que mediante procesos de lavado de dinero reintroducen cada año en los flujos económicos legales entre 2.17 y 3.61 trillones de dólares, lo que equivale a entre el 3% y el 5% del producto interior bruto a nivel global (Obokata & Payne, 2017). El alto nivel de participación de estas organizaciones en el mercado financiero global es el resultado de su estructura y membresía, así como de sus capacidades logísticas, tecnológicas y operativas (Kleemans, 2014; Olasolo & Galain, 2018).

Un buen ejemplo de esta situación son los yakuza japoneses, que han sido estudiados en detalle por Seymour (1996) Gragert (1997),

Kaplan & Dublo (2003), Reynolds (2006), y Smith (2008-2009). Según estos autores, para mediados de la primera década del siglo XXI contaban con alrededor de 85.000 integrantes, que incluían a 18.000 miembros de los Yamaguchi-Gumi, más de 6000 de los Simiyoshi-Kai y más de 5000 de los Inagawa-Kai. Su estructura se compone de un jefe supremo con su asesor principal, varios jefes regionales con sus respectivos adjuntos y una multiplicidad de subjefes regionales menores con sus propios asistentes. Se inician en la organización mediante un ritual de parentesco por el que juran convertirse en ‘hermanos’ del resto de sus miembros y realizan un compromiso con la organización mediante un pacto de sangre. Una vez que son miembros de la organización, deben cumplir estrictamente con sus propias tradiciones y código de conducta, lo que hace que no se consideren a sí mismos como antisociales, indisciplinados o criminales.

En cuanto a sus actividades, los autores arriba mencionados afirman que ya hace más de una década, los yakuza podían generar hasta cincuenta mil millones de dólares anuales de beneficios, a través de una variedad de actividades prohibidas (como la venta de drogas ilegales, la trata de personas, el lavado de dinero, la extorsión y los juegos de azar) y de numerosos negocios legales, lo que les ha convertido en un importante poder económico en Japón, que actúa en paralelo a las instituciones estatales y la industria. Además, han sido capaces de manipular directa o indirectamente la política japonesa durante décadas, teniendo conexiones al más alto nivel gubernamental y sobornando a funcionarios y a miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Durante mucho tiempo, los yakuza han disfrutado también de una amplia tolerancia (e incluso aceptación social) por el pueblo japonés, lo que les ha permitido exhibir sus logotipos de manera abierta fuera de sus sedes. Si bien la legislación aprobada en la década de 1990 trató de frenar su expansión, lo cierto es que, como señala Smith (2008-2009), no se ha avanzado mucho más allá de identificar su existencia como un problema social que necesita ser abordado a través del diseño de nuevas medidas.

Lejos de obstaculizar el desarrollo del fenómeno de la delincuencia transnacional organizada, el modelo de globalización neoliberal ha favorecido su expansión en las tres últimas décadas (Rose-Ackermann & Palifka, 2016). Entre los distintos factores que explican esta situación, dos son particularmente importantes. En primer lugar, la desre-

gulación financiera, que ha generado un sistema financiero global por encima de las leyes nacionales y al margen del control de los Estados, y que se ha caracterizado, entre otras cosas, por una reducción en el nivel de control sobre el origen, el destino y la naturaleza de los flujos financieros transnacionales. Con ello, si bien se ha conseguido promover un extraordinario crecimiento del mercado financiero global, se han eliminado al mismo tiempo varias de las principales herramientas que permitían distinguir entre transacciones provenientes de actividades económicas lícitas e ilícitas, lo que en última instancia ha facilitado la expansión de la economía criminal (Leroy, 1990; Blanco & Sánchez, 2000; Blovich, 2004; Castresana, 2004).

Esto, unido a la utilización de los últimos avances tecnológicos (Glynn, Koborin & Naím, 1997), ha permitido a las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada multiplicar sus posibilidades de actuación y diseñar auténticas estrategias globales de acción. Como resultado, en una época donde cincuenta de las primeras cien economías del mundo corresponden a corporaciones transnacionales, las estructuras clandestinas empresariales de la delincuencia transnacional organizada tienen anualmente beneficios que superen al producto interior bruto de una buena parte de los 194 Estados parte de las Naciones Unidas (Aronowitz, 2003) (Obokata, 2006). Solo de esta manera se pueden explicar las ingentes cantidades de dinero que estas organizaciones reintroducen cada año en la economía legal a través del blanqueo de capitales (Obokata & Payne, 2017), lo que es considerado por algunos autores como una auténtica degeneración de la actividad económica (Domine, 2007).

En segundo lugar, el sistema de desarrollo *glocal* (*global-local*), que ha caracterizado al modelo de globalización neoliberal en las tres últimas décadas, gira entorno a la existencia de una serie de redes de capital, trabajo, información y mercados (auténtico motor de la construcción económica, socio-política y cultural de la actual sociedad global) que operan con una doble dinámica: (a) por una parte, a través de la tecnología, conectan las funciones, las personas y las localidades desde las que se gestiona el capital financiero acumulado y donde se concentran los grandes proyectos de desarrollo urbanístico; y (b) por otra parte, desconecta de sus redes a aquellas poblaciones y territorios desprovistos de valor e interés para su forma de funcionamiento (Mantilla, 2009).

Fruto de lo anterior, en las áreas conectadas del sistema reside la llamada *ciudadanía global*, que determina las decisiones adoptadas en el ámbito de las corporaciones transnacionales, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales transnacionales y los Estados. Estas áreas acogen también a los principales conglomerados nacionales e internacionales de la comunicación, así como a la vanguardia intelectual, cultural y científica del momento. Como consecuencia, salvo por crisis humanitarias, accidentes naturales, eventos deportivos o particularismos que sirven de entretenimiento, la información que ofrecen los medios se centra en lo que sucede en las áreas conectadas y en lo que dicen y hacen quienes las conforman (Olasolo, 2017a; 2018a).

El resto de las zonas rurales y urbanas del planeta se han convertido en áreas desconectadas, o en el mejor de los casos han podido conservar una conexión subordinada. Además, como reflejan las zonas de frontera entre Colombia y Venezuela, Afganistán y Pakistán, Irak y Siria o Argelia y Mali, por poner solo algunos ejemplos, esto ha perjudicado en particular a las regiones fronterizas de muchos Estados, que, lejos de desarrollar su potencial para el intercambio comercial, económico y humano, se encuentran en la difícil posición de haberse quedado fuera de las redes del sistema global (Ramírez, 2006).

En estos contextos, es más evidente la dinámica *glocal*, en cuanto que las motivaciones, las estrategias y los recursos de los actores globales confluyen con el padecimiento, en áreas locales bien definidas, de sus consecuencias sociales, políticas y económicas, lo que incluye, con frecuencia, la exposición a situaciones de violencia sistemática (Mantilla, 2009). Así, en relación con el conflicto armado en Colombia, Aristizábal (2007) afirma que se alimenta por todos los costados de dineros y armas que vienen de afuera, como también son en su mayoría de afuera las ideologías que lo avivan y las tecnologías y políticas utilizadas para su desarrollo. Por ello, la explicación de sus causas y etapas hay que buscarla, en gran medida, fuera de sus fronteras, al obedecer a intereses transnacionales que tienen que ver con el orden mundial posterior a la guerra fría y el modo de articulación de Colombia con la economía global.

Ante esta situación, el intento de las poblaciones residentes en las áreas desconectadas, o con conexión subordinada, por escapar de la

marginalidad, ha permitido desarrollar a la delincuencia transnacional organizada, con base en dichas poblaciones, una economía criminal global dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la *ciudadanía global* en las áreas conectadas (Castells, 1998).

A la luz de lo anterior, existen varios modelos teóricos que tratan de explicar la delincuencia transnacional organizada, entre los que Kleemans (2014) y Olasolo & Galain (2018) destacan los siguientes: (i) la teoría de la ‘conspiración externa o extranjera’, que ve la criminalidad organizada como propia de grupos inmigrantes ajenos a la sociedad en la que actúan; (ii) la teoría del ‘modelo burocrático’, basado en estructuras piramidales con estrictas jerarquías, división de tareas, códigos de conducta y sistemas de sanciones internas y externas; (iii) el ‘modelo de empresa ilegal’, que considera a las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada como auténticas estructuras empresariales que actúan en mercados prohibidos; y (iv) la ‘teoría de la protección’, basada en el control territorial y de determinados sectores del mercado ejercido por algunas de estas organizaciones, que se comportan como si fueran auténticos “gobiernos alternativos”, aprovechando las debilidades de ciertos Estados.

Sin embargo, lo cierto es que, para desplegar sus actividades a lo largo del tiempo en la actual economía criminal global, las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada han desarrollado cuatro características principales. En primer lugar, conforman una auténtica estructura empresarial clandestina, con una pluralidad de miembros que cooperan permanentemente de modo racional según el principio de división de funciones para: (i) cumplir con sus objetivos empresariales (maximización de los beneficios en mercados prohibidos); y (ii) presentarse, en la medida de lo posible, como empresas económicas lícitas (Williams, 1996; Ritch, 2002; Paoli & Vander Beken, 2014; Obokata & Payne, 2017). Se trata, en definitiva, de organizaciones profesionales, que tienen como medio de vida las transacciones prohibidas y conocen profundamente el área en el que actúan (Hagan, 1983; Zaffaroni, 1999).

En segundo lugar, desarrollan una conexión estructural con los poderes públicos y privados de los ámbitos material y territorial en los que operan, lo que hace que la corrupción juegue un papel cen-

tral en sus actividades (Hagan, 1983; Zaffaroni, 1999; Aronowitz, 2003; Obokata, 2006; Domine, 2007; Kleemans, 2014). Esta conexión estructural ha sido especialmente analizada en los últimos años en relación con los cárteles del narcotráfico mexicanos, dada su preponderancia en la exportación de estupefacientes hacia el mayor consumidor mundial de sustancias prohibidas: los EE.UU. (Paternostro, 1995; O'Neil, 2009; Brown, 2013; Medel & Thoumi, 2014; Astorga, 2015; Ríos, 2015; Rexton, 2016; Olasolo & Galain, 2018). Los estudios realizados muestran que los cárteles mexicanos actúan junto a funcionarios públicos corruptos o dentro de un marco de aquiescencia, complacencia, no intervención o incorrecta intervención del Estado (Rexton, 2016). En consecuencia, agencias y agentes estatales coparticipan activa o pasivamente de las actividades criminales (Medel & Thoumi, 2014). Además, una vez establecidos los pactos corruptos, la violencia se aplica no solo entre competidores por el mercado ilegal, sino también contra los funcionarios públicos no corruptos (Paternostro, 1995).

Según afirman las investigaciones desarrolladas desde 1995, la violencia ha sido controlada en México por el sistema de corrupción oficial instaurado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) durante casi un siglo de ejercicio del poder (1930-2000) (Paternostro, 1995; Medel & Thoumi, 2014). La protección “oficial” a los grupos criminales imponía como contrapartida dos condiciones: (i) no se podía recurrir a la violencia de modo visible; y (ii) no se podía vender la droga en México (Ríos, 2015). Para implementar este pacto de “protección” a cambio de “dinero” se sustituyeron en la práctica las reglas del Estado de Derecho por pactos políticos, económicos y sociales entre los grupos criminales y una institucionalidad dispersa en un modelo federal con numerosas instituciones policiales (municipales, estatales, ministeriales y federales) y judiciales que actuaban descoordinadamente (Olasolo & Galain, 2018). Estos pactos mantuvieron la coordinación y el respeto de un orden ilegal sustituto del legal, estableciendo patrones claros de conducta, conforme a los cuales los narcotraficantes gozaban de impunidad a cambio de mantener niveles mínimos de violencia en el territorio mexicano y abastecer solo al mercado norteamericano (O'Neil, 2009).

La pérdida del poder político por el PRI a comienzos del siglo XXI (con la consiguiente pérdida de vigencia de los pactos corruptos), la

momentánea ausencia del aparato estatal corrupto que coordinaba la actuación de los agentes públicos encargados de la prevención y represión del delito, la dispersión del poder en las instituciones federales, estatales y municipales entre distintas fuerzas políticas, y la declaración de guerra a los cárteles por el ex presidente Felipe Calderón (2006-2012), provocaron que la violencia se convirtiera en el medio para restaurar el “orden de las cosas”, tanto en lo relativo a la nueva distribución y control de territorios y rutas, como con respecto a las condiciones de los nuevos pactos entre los narcotraficantes y las nuevas autoridades detentadoras del poder político en los distintos niveles territoriales (Medel & Thoumi, 2014; Ríos, 2015). Por ello, al igual que lo observado en Colombia, los cárteles mexicanos han creado sus propios grupos paramilitares o “ejércitos privados”, lo que ha generado que cerca de diez mil miembros de las fuerzas armadas mexicanas hayan cambiado de bando desde el año 2000 (Medel & Thoumi, 2014). El cartel de “Los Zetas”, uno de los más crueles en el uso de la violencia extrema, constituye un ejemplo paradigmático de esta dinámica, al estar conformado en su mayoría por ex miembros del ejército (Ríos, 2015).

En definitiva, los estudios realizados sobre los cárteles mexicanos han puesto de manifiesto que, debido a su estrecha relación con el sistema político-jurídico encargado de diseñar la legislación y promover su aplicación, estos, al igual que otras organizaciones de la delincuencia transnacional organizada como las Bacrim colombianas y los yakuza japoneses, no llevan a cabo sus transacciones ilícitas aprovechándose de “vacíos legales”, sino a través de su interacción social con las autoridades en los territorios y jurisdicciones en los que realizan sus actividades (Kleemans, 2014).

En tercer lugar, si bien durante mucho tiempo se ha considerado que las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada conformaban estructuras empresariales clandestinas jerárquicamente organizadas (Williams: 1996; Ritch, 2002), los estudios más recientes nos indican que las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada se estructuran a través de redes, de manera que sus miembros puedan confiar en un tejido de puntos de contacto en diferentes Estados con los que desarrollar sus actividades “de forma segura” (Palma, 2013). Dichas redes se caracterizan porque, si bien permanecen en el tiempo (Domine, 2007), son descentralizadas, flexibles,

y se adaptan y fluctúan constantemente conforme a las condiciones del contexto, construyendo conexiones con otros grupos y formando cadenas de tráfico ilícito global (Castells, 1996). Además, como demuestran los carteles mexicanos, las Bacrim colombianas y los yakuza japoneses, estas organizaciones operan a través de nodos conformados por personas que se conocen por lazos familiares o experiencias comunes, provocando que la comunicación dentro de estos grupos sea informal (Benson & Decker, 2010)¹⁴.

¹⁴ Dada la naturaleza descentralizada, flexible y adaptativa de las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada, en los últimos años se han estudiado las mismas, así como otras organizaciones armadas estructuradas en redes, con base en los marcos teóricos que estudian las organizaciones como sistemas sociales (OSS) y como sistemas complejos adaptativos (CAS) (Berkowitz, 2003; Bunker, 2014; Sullivan & Bunker 2015; Palma 2019). Esto está permitiendo explicar, desde una perspectiva evolutiva, el comportamiento flexible y adaptable de estas organizaciones, comprendiendo las lógicas de comportamiento de sus actores y las tareas que desempeñan, así como los continuos procesos de cambio a los que están sujetos conforme a las necesidades impuestas por las condiciones del contexto en el que actúan. Como ha señalado Noguera (2016), el proceso evolutivo en una organización supone el procesamiento constante de información, que se desarrolla dentro de sistemas humanos, los cuales crean sistemas organizacionales artificiales conformados por rutinas que resuelven problemas, y que, en suma, se convierten en los mecanismos por medio de los cuales se desarrollan las distintas actividades. A la luz de lo anterior, el enfoque evolutivo estudia las organizaciones a través del análisis de los procesos que determinan su adaptación a las circunstancias cambiantes de los contextos en los que operan. Al ser las organizaciones en general, y las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada en particular, entendidas como sistemas sociales dentro de los cuales se realizan actividades que son materializadas por individuos, es posible afirmar que el proceso de variación y selección puede ser aplicado a sistemas en donde las reglas y las rutinas son útiles para tratar con el cambio. Desde esta perspectiva, la organización es un espacio donde el conocimiento y la estructura de relaciones, el aprendizaje y el comportamiento individual configuran actividades que se convierten en mecanismos que se adaptan a un entorno, al mismo tiempo que este último modifica a la organización generando condiciones de interacción y cambio permanente (Hoelzl, 2006). Como consecuencia, el concepto de economía criminal global, propuesto inicialmente por Castells en 1996, ha sido desarrollado para mostrar como las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada son auténticas corporaciones transnacionales, que construyen conexiones con otros grupos y conforman auténticas estructuras en red de diversos actores, que ofrecen un amplio portafolio de servicios, y tienen como principios de actuación la descentralización, la flexibilidad, la adaptabilidad y la evolución según el contexto.

Los estudios de Keeny (2007) sobre las redes de narcotráfico en Colombia confirman estas características, al identificar que estas redes se componen de grupos e individuos interconectados que hacen parte de extensas cadenas transnacionales, que conforman un sistema organizacional que evoluciona, se adapta y fluctúa de acuerdo con las condiciones del ambiente, de manera que sus actores pueden cambiar, desaparecer, dividirse, atomizarse, crecer o reducirse, con tal de que con ello se preserve la economía ilegal del narcotráfico. Nos encontramos, en definitiva, ante lo que ha sido calificado por Gilman, Goldhammer & Weber (2011) como la “globalización desviada”.

En cuarto lugar, las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada desarrollan su acción mediante el recurso a la amenaza y al ejercicio de la violencia (incurriendo en delitos graves frecuentemente) frente a quienes suponen un obstáculo en el desarrollo de sus operaciones; razón por la cual es frecuente que estructuras paramilitares sean parte de las mismas (Paoli & Vander Beken, 2014; Obokata & Payne, 2017).

Como Rojas (2011) ha afirmado en relación con las Bacrim colombianas, si bien no buscan el poder político, su objetivo principal es obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan, para lo que según Prieto (2013) pueden llegar a incurrir en un número significativo de masacres, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos, con el fin de evitar cualquier interferencia con sus transacciones económicas (Rodríguez, 2010; Garzón, 2012)¹⁵.

¹⁵ En el caso de Colombia, el acuerdo de paz firmado el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), si bien ha significado que estas últimas (a excepción de sus disidencias) se hayan transformado en un movimiento político, no ha supuesto la finalización de las dinámicas de violencia en Colombia. Debido a la dinámica de desarrollo *glocal*, las economías ilegales, especialmente aquellas desarrolladas alrededor del narcotráfico, se concentran cada vez más en ciertas regiones periféricas y/o fronterizas del territorio, como el Catatumbo, el Bajo Cauca y el Putumayo, lo que ha favorecido la pervivencia de numerosas organizaciones armadas ilegales que siguen amenazando a las comunidades y llegan en ocasiones a afectar el orden público y la seguridad nacional. Como resultado, la violencia entre las comunidades y los actores armados e incluso entre el Estado y las comunidades continúa (Fundación Ideas para la Paz, 2017).

Las organizaciones armadas ilegales que se dedican al narcotráfico en Colombia son clasificadas en diversas categorías: (i) Grupos Armados Organizados (GAOs), que tienen mayor capacidad para el uso de la fuerza y la regulación de las dinámicas territoriales (Clan del Golfo, los Puntilleros, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y los Pelusos); (ii) Grupos Armados Organizados Residuales (GAORs), categoría utilizada para incluir a las disidencias de las FARC; (iii) Grupos Delincuenciales Organizados (GDOs), que disponen de menor capacidad de uso de la fuerza armada, de manera que, si bien pueden afectar el orden público y amenazar a las comunidades, no llegan a poner en riesgo la seguridad nacional (los Rastrojos, los Caqueteños, la Cordillera o los Botalones); y (iv) otros grupos que actúan en los procesos de producción y tráfico de drogas, como las “agencias de cobro”, los grupos criminales menores y los narcotraficantes de menor visibilidad (Fundación Ideas para la Paz, 2017; McDermott, 2018). Sin embargo, diferentes estudios incluyen a un buen número de estas organizaciones bajo la categoría general de bandas criminales (Bacrim), que emergieron tras la desmovilización parcial de los grupos paramilitares entre 2003 y 2006, como parte de la lógica adaptativa del sistema organizacional de la economía ilegal del narcotráfico. Las Bacrim han sido definidas por el International Crisis Group (2012) como “estructuras delincuenciales, nacionalmente desarticuladas, con un alto poder corruptor, intimidador y armado que han combinado la producción y comercialización de drogas con la afectación violenta de los derechos y las libertades de los ciudadanos en las zonas rurales y en la periferia de algunos centros urbanos del país”. Así mismo, para Prieto (2013), las Bacrim constituyen un fenómeno (i) propio del crimen organizado; (ii) construido alrededor del narcotráfico y otras actividades económicas lícitas e ilícitas como la minería, la microextorsión o el microtráfico; (iii) desligado teóricamente de las lógicas del conflicto armado en términos jurídicos y militares; (iv) de bajo perfil, urbano, con estructuras en su mayoría no militares, pero con capacidad para administrar territorios y ejercer amplio control social en lo local; (v) con capacidad para realizar alianzas transitorias con grupos guerrilleros en el nivel nacional, y con cárteles y redes criminales a nivel internacional; (vi) con capacidad para infiltrar instituciones y corromper miembros de la fuerza pública y funcionarios públicos; y (vii) responsable de un número significativo de masacres, homicidios, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, entre otros hechos delictivos.

El sistema organizacional alimentado por la economía ilegal desarrollada en torno al narcotráfico en Colombia no es aislado, ni se limita al territorio colombiano. De hecho, el sistema traspasa las fronteras de los Estados y se constituye como un verdadero sistema transnacional, fruto de la alta demanda de estupefacientes en diferentes lugares del mundo, lo que genera el incentivo para producirlos y transportarlos a los grandes centros de consumo global (Fronza & Insolaro, 2021). En este sentido, Prieto (2013) subraya en relación con las Bacrim, que miembros de sus brazos armados o financieros mantienen presencia física constante en países limítrofes con debilidades en las zonas fronterizas, como Venezuela, Ecuador o Perú. Además, tienen estrechos vínculos con organizaciones

Como veremos en las próximas secciones, es en este contexto en el que la naturaleza, la intensidad, la escala y la sistematicidad de dicha violencia, puede hacer que estas organizaciones excedan el ámbito de los delitos transnacionales, para incursionar en el campo del DIP, y en particular de los crímenes de lesa humanidad (Olasolo, 2018b).

delictivas locales en países con alta participación en eslabones importantes del narcotráfico, como es el caso de México. Sus contactos se extienden también a países como Honduras y Panamá en Centro-América, y Argentina, Bolivia y Paraguay en Suramérica, con el fin de llevar a cabo sus operaciones de tráfico de drogas, tráfico de armas, contrabando de bienes, lavado de activos y testaferrato. Así mismo, mantienen puntos de enlace para el narcotráfico en otros países de Suramérica como Brasil y Chile, y su ámbito de acción e influencia llega incluso hasta los mercados de destino, y en particular hasta los EE.UU. y Europa (especialmente, España).

En consecuencia, este tipo de organizaciones constituye una de las principales amenazas que enfrenta en este momento América Latina (Rodríguez, 2010), lo cual es confirmado por Garzón (2012) cuando afirma que “el crimen organizado está experimentando cambios sustanciales y constantes en América Latina, posicionándose como uno de los actores estratégicos relevantes del hemisferio, reconfigurando las fronteras territoriales, teniendo un papel importante en la economía, penetrando las estructuras políticas y sociales, y poniendo en juego los avances alcanzados en la construcción del Estado y el sistema democrático”. Su poder socioeconómico les permite sobornar funcionarios, interferir en procesos democráticos, afectar la manera en que ciudadanos y comunidades se relacionan con la institucionalidad (perpetuando escenarios de ilegalidad) y propiciar el retroceso de la acción de los Estados en materia de política social, administración de justicia y gobernanza local (Rojas, 2011; Olasolo, 2016). A esto hay que añadir que los costos humanos y sociales de su actuación son muy altos, debido al elevado número de homicidios, secuestros extorsivos, actos de terror hacia la población y desplazamientos forzados en que incurren, además de los problemas de salud pública derivados del microtráfico de drogas que generan en las comunidades en las que operan. Como Rojas (2011) subraya en relación con las Bacrim en Colombia, tienen un alto impacto directo en múltiples ámbitos, incluyendo: “1) en la calidad de vida, con más temor; 2) en la convivencia cívica, con menores grados de confianza; 3) en la convivencia democrática, con mayor desafección; 4) en las inversiones privadas, con un retraimiento; 5) en el gasto en seguridad, con más gasto público y privado, 6) en el espacio público, con el abandono; 7) en la privatización de las respuestas a los riesgos; 8) en las políticas públicas, incrementando las complejidades de la gestión y los diseños institucionales; 9) sobre las decisiones, generando un sentido de urgencia y de carencia de efectividad; y 10) en los costos de la violencia, que reducen las oportunidades de desarrollo, en especial del desarrollo humano y sustentable”.

2. PROPUESTAS FRENTE AL LIMITADO ALCANCE DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN: MEDIDAS PARA PROMOVER EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA Y UTILIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

La constante expansión dentro del actual modelo de globalización neoliberal del fenómeno de la corrupción, y en particular de las prácticas de corrupción de las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada, son prueba evidente de la ineficacia de los instrumentos internacionales de ámbito universal y regional arriba analizados. Ante esta situación, Benito (2021) ofrece una serie de recomendaciones para incrementar el limitado impacto del sistema establecido por el DPT en materia de prevención, armonización de tipos penales, responsabilidad penal de las personas jurídicas, aplicación extraterritorial de la ley penal y asistencia y cooperación judicial.

Desde una perspectiva preventiva, se sugiere: (i) realizar campañas tendentes a la sensibilización cultural y la educación ciudadana para promover el reproche social de las prácticas de corrupción (ii) adoptar medidas de carácter administrativo y mercantil para establecer reglas que aseguren un funcionamiento claro y transparente de los sectores público y privado; (iii) realizar auditorías sistemáticas para evaluar periódicamente la eficacia de las medidas preventivas; (iv) prohibir las donaciones anónimas a partidos políticos y sus fundaciones; (v) incrementar los recursos financieros y de personal de los tribunales de cuentas para que puedan realizar una supervisión más detallada de los informes financieros de los partidos políticos, con el fin de verificar que las condonaciones de su deuda por parte de entidades bancarias y proveedores privados no obedecen a un intercambio de favores; (vi) promover una cultura ética empresarial contraria al pago de sobornos para conseguir cuotas de mercado; y (vii) adoptar códigos de conducta en las empresas, que incluyan sanciones efectivas y canales internos de denuncia que garanticen la protección de quien los utiliza (Benito, 2021).

En relación con la armonización de los tipos penales y la responsabilidad de las personas jurídicas, se recomienda: (i) eliminar la distinción entre cohecho propio e impropio¹⁶; (ii) tipificar las prácticas asociadas a la corrupción como el tráfico de influencias u otros abusos de funciones del cargo; (iii) tipificar las prácticas de corrupción en el sector privado que afecten de manera grave al bien jurídico de la competencia leal en el mercado¹⁷; (iv) sancionar las prácticas de corrupción (como el cohecho propio o impropio) y asociadas con la corrupción (como el tráfico de influencias) con penas disuasorias, efectivas y proporcionadas a la entidad y la gravedad del hecho ilícito¹⁸; (v) afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y prever penas eficaces, proporcionadas y disuasorias para las mismas, que incluyan en todo caso la multa (que debe calcularse de modo proporcional al beneficio obtenido), la prohibición para participar en concursos o sistemas públicos de contratación y la prohibición de obtener subvenciones y beneficios fiscales; y (vi) emplear los recursos necesarios para evitar que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no permita eludir la responsabilidad de las personas naturales que hayan intervenido en las prácticas de corrupción (Benito, 2021).

En materia de asistencia y cooperación judicial, se propone que, en relación con el desarrollo de las funciones de investigación, se adopten las siguientes medidas: (i) promover la especialización de quienes las llevan a cabo; (ii) dotar de recursos suficientes para poder penetrar en las estructuras empresariales y económicas de la corrupción; (iii)

¹⁶ Todo funcionario público viola su obligación de imparcialidad desde el momento en que acepta un beneficio indebido, con independencia de que la actuación que realiza a continuación sea un acto ilícito (cohecho propio) o constituya por el contrario un acto propio de su cargo al que la persona que le entregó el beneficio indebido tiene derecho (cohecho impropio).

¹⁷ Otras conductas menos graves podrían ser sancionadas por el derecho administrativo o el derecho mercantil.

¹⁸ Esto debería incluir: (a) la privación de libertad (de manera que sea posible recurrir a la extradición con respecto a todas las prácticas de corrupción o asociadas a la misma); (b) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas en casos de cohecho pasivo de funcionarios; (c) la prohibición para participar en concursos o sistemas públicos de contratación en casos de cohecho activo cometido en nombre de empresas; y (d) la prohibición de obtener subvenciones y beneficios fiscales).

aplicar técnicas internacionalmente admitidas en la lucha contra la delincuencia organizada, como los agentes encubiertos o las entregas vigiladas; (iv) solicitar en las comisiones rogatorias que se adopten medidas de investigación basadas en las nuevas tecnologías, como las videoconferencias, la vigilancia electrónica y las comunicaciones por internet; y (v) establecer las garantías necesarias para que se puedan desempeñar las funciones de investigación sin presiones indebidas (Benito, 2021).

Finalmente, con respecto a otros aspectos de la asistencia y cooperación judicial, así como en relación con la aplicación extraterritorial de la ley penal, se recomienda: (i) privar a quienes incurren en prácticas de corrupción de las ganancias obtenidas a través de las mismas; (ii) fomentar la aplicación extraterritorial de la ley penal; (iii) promover la supresión del principio de doble incriminación en los procedimientos de extradición para los casos de prácticas de corrupción transnacional, siguiendo el modelo de la orden europea de detención y entrega, y la posterior normativa en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; (iv) fortalecer la asistencia y cooperación judicial en el ámbito de la recuperación y restitución de los activos procedentes de la corrupción, poniendo un énfasis especial en los mecanismos dirigidos a la confiscación de los sobornos y demás ganancias derivadas de la corrupción; y (v) fomentar la cooperación de los Estados a los que con frecuencia se envían, o por los que suelen circular, las ganancias derivadas de la corrupción (paraísos fiscales), rechazándose la invocación del secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca (Benito, 2020).

A estas medidas, se podría también añadir el establecimiento en otras zonas geográficas (América Latina, África y Asia) de instituciones como Eurojust, que, con el fin de reforzar la eficacia de las investigaciones y actuaciones judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea, se encarga de promover la coordinación entre las autoridades nacionales a cargo de las mismas, y de mejorar su cooperación con el fin de facilitar la ejecución de las medidas de asistencia judicial mutua y las solicitudes de extradición.

Junto al fortalecimiento del sistema internacional de prevención y lucha contra el fenómeno de la corrupción, autores como Burneo (1999) y Malem (2014) subrayan que el Derecho internacional de los

derechos humanos (DIDH) puede ser en ocasiones una herramienta idónea para enfrentar ciertas prácticas de corrupción que son constitutivas de violaciones graves de derechos fundamentales. En este sentido, hay que subrayar que el preámbulo de la Convención Penal del Consejo de Europa (1999) afirma que “la corrupción constituye una grave amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los derechos humanos, la equidad y la justicia social”; posición asumida también en el preámbulo de la Convención contra la Corrupción de la Unión Africana, al señalar que los actos de corrupción no constituyen una afectación directa, sino un obstáculo para el disfrute de los derechos humanos, especialmente los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

Esta misma tesis es defendida por Pieth (1999) al afirmar que nunca ha existido ninguna duda sobre la configuración de la corrupción como uno de los principales obstáculos al desarrollo, que pone en peligro el Estado de Derecho, los derechos humanos y la democracia, imposibilitando, como subrayan Berdugo & Fabián (2009), el derecho a la igualdad real y efectiva entre los distintos sectores de la población. De esta manera, el impacto negativo de la corrupción en los ámbitos político (pérdida de confianza en el Estado y en los sistemas económicos y políticos), económico (malversación de bienes y recursos públicos), social (ruptura del tejido social) y ambiental (favorecimientos a compañías mineras, plantas eléctricas y refinerías sin la legislación adecuada), puede provocar la pérdida de vidas humanas y la violación de derechos humanos fundamentales (Transparencia Internacional, 2018), como sucede cuando las empresas reducen la calidad de los materiales empleados para poder pagar los sobornos, y ponen así en riesgo la salud de los trabajadores y los consumidores (Fiebig & Junker, 2000; Eigen, 2005).

Ante esta situación, el Estado se encuentra obligado por el DIDH a respetar y garantizar el disfrute por quienes se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, pudiendo incumplir con sus obligaciones, e incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión, a raíz de actos de corrupción (Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2009). En este sentido, Malem (2014) subraya que la conexión entre determinadas formas de corrupción y la violación de

los derechos humanos no resulta difícil de establecer con tal de que se acepte que no todo acto de corrupción afecta los derechos humanos.

Maldonado (2001) señala que los actos de corrupción pueden generar la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones conforme al DIDH, de acuerdo a una triple modalidad. En primer lugar, a través de la exclusión, la cual consiste en que los gobiernos eligen a unos pocos para que actúen en representación de la mayoría, suprimiendo los mecanismos de control ciudadano y ocultando los motivos que justifican la toma de decisiones. En segundo lugar, mediante la ausencia de oposición política, lo que permite la adquisición ilegal de contratos, la venta ficticia de bienes, la concesión de puestos públicos y las maniobras secretas para perpetuarse en el poder. Por último, a través de la impunidad, puesto que las violaciones graves de derechos humanos son posibles debido a la inoperancia de la justicia como consecuencia de la coacción o del ofrecimiento de incentivos para manipular su actuación en favor de determinados intereses. Estas tres modalidades de corrupción llevan inexorablemente a la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos, ya sea, de forma directa o indirecta, puesto que restringen igualdades y libertades y provocan la ineficacia del Estado a la hora de proteger a las víctimas de los actos de corrupción y de proceder a su investigación (Clavijo, 2012), tal y como ha puesto de manifiesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos *Ximenes Lopes* (CorteIDH, 2006a) y *Masacre de Ituango* (Corte IDH, 2006b), contra Brasil y Colombia respectivamente.

En el primero de estos casos, el Estado ocultó varias pruebas, incluyendo testimonios, que demostraban la responsabilidad de un centro médico en la muerte del señor *Damião Ximenes Lopes*, violando así los derechos a la vida, la salud y el debido proceso, entre otros, del paciente y sus familiares (CorteIDH, 2006a). En el segundo caso, miembros de grupos paramilitares entraron en el Municipio de *Ituango* (Colombia) para cometer todo tipo de actos contrarios a la ley que violaban los derechos humanos de sus habitantes, provocando numerosos desplazamientos forzados y homicidios con la complicidad de la fuerza pública, que, a pesar de encontrarse al tanto de la situación, no hizo nada para impedirla o detenerla, actuando por el contrario en apoyo de los victimarios (Corte IDH, 2006b). Las sentencias de la

Corte IDH en estos dos casos muestran que: (i) la corrupción en el Estado puede generar de manera indirecta la violación de los derechos humanos de la población civil, al omitir su deber de protección; y (ii) por medio de un tribunal regional de protección de los derechos humanos (en este caso, la Corte IDH), se puede condenar al Estado a reparar y ofrecer garantías de no repetición.

Sin embargo, para autores como Burneo (2009), las propuestas de fortalecimiento del sistema internacional de prevención y lucha contra el fenómeno de la corrupción puesto en marcha por el DPT, y la posibilidad de utilizar los mecanismos de aplicación del DIDH para abordar aquellas prácticas de corrupción constitutivas de violaciones graves a los derechos humanos, no son suficientes. Así, por una parte, las recomendaciones de Benito (2021) para incrementar la eficacia de dicho sistema en relación con la prevención de la corrupción, la armonización de tipos penales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la aplicación extraterritorial de la ley penal, y la asistencia y cooperación judicial, si bien resultan comprensivas, no son nada nuevo, porque se vienen planteando, con poco éxito, desde principios del siglo XXI (Manfroni & Werksman, 1998; Manacorda, 1999; Mallem, 2000; Sacerdoti, 2000; Cartier-Bresson, 2000; Stessens, 2001; Tanzi, 2002; Méndez, 2002; Cuesta, 2003; Iglesias & Medina, 2003; Fabian, 2003; Castresana, 2004; Muna, 2004; Rodríguez García, 2004; Lambsdorff, 2006; Pérez Cepeda, 2007; Berdugo & Fabian, 2009; Benito, 2012; Rose-Ackermann & Palifka, 2016).

Además, por otra parte, si, como Chinchón & Rodríguez (2018), Bonilla, Buitrago & Canosa (2018), Izquierdo & Ugalde (2018), Lages, Francesconi, Araneda & Rojas (2018), Alija & Bonet (2018) y Ramírez Lemus (2018) han señalado, el alcance de los mecanismos universales y regionales de aplicación del DIDH (en particular, los sistemas de quejas individuales) es muy limitado, dicho alcance es significativamente menor en relación con los casos relativos a prácticas de corrupción constitutivas de violaciones graves a los derechos humanos, que suponen solamente una pequeña parte de su actividad.

Ante esta situación, Burneo (2009) propone acudir a los mecanismos de aplicación del DIP para investigar y enjuiciar el fenómeno de la corrupción y las prácticas asociadas al mismo. Para ello, distingue entre los actos de corrupción que no dan lugar a graves violaciones de

los derechos humanos y aquellos que sí generan esta afectación. Con respecto a los primeros, propone la aplicación del principio de jurisdicción universal cuando los ordenamientos jurídicos de los Estados afectados (especialmente, el territorial y el de nacionalidad activa) no se encuentren en capacidad de investigarlos o enjuiciarlos. En relación con los segundos, recomienda aplicar el principio de jurisdicción universal cuando solo sean perseguibles en virtud de normas internacionales no convencionales, mientras que, en caso de que infrinjan tratados internacionales [como la tortura la desaparición forzosa o los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)], entiende que deberían ser perseguibles por los otros mecanismos de aplicación del DIP (tribunales internacionales penales y tribunales híbridos).

La propuesta de utilizar los mecanismos de aplicación del DIP para promover la persecución penal del fenómeno de la corrupción es defendida también por Smith (2008-2009) y Paulose (2013), con el fin de fortalecer la lucha contra delincuencia transnacional organizada y las prácticas de corrupción que constituyen un aspecto central de sus actividades.

En este sentido, es importante subrayar que la Convención de Mérida parece haber aceptado la posibilidad de aplicar de manera supletoria el principio de jurisdicción universal en su artículo 42(4), que establece que “cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite”. Así mismo, la Unión Africana ha asumido también recientemente esta posición, aprobando en 2014 el Protocolo de Malabo, que atribuye a la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos jurisdicción penal sobre un buen número de delitos transnacionales (incluyendo, la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de sustancias peligrosas o la explotación ilícita de recursos naturales), además de sobre varios crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Esta posición ha sido también acogida por quienes desde 2016 proponen para la región de las Américas la creación de una Corte La-

tinoamericana y del Caribe contra el crimen organizado transnacional (COPLA), si bien esta iniciativa, auspiciada por Argentina, presenta los aspectos novedosos de incluir una agencia supranacional de recogida y análisis de información y de limitar su jurisdicción material a los delitos transnacionales (incluyendo las prácticas relacionadas con la corrupción). Además, desde una perspectiva universal, se mantiene abierto el debate sobre si la jurisdicción de la CPI debería extenderse para incluir ciertos delitos transnacionales, incluidos los actos de corrupción (Olasolo, 2018b).

3. CONSECUENCIAS DE LA DISTINTA NATURALEZA DEL DERECHO PENAL TRANSNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

La razón principal por la que, al margen del Protocolo de Malabo y de la referencia con carácter supletorio al principio de jurisdicción universal recogida en la Convención de Mérida, no se ha recurrido hasta el momento a los mecanismos de aplicación del DIP para fortalecer la persecución penal de los fenómenos interrelacionados de la corrupción y la delincuencia transnacional organizada, es la distinta naturaleza de los crímenes internacionales y los delitos transnacionales, y las diferentes características del DIP y el DPT (Boister, 2003; 2017; Von Lampe, 2011; Van Der Wilt, 2014; Olasolo, 2016; 2017b).

En este sentido, conviene subrayar que los crímenes internacionales (en particular, aquellos sobre los que tienen jurisdicción los tribunales internacionales penales, es decir, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, en el caso de la CPI, el crimen de agresión) protegen, además de bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos colectivos cuyo titular es la Comunidad Internacional (paz y seguridad internacionales, preservación de ciertos grupos humanos y de la población civil, y protección de los aspectos esenciales de la dignidad humana), y se caracterizan por la naturaleza de la violencia empleada, su intensidad, escala y sistematicidad, así como por su comisión frente a personas protegidas y/o en situación de particular vulnerabilidad (May, 2005; Castro, 2006; Orakhelashvili, 2006; Werle, 2010; Vanegas Moyano, 2011; Luban, 2011; Satzger, 2012; Ambos, 2013; Van der Wilt, 2014; Olasolo, 2018b). Por ello, quienes incurr

en los mismos son considerados *hostis humanis* o “enemigos de la humanidad” (Cassese, 2008).

Se trata, en definitiva, de conductas que constituyen una suma de atrocidades (Osiel, 2000, p. 121), que solo pueden ser consecuencia de la contaminación cancerígena de la acción política (Luban, 2004, p. 90), pues de otra manera es difícilmente explicable el diseño y puesta en marcha de campañas de violencia dirigidas a destruir grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos (genocidio), a atacar a la población civil de manera sistemática o a gran escala (crímenes de lesa humanidad), o a afectar a aquellas personas y objetos que se encuentran protegidos en una situación de conflicto armado por encontrarse en posición de particular vulnerabilidad (crímenes de guerra).

Debido a la particular naturaleza de los crímenes internacionales, el DIP tiene unas características propias que no pueden ser extrapolables al DPT, entre las que se incluyen: (i) su objeto (protección de los valores esenciales de la Comunidad Internacional posterior a la segunda guerra mundial, mediante la prohibición, bajo la amenaza de una pena, de aquellas conductas que más gravemente los menoscaban); (ii) sus fuentes (particular relevancia del Derecho internacional consuetudinario y naturaleza imperativa o de *ius cogens* de una buena parte de sus normas, que ni admiten acuerdo en contrario, ni pueden ser derogadas por otras normas que no tengan su misma naturaleza); y (iii) sus instituciones (tribunales internacionales penales, tribunales híbridos y principio de jurisdicción universal) (Boister, 2003; 2017; Van der Wilt, 2014; Olasolo, 2016; 2017a; 2017b; 2018b). Además, la aplicación de sus normas se dirige, en particular, contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer crímenes internacionales, recibiendo por ello el calificativo de “máximos responsables” (Resoluciones 1503 (2003) y 1534 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; Fiscalía de la CPI, 2003; 2007; 2010; 2013; 2016).

Aunque su dimensión transnacional hace que superen en su desarrollo, o en sus efectos, el ámbito interno de las fronteras estatales, de manera que son objeto de interés para más de un Estado (Nadelmann, 1990; Boister, 2003; 2017; Smith, 2008-2009; Fronza & Insolara, 2021), los delitos regulados por el DPT, incluidas las distintas mani-

festaciones del fenómeno de la corrupción, no se dirigen a proteger bienes jurídicos colectivos de la Comunidad Internacional. Así como hemos visto, el fenómeno de la corrupción (Clavijo, 2002) se caracteriza por el abuso de la confianza encomendada, o del poder confiado para una ganancia privada, con fines de enriquecimiento personal o de otras personas (Transparencia Internacional, 2018), mientras que la categoría de los delitos transnacionales tiene por objeto transacciones económicas en mercados que han sido prohibidos debido a la importancia de su posible impacto económico en los Estados que han promovido su prohibición (se trata, en definitiva, de transacciones de bienes ilícitos, como por ejemplo, drogas, armas, propiedad cultural, recursos naturales, materiales contaminantes y propiedad intelectual, o de ciertos servicios como el lavado de dinero, las prácticas de corrupción y los delitos cibernéticos, que son necesarios para facilitar y organizar las transacciones de bienes ilícitos) (Boister, 2003; 2017; Smith, 2008-2009; Fronza & Insolara, 2021).

En consecuencia, debido a que el bien jurídico protegido por los delitos regulados por el DPT es el interés estatal en el control regulatorio sobre ciertos bienes y servicios (Boister, 2017; Olasolo, 2016; 2017b), el DPT está principalmente orientado al control del delito (Nadelmann, 1990). Además, no supera la soberanía estatal, sino que parece reafirmarla, en cuanto que los Estados son particularmente celosos de su poder para prohibir aquellas transacciones económicas que encuentran amenazantes (Boister, 2003). Por esta razón, los convenios internacionales de DPT recogen definiciones muy flexibles de los delitos transnacionales (Scholtenhardt, 2005), lo que también es aplicable a los tipos penales que recogen las prácticas de corrupción, para que los Estados puedan asumir dichas definiciones, conservando al mismo tiempo la capacidad de interpretarlas y adaptarlas según sus propias circunstancias nacionales (Jenks, 1953). Además, solo imponen a estos últimos la obligación de recoger los delitos en sus legislaciones nacionales, de manera que su comisión no genera responsabilidad penal a falta de implementación interna del convenio internacional de que se trate (Enck, 2003; Fijnaut, 2002). De esta manera, el DPT se construye sobre la base de una serie de opciones políticas dirigidas al control de las transacciones de ciertos bienes y servicios (incluidas las prácticas de corrupción), que superan en su desarrollo, o en sus efectos, el ámbito interno de sus fronteras, y que

debido al impacto no deseado que pueden tener sobre sus intereses económicos, son objeto de interés para más de un Estado (Nadelmann, 1990; Boister, 2003; 2017; Olasolo, 2016; 2017b)¹⁹.

Al ser la finalidad principal del DPT el fortalecimiento de la persecución penal de estas transacciones a través de una mayor cooperación entre los Estados, se recurre al derecho internacional con tres objetivos principales, como ya hemos visto en la sección anterior en relación, específicamente, con el fenómeno de la corrupción. En primer lugar, obtener una mayor armonización de las definiciones de los tipos penales en las legislaciones nacionales como condición necesaria para fomentar la asistencia y cooperación judicial (lo que incluye a su vez armonizar la extensión a las personas jurídicas de la responsabilidad penal por los delitos transnacionales). En segundo lugar, establecer mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la aplicación de las leyes penales y la actuación de las jurisdicciones nacionales de manera extraterritorial. En tercer lugar, diseñar nuevos mecanismos de asistencia y cooperación judicial entre los Estados (Boister, 2003; Van Lampe, 2011; Van Der Wilt, 2014; Olasolo, 2017a; 2018b). En definitiva, de lo que se trata es de superar las dificultades de controlar las transacciones económicas transfronterizas, debido a que los Estados se resisten a tolerar que otros sistemas penales, y otras jurisdicciones nacionales, puedan actuar en el mismo espacio y sobre las mismas actividades (Braithwaite, 1985; Boister, 2017).

En consecuencia, a la luz de lo anterior, se puede afirmar que las propuestas de Benito (2021) en materia de prevención de la corrupción, armonización de tipos penales, aplicación extraterritorial de la ley penal, responsabilidad penal de las personas jurídicas y asistencia y cooperación judicial, así como el establecimiento a nivel regional en América Latina, África o Asia de instituciones como *Eurojust*, son medidas dirigidas a reforzar la lucha contra la corrupción y la delincuencia transnacional organizada, que, en caso de que los Estados

¹⁹ La definición que Gless & Vervaele (2013) realizan del DPT, como toda norma penal (sustantiva o procesal) que tiene por objeto regular transacciones que cruzan las fronteras de un Estado, nos parece demasiado amplia, puesto que puede entenderse como incluyendo también diversas manifestaciones de los crímenes internacionales.

decidieran adoptarlas, resultarían plenamente compatibles con la naturaleza y las características de los delitos transnacionales y el DPT (Boister, 2003; 2017; Van Der Wilt, 2014; Olasolo, 2017a; 2018b)²⁰.

Lo mismo se puede decir de la construcción en el ámbito universal de un sistema más integrado de asistencia y cooperación judicial, que incorpore las experiencias que mejor han funcionado en el ámbito regional, superando de esta manera el excesivo proteccionismo de muchos Estados en aras de salvaguardar su soberanía nacional. Sin embargo, si, como Braithwaite (1985) y Boister (2017) señalan, el problema radica en última instancia en que los Estados se resisten a tolerar que otros sistemas penales y otras jurisdicciones nacionales actúen de manera concurrente sobre un mismo espacio y unas mismas actividades, será difícil que una iniciativa de estas características llegue a contar con el apoyo suficiente para convertirse en realidad.

En este contexto, autores como Eser & Otto (1992), Boister (2003; 2017), Von Lampe (2011), Van der Wilt (2014) y Olasolo (2017a; 2018b) subrayan que las diferencias estructurales entre el DIP y el DPT no han sido eliminadas por la globalización de los fenómenos de la corrupción y la delincuencia transnacional organizada. Esto significa que un eventual recurso a los mecanismos de aplicación del DIP para fortalecer la lucha contra los mismos tendría como principal efecto el menoscabo de la naturaleza del DIP y la distorsión de su objeto y fines.

A esto hay que añadir el limitado alcance que los mecanismos directos, indirectos e híbridos de aplicación del DIP han mostrado hasta la fecha para la persecución de los crímenes internacionales. Así, mientras los tribunales internacionales penales para la ex Yugoslavia (TIPY) y Ruanda (TIPR) apenas han podido concluir dos cientos casos en más veinte años de actuación (y eso que los mismos no se han limitado a aquel grupo de dirigentes considerados como máximos responsables) (Manguel, 2018; Gamboa-Rubiano, 2018), el alcance de

²⁰ Von Lampe (2011) subraya que, para incrementar la efectividad en el campo de la prevención, es necesario conocer el contexto situacional en el que se desarrollan los fenómenos de la corrupción y la delincuencia transnacional organizada, sus patrones de espacio y tiempo, sus opciones racionales y sus actividades cotidianas, con el fin de poder entender las contingencias políticas, económicas y culturales que los caracterizan.

las actividades de la CPI durante sus primeros quince años de funcionamiento no ha tenido el alcance y desarrollo que se esperaba cuando se aprobó el ECPI en 1998, como lo demuestra, entre otras cosas, el hecho de que en el periodo 2003-2017: (i) la media de imputados por situación investigada fue de cuatro, a pesar de que una buena parte de las once investigaciones realizadas se extendió por más de una década; (ii) aproximadamente uno de cada tres imputados permanecía fugitivo (15 sobre 41); (iii) solo se abrieron diez juicios orales, de los cuales únicamente la mitad habían concluido; y (iv) las únicas órdenes de reparación dictadas hasta finales de 2017 en favor de las víctimas fueron las de los casos Lubanga, Katanga y Al Mahdi (Olasolo, Carnero, Seoane & Carcano, 2018).

Además, como refleja la actividad de las Salas Especiales de Crímenes Graves de Timor Oriental, las Salas de la Regla 64 de Kósovo, la Corte Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano, las Salas Extraordinarias de África y las Salas Especializadas de Kosovo), los resultados de los tribunales híbridos son muy dispares, habiendo conocido en quince años entre todos ellos alrededor de un centenar de casos sobre autores materiales, mandos medios y máximos responsables (Bonilla, Buitrago & Canosa, 2018; San Juan, 2018).

Desafortunadamente, la situación no es mejor en relación con el principio de jurisdicción universal porque, si bien es cierto que este principio tuvo un importante desarrollo en los años que siguieron al inicio en 1996 del caso contra el general Augusto Pinochet (ex Jefe de Estado de Chile) ante la Audiencia Nacional de España (llegándose a convertir en una de las principales herramientas de persecución de los crímenes internacionales), no es menos cierto que su ámbito de aplicación se ha visto seriamente limitado a raíz de la afirmación por la Corte Internacional de Justicia en el caso Yerodia (2001) del régimen de inmunidades de los más altos representantes del Estado frente a los tribunales penales extranjeros, y los posteriores cambios legislativos que endurecieron las condiciones para su ejercicio en varias de las jurisdicciones nacionales que con mayor frecuencia lo habían aplicado (en particular, Bélgica (2003) y España (2009; 2014). En consecuencia, como señala Suárez (2018), salvo contadas excepciones, el principio de jurisdicción universal no constituye en la actualidad un mecanismo efectivo para la persecución penal de crímenes internacionales,

sobre todo si se dirige a determinar la responsabilidad internacional penal de sus máximos responsables.

Ante esta situación, Olasolo & Galain (2018) subrayan que, no solo es improbable que se pueda incrementar la eficacia de la lucha contra la corrupción y la delincuencia transnacional organizada mediante el recurso a los mecanismos de aplicación del DIP, sino que, en caso de adoptarse una política criminal de estas características, lo más probable es que se termine reduciendo todavía más su limitada eficacia para investigar y enjuiciar a los máximos responsables de los crímenes internacionales.

4. EL RECURSO A LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DERECHO INTERNACIONAL PENAL PARA PERSEGUIR PENALMENTE A LOS DIRIGENTES DE LAS ORGANIZACIONES DE LA DELINCUENCIA TRANSNACIONAL ORGANIZADA QUE INCURREN EN CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El rechazo a la utilización de los mecanismos de aplicación del DIP para luchar contra los fenómenos de la corrupción y la delincuencia transnacional organizada, no significa que no se pueda recurrir a los mismos para perseguir penalmente a los dirigentes de las organizaciones del crimen organizado transnacional que incurren en actos de violencia constitutivos de crímenes internacionales, y en particular de crímenes de lesa humanidad (Kress, 2010; Werle & Burghardt, 2012; Olasolo & Galain, 2018).

Así, según el art. 7(1) y (2)(a) del ECPI, los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por la existencia de una multiplicidad de actos graves de violencia cometidos de manera generalizada o sistemática (“ataque”) contra una población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización. Los actos graves de violencia a los que se refiere el artículo 7 del ECPI, que Ambos (2013) y Werle (2010) han denominado “hechos individuales”, son el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el traslado forzoso de po-

blación, la detención arbitraria²¹, la tortura, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada, otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia²², la desaparición forzada, el apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad o la salud física o mental. En consecuencia, se trata de conductas que afectan con particular intensidad a uno o varios intereses esenciales del sujeto pasivo, como sucede con la propia vida, la integridad física, la salud o la libertad (Vanegas, 2011).

El artículo 7(1) del ECPI entiende por “ataque” una línea de conducta que implique la comisión generalizada o sistemática de los actos graves de violencia arriba mencionados²³. El carácter generalizado del ataque tiene que ver con su aspecto cuantitativo, en particular, con sus dimensiones y el número de víctimas²⁴. Un ataque reviste la condición de generalizado cuando, o bien se desarrolla en un área geográfica amplia, o bien tiene lugar en un área geográfica más reducida donde un gran número de víctimas se ven afectadas²⁵. El carácter generalizado de un ataque puede ser, por tanto, generado por el efecto

²¹ En la formulación del apartado (e) del artículo 7(1) se refiere a “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”.

²² En la formulación del apartado (h) del artículo 7(1) ECPI se refiere a “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

²³ CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1111; CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 149; CPI, *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 38; CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (2019), párr. 660, 1170. Vid. también, TPIR, *Prosecutor v. Semanza* (2003), párr. 326; TPIR, *Prosecutor v. Kalelijeli* (2003), párr. 866.

²⁴ CPI, *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 80; CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 163; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1105. Vid. también, TPIY, *Prosecutor v. Tadić* (1997), párr. 648; TPIR, *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindama* (1999), párr. 123).

²⁵ CPI, *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 38; CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 163; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1105.

acumulativo de una serie de actos inhumanos, o por el efecto singular de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud²⁶.

A pesar de no ser generalizado, un ataque puede constituir un crimen de lesa humanidad si posee un carácter sistemático, porque se ha llevado a cabo siguiendo un patrón de actuación que responde a un plan metódicamente organizado para la consecución de un determinado objetivo²⁷. Quedan por tanto excluidos los actos graves de violencia que constituyen una mera sucesión accidental²⁸.

En cuanto al sujeto pasivo del ataque, la expresión “una población civil” expresa la naturaleza colectiva de todo crimen contra la humanidad²⁹, y la indefensión del sujeto pasivo del crimen frente a la estructura estatal u organización que ha de encontrarse detrás del ilícito. En todo caso, conviene subrayar con Luban (2011) que los crímenes de lesa humanidad son agresiones contra poblaciones civiles vistas no como entidades metafísicas unificadas, sino simplemente como grupos de individuos, cuyo propio interés humano y dignidad están en peligro. En consecuencia, por “una población civil” se entiende un grupo de individuos que ha de compartir ciertos rasgos distintivos, si bien no se exige que estos últimos se refieran a ninguna condición en particular, como la nacionalidad o la etnicidad. Además, no es necesario que se ataque a la población civil en su conjunto, sino que es

²⁶ CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 163; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1101, 1123; Vid. También, TPIY, *Prosecutor v. Blaškić* (2000), párr. 203-206; TPIY, *Prosecutor v. Kordić* (2000), párr. 179.

²⁷ CPI, *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 48; CPI, *Prosecutor v. Bashir* (2009), párr. 81; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1113. Vid. también TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (1998), párr. 580; TPIR, *Prosecutor v. Kayishema* (1999), párr. 123; TPIR, *Prosecutor v. Nahimana*, (2007), párr. 920; TPIY, *Prosecutor v. Kordić y Cerkez* (2001), párr. 179.

²⁸ CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 156; Vid. también TPIY, *Prosecutor v. Tadić*, (1997), párr. 648; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2001), párr. 580; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2002), párr. 94; TPIY, *Prosecutor v. Kordić y Cerkez* (2004), párr. 94; TPIY, *Prosecutor v. Blaškić* (2004), párr. 101; TPIR, *Prosecutor v. Akayesu* (1998) párr. 580; TPIR, *Prosecutor v. Ntakirutimana* (2003), párr. 804.

²⁹ CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (2019), párr. 667-669. Vid. también TPIY, *Prosecutor v. Tadić* (1997), párr. 644; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2001), párr. 425.

suficiente con que la violencia sea dirigida contra una parte de esta³⁰. Con ello se excluyen del ámbito de los crímenes de lesa humanidad los actos de violencia donde las víctimas son elegidas al azar³¹.

El artículo 7(2)(i) del ECPI requiere que el ataque sea “en conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o promover esa política”³². Este requisito ha sido definido por la jurisprudencia de la CPI en el sentido de exigir que el ataque sea plenamente organizado y siga un patrón regular de conducta, y que en su desarrollo se necesite de la utilización de recursos públicos o privados³³. Ahora bien, la propia jurisprudencia de la CPI ha subrayado que no es necesario que dicha política sea expresamente definida o formalizada³⁴.

La jurisprudencia de la CPI ha afirmado que no solo los Estados en sus niveles nacional, regional o local, sino también organizaciones no estatales, sin vínculos con los Estados o enfrentadas a los mismos, pueden incurrir en crímenes de lesa humanidad³⁵. A la hora de de-

³⁰ CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 762, 1105, 1656; CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 154. Vid. también, TPIY, *Prosecutor v. Tadic* (1997), párr. 644; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2001), párr. 425.

³¹ CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 161; CPI, *Prosecutor v. Bemba* (2016), párr. 149, 671. Vid. también, TPIY, *Prosecutor v. Stakic* (2003), párr.627; TPIY, *Prosecutor v. Kunarac* (2002), párr. 90.

³² CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1122; CPI, *Prosecutor v. Lubanga* (2014), párr. 436. Los Elementos de los Crímenes, en su sección introductoria sobre los crímenes de lesa humanidad, desarrollan este elemento afirmando que se “requiere que el Estado u organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil”. Además, en la sexta nota al pie de los Elementos de los Crímenes se añade que “la política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”.

³³ CPI, *Situación en Kenia* (2010), párrs. 84-86; CPI, *Situación en Costa de Marfil* (2011), párr. 43; CPI, *Situación en la República de Burundi* (2017), párr. 40-48; CPI, *Situación en Filipinas* (2018), párr.51-53.

³⁴ CPI, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (2019), párr. 674. Vid también, TIPY, *Prosecutor v. Kunarac* (2002), párr. 95; *Ambos & Wirth* (2002); *Heller* (2009).

³⁵ CPI, *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 49; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párrs. 1106 y ss. Ya para 1991, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en

terminar las características que ha de tener una “organización” para poder incurrir en este tipo de crímenes internacionales, la jurisprudencia de la CPI ha afirmado que no tiene por qué tener la condición de *cuasi-Estado*, sino que es suficiente con que cumpla con algunas de las siguientes características: (i) disponer de un mando responsable o una jerarquía establecida adecuadamente; (ii) contar con los medios necesarios para lanzar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) ejercer un control sobre una parte del territorio de un Estado; (iv) tener como objetivo principal realizar actividades criminales contra la población civil; (v) expresar, de forma explícita o implícita, la intención de atacar una población civil; y (vi) hacer parte de otro grupo más importante que cumpla al menos con algunas de estas características³⁶.

un nuevo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad Internacional, atribuía responsabilidad penal, sin exigir actuar bajo la autoridad de un Estado, a quienes incurrieran en la comisión a gran escala o de manera sistemática de las violaciones graves de derechos humanos allí recogidas. Vid. Art. 21 del Proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, en Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-Third Session (29 Abril-19 Julio 1991), 46 U.N. GAOR Supp. (No. 10), U.N. Doc. A/46/10 (1991), reimpresso en [1991] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 94, 103, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (P2). El propio comentario de la CDI subrayaba esta cuestión al afirmar que no excluía la posibilidad de que individuos privados con poderes de hecho, o grupos del crimen organizado, pudieran cometer el tipo de violaciones sistemáticas o a gran escala al que se refería el proyecto. Este nuevo entendimiento de los crímenes de lesa humanidad en función de la naturaleza, intensidad, escala y sistematicidad de la violencia contra la población civil, y no en base al carácter estatal de la estructura que lo lleva a cabo, se mantuvo en el Proyecto de 1996, que se refería expresamente a la actuación bajo la instigación o dirección de “un Gobierno o de cualquier organización o grupo”. Vid. Art. 18 del Proyecto de Código contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, en Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-eighth Session, 51 U.N. GAOR Supp. (No. 10) at 14, U.N. Doc. A/CN.4/L.532, corr.1, corr.3 (1996), reimpresso en [1996] Y.B. Int'l L. Comm'n, vol. 2, 47, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (P2).

³⁶ CPI, *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 49; CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párrs 1119-1120; CPI, *Situación en Kenia* (2010) párr. 93; CPI, *Situación en Costa de Marfil*, párr. 43; CPI, *Situación en la República de Burundi* (2017), párr. 65; CPI, *Situación en Filipinas* (2018), párr. 47-49. El juez Hans Peter Kaul en su voto particular en la decisión de autorización para la apertura de una investigación en la situación en Kenia afirma que el término “organización” utilizado en el artículo 7(2)(a) del ECPI debe ser interpretado de manera restrictiva, a los

De esta manera, según la jurisprudencia de la CPI, el criterio clave para determinar si un grupo puede ser considerado como “organización” es la capacidad de ejecutar sobre el terreno políticas o prácticas de comisión contra una población civil de actos graves de violencia a gran escala o que sigan un patrón de conducta³⁷. No es por tanto necesario, que el grupo tenga una estructura jerarquizada (o al menos esto no es lo que debe distinguir a la organización), sino que debe contar con un grado de estructura suficiente, que le permita una cierta capacidad de acción, concertación y coordinación para el cumplimiento de sus objetivos criminales, quedando en todo caso excluidos los actos aislados (aunque se repitan de forma accidental), aun cuando puedan ser calificados como “inhumanos”³⁸.

Estos requisitos son sin duda cumplidos por las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada (Young, 2000; Smith, 2008-2009; Olasolo 2017a; 2017b; 2018b), como los cárteles mexicanos, las Bacrim colombianas o los yakuza japoneses, que, en cuanto estructuras empresariales clandestinas que se dedican a realizar transacciones económicas en mercados prohibidos, presentan, entre otras, las siguientes características: (i) hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y la desregulación de los mercados financieros globales, tratando de presentarse como empresas económicas lícitas y obteniendo unos beneficios anuales que superan al producto interior bruto de un gran número de países en vías de desarrollo; (ii) poseen una conexión estructural con los poderes públicos

efectos de abarcar sólo a aquellos grupos que puedan ser considerados como cuasi-estados, por cumplir, entre otras, con las siguientes características: (i) una colectividad de personas; (ii) concebida para actuar con un objetivo común; (iii) durante un período prolongado de tiempo; (iv) con un mando responsable o una estructura jerárquica que tenga el poder de decisión; (v) con capacidad de imponer su política a sus miembros y poder de sancionarlos; y (vi) con capacidad y medios para atacar a gran escala cualquier población civil. De esta manera, se excluirían tanto a grupos sin control alguno de civiles armados, como a los grupos del crimen organizado. Vid. CPI, Situación en Kenia (2010a), párr. 51.

³⁷ CPI, Situación en Kenia (2010) párrs. 84-86; CPI, Situación en Costa de Marfil, párr. 43; CPI, Situación en la República de Burundi (2017), párr. 47; CPI, Situación en Filipinas (2018), párr. 53 Vid. también, Kress (2010); Werle & Burghardt (2012).

³⁸ CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párrs. 1119-1120. En el mismo sentido, Luban (2011).

y privados de los ámbitos material y territorial en los que operan; (iii) tienen la capacidad de actuar a través de redes en una multiplicidad de Estados, contando con una alta capacidad de transformación; y (iv) sostienen su acción recurriendo habitualmente a actos graves de violencia con el fin de obtener, y mantener, el poder económico y el control social en las áreas en las que operan (Rojas, 2011; Prieto, 2013).

En consecuencia, a la luz de la definición de los crímenes de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del ECPI, y con base en la amplia interpretación que del concepto “organización” ha realizado hasta el momento la jurisprudencia de la CPI³⁹, se puede afirmar que los mecanismos de aplicación del DIP (tribunales internacionales, tribunales híbridos y principio de jurisdicción universal) sí pueden ser utilizados para perseguir penalmente a los dirigentes de las organizaciones del crimen organizado transnacional que incurrir en actos graves de violencia constitutivos de crímenes internacionales, y en particular de crímenes de lesa humanidad (Kress, 2010; Werle & Burghardt, 2012; Olasolo & Galain, 2018).

5. CONCLUSIONES

La continua expansión del fenómeno de la corrupción a pesar de la aprobación y entrada en vigor hace casi dos décadas de los principales instrumentos de ámbito universal y regional previstos en el DPT contra la misma, es un síntoma importante de que el sistema internacional de prevención y lucha contra la corrupción no está dando los frutos esperados. Entre las razones que contribuyen a explicar esta situación tiene particular relevancia el crecimiento que las organizaciones de la delincuencia transnacional organizada han experimentado en este periodo, porque una de sus características más notables es su conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (especialmente, el sector financiero) de los ámbitos material y territorial (local, regional, nacional y supra-

³⁹ CPI, Situación en Kenia (2010) párrs. 90-93; CPI, Situación en Costa de Marfil, párr. 46; CPI, Situación en la República de Burundi (2017), párr. 119; CPI, Situación en Filipinas (2018), párr. 48.

nacional) en los que operan, lo que hace que la corrupción juegue una función central en sus actividades.

Ante esta situación, se han formulado diversas propuestas para incrementar la eficacia del DPT en materia de prevención, armonización de tipos penales, responsabilidad penal de las personas jurídicas, aplicación de las leyes penales y actuación de las jurisdicciones nacionales de manera extraterritorial, y asistencia y cooperación judicial. Así mismo, se ha subrayado que el DIDH puede ser en ocasiones una herramienta idónea para enfrentar ciertas prácticas de corrupción que son constitutivas de violaciones graves de derechos fundamentales.

Sin embargo, lo cierto es que dichas propuestas se han venido planteando con poco éxito desde comienzos del siglo XXI, y no parece nada fácil que vayan a prosperar, porque el problema para controlar eficazmente las transacciones económicas transfronterizas radica, en última instancia, en que los Estados se resisten a tolerar que otros sistemas penales, y otras jurisdicciones nacionales, puedan actuar en el mismo espacio y sobre las mismas actividades.

No parece además que la ineficacia del DPT vaya a poder subsanarse mediante los mecanismos universales y regionales de aplicación del DIDH, porque si su alcance es de por sí limitado (en particular, los sistemas de quejas individuales), todavía lo es más en relación con los casos relativos a las prácticas de corrupción constitutivas de violaciones graves a los derechos humanos, que suponen solamente una pequeña parte de su actividad.

Ante esta situación, algunos autores han propuesto acudir a los mecanismos de aplicación del DIP para fortalecer la persecución penal de los fenómenos de la corrupción y la delincuencia transnacional organizada. Sin embargo, al margen del Protocolo de Malabo y de la referencia con carácter supletorio al principio de jurisdicción universal recogida en la Convención de Mérida, no se ha acogido hasta el momento esta propuesta debido a dos razones principales. En primer lugar, la diversa naturaleza de los crímenes internacionales y los delitos transnacionales y las distintas características del DIP y el DPT en relación con su objeto, sus fuentes y sus instituciones y mecanismos de aplicación.

En segundo lugar, el limitado alcance que los mecanismos directos, indirectos e híbridos de aplicación del DIP han mostrado hasta la

fecha para la persecución de los crímenes internacionales. De esta manera, además de ser improbable que se pueda incrementar la eficacia de la lucha contra la corrupción y la delincuencia transnacional organizada mediante el recurso a los mismos, es altamente probable que, en caso de adoptarse una política criminal de estas características, se reduzca todavía más su limitada eficacia para investigar y enjuiciar a los máximos responsables de los crímenes internacionales.

Esto no significa, sin embargo, que, no se pueda recurrir a los mecanismos de aplicación del DIP para perseguir penalmente a los dirigentes de las organizaciones del crimen organizado transnacional que incurrir en actos de violencia constitutivos de crímenes internacionales, y en particular de crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, la definición de los crímenes de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del ECPI y la amplia interpretación que del concepto “organización” ha realizado hasta el momento la jurisprudencia de la CPI⁴⁰, no hacen sino reafirmar esta posibilidad.

REFERENCIAS

Doctrina

- Alija, R.A. & Bonet, J. (2018). ‘La actividad judicial del sistema europeo de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones’. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Ambos, K. (2013). ‘Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional’. En Ambos, K. (Ed.). *Cuadernos de Derecho Penal* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda).
- Aristizábal, J. (2007). *Metamorfosis. Guerra, Estado y Globalización en Colombia* (Bogotá: Desde Abajo).

⁴⁰ CPI, Situación en Kenia (2010) párrs. 90-93; CPI, Situación en Costa de Marfil, párr. 46; CPI, Situación en la República de Burundi (2017), párr. 119; CPI, Situación en Filipinas (2018), párr. 48; CPI. *Prosecutor v. Al Mahdi* (2016), párr. 49. CPI, *Prosecutor v. Katanga* (2014), párr. 1119-1120.

- Aronowitz, A. (2003). 'Trafficking in Human Beings: An International Perspective'. En Siegel, D.E. (Ed.). *Global Organized Crime: Trends and Developments* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers).
- Astorga, L. (2015). *Drogas sin fronteras* (Ciudad de México: Debolsillo).
- Benito Sánchez, D. (2012). El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. (Madrid: Iustel, 2012).
- Benito Sánchez, D. (2019). The European Union Criminal Policy against Corruption: Two Decades of Efforts. En *Política Criminal*. Vol. 14, Num. 27.
- Benito Sánchez, D. (2021). 'La respuesta desde el Derecho penal transnacional: especial atención al análisis político-criminal'. En Olasolo, H., Buitrago, E., Mané C., Sánchez Sarmiento, A. (Eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores (en prensa).
- Benson, J. S., & Decker, S. H. (2010). The organizational structure of international drug smuggling. En *Journal of Criminal Justice*, Vol. 38(2).
- Berdugo, I. & Fabián, E. (2009). 'Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas'. En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol 81.
- Berkowitz, B. D. (2003). *The new face of war: How war will be fought in the 21st century* (Simon and Schuster).
- Blanco, I. & Sánchez, I. (2000). 'Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio'. En *Revista Penal*, Vol. 6.
- Blovich, S. (2004). *Vigilante in the Field of Financial Transactions*. Ponencia en el seminario ICEPS sobre Riesgos Corporativos (Nueva York: Morton Banking Center).
- Boister, N. (2003). 'Transnational Criminal Law?'. En *European Journal of International Law*. Vol. 14.
- Boister, N. (2017). 'Responding to Transnational Crime: The Distinguishing Features of Transnational Criminal Law'. En Van der Wilst, H. & Paulussen, C. (Eds.). *Legal Responses to Transnational and International Crimes: Towards an Integrative Approach?* (Londres: Elgar Publishers).
- Bonilla, V., Buitrago, N.E. & Canosa, J. (2018). 'La actividad cuasi-judicial del Comité contra la Discriminación Racial, Comité contra la Discriminación contra la Mujer y Comité por los Derechos de los Niños: alcance y limitaciones'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín

- Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Bonilla, V., Buitrago, N.E. & Canosa, J. (2018). 'Alcance y limitaciones de los Tribunales Híbridos I: Corte Especial para Sierra Leona, Salas Especiales en los Tribunales de Camboya y Tribunal Especial para el Líbano'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Braithwaite, J. (1985). 'White Collar Crime'. En *Annual Review of Sociology*. Vol. 11.
- Brown, D. (2013). *The Challenge of Drug Trafficking to Democratic Governance and Human Security in West Africa* (Carlisle: U.S. Army War College Press).
- Bunker, R. J. (2014). *Networks, terrorism and global insurgency* (Londres: Routledge).
- Burneo, J. A. (2009). *Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos* (Lima: Derecho PUCP).
- Carrera, F. (2001). 'La persecución penal de la corrupción en la Unión Europea'. En VV.AA. *Cooperación jurídica internacional* (Madrid: BOE).
- Cartier-Bresson, J. (2000). 'Las causas y consecuencias de la corrupción: análisis económico y lecciones aprendidas'. En OCDE (Ed.). *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción* (México D.F.: OCDE).
- Castells, M. (1996). *End of Millenium*. Oxford: Blackwell.
- Castells, M. (1998). *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. El Fin del Milenio*. Vol. III. Madrid: Alianza Editorial.
- Castresana, C. (2004). 'Corrupción, globalización y delincuencia organizada'. En Rodríguez García, N. & Fabián, E. (Coord.). *La corrupción en un mundo globalizado análisis multidisciplina* (Salamanca: Ratio Legis).
- Castro, C. G. (2006). 'Algunos Lineamientos sobre la Legitimidad del Injusto en los Bienes Jurídicos Supraindividuales'. En Castro Cuenca, C.G. (Ed). *Problemas Actuales del Derecho Penal* (Santiago de Chile: Jurídicas de Santiago).
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. 2.ed. (Oxford: Oxford University Press).
- Chinchón, J. & Rodríguez, J. (2018). 'La actividad cuasi-judicial del Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura y Comité contra las Desapariciones Forzadas: alcance y limitaciones'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-

- Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Choclán, J. A (1998). 'Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El *Corpus Iuris* europeo'. En *La Ley*, Núm. 1.
- Clavijo, A.S. (2012). 'Actos de corrupción como violación a los derechos humanos'. En *Saber, Ciencia y Libertad*, Vol. 7(1).
- Cuesta, J. L. (de la) (2003). 'Iniciativas internacionales contra la corrupción'. En *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, Vol. 17.
- Domine, M. (2007). 'Criminalidad Económica y Terrorismo'. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Vol. 1.
- Eigen, P. (2005). *Introducción*. En *Transparencia Internacional. Informe Global contra la Corrupción* (Londres: Pluto Press & Transparencia Internacional).
- Enck, J. (2003). 'The United Nations Convention against Transnational Organized Crime: Is It All that It Is Cracked Up to Be? Problems Posed by the Russian Mafia in the Trafficking of Humans'. En *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. Vol. 30.
- Eser, A., & Otto, L. (1992). *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law* (Freiburg im Breisgau: Max Planck Institute).
- Fabián, E. (2002). Relaciones entre blanqueo de capitales y corrupción. Algunas valoraciones a propósito de las previsiones contenidas en la convención de la OCDE sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997). En Ferré, J.C. et al. *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca).
- Fabián, E. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Fiebig, H. & Junker, H. (2000). *Korruption und Untreue im öffentlichen Dienst. Erkennen Bekämpfen Vorbeugen* (Berlín: Erich Schmidt).
- Fijnaut, C. (2002). 'Introduction to the Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000'. En Albrecht, H. J. & Fijnaut, C. (Eds). *The Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000* (Breisgau: Max-Planck-Inst).
- Fronza, E. & Insolara, P. (2021). 'El Caso Odebrecht'. En Olasolo, H., Buitrago, E., Mané C., Sánchez Sarmiento, A. (Eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores (en prensa).

- Gallego-Casilda, Y. (2001). 'The European Union's Initiatives in the Fight against Corruption'. En Alvazzi, A. & Pasqua, G. (Eds.). *Responding to the Challenges of Corruption* (Roma: UNICRI-ISPAC-CNPDS).
- Gamboa-Rubiano, S. (2018). 'Alcance y Limitaciones en las Actuaciones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- García Mexía, P. (2001). *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. (Pamplona: Aranzadi).
- Garzón, J. C. (2012). *La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican* (Woodrow Wilson Center).
- Gilman, N., Goldhammer, J., & Weber, S. (Eds.). (2011). *Deviant globalization: Black market economy in the 21st century* (A&C Black).
- Gless, S. & Vervaele, J.A.E. (2013). 'Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice'. En *Utrecht Law Review*. Vol. 9.
- Glynn, P., Kobrin, S. J., & Naím, M. (1997). 'The Globalization of Corruption'. En Elliot, K.A. (Ed.). *Corruption and the global Economy* (Washington DC: Institute for International Economics).
- Gounev, P. & Bezlov, T. (2010). *Examining the links between organised crime and corruption* (Sofia: Center for the Study of Democracy).
- Gragert, B.A. (1997). 'Yakuza: The Warlords of Japanese Organized Crime'. En *Annual Survey of International and Comparative Law*. Vol. 4.
- Hagan, F. (1983). 'The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model'. En *Criminal Justice Review*. Vol. 8.
- Hoelzl, W. (2006). 'The Evolutionary Theory of the Firm: Routines, Complexity and Change'. En Dietrich, M. (Ed.) *Economics of the Firm: Analysis, Evolution and History* (Londres: Routledge).
- Iglesias, M. A & Medina, T. (2002). 'Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea'. En *Revista Penal*, Vol. 14.
- Izquierdo, R. & Ugalde, A.L. (2018). 'La actividad cuasi-judicial del sistema de protección universidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Protección de los Trabajadores Migrantes y Comité para la Protección de las Personas Discapacitadas: alcance y limitaciones'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los

- Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Jenks, W. C. (1953). 'The Conflict of Law Making Treaties'. En *British Yearbook of International Law*. Vol. 30.
- Kaplan, D.E. & Dubro, A. (2003). *Japan's Criminal Underground* (Expanded Ed.)
- Keeney, M. (2007). 'The architecture of drug trafficking: network forms of organisation in the Colombian cocaine trade'. En *Global Crime*. Vol. 8.
- Kleemans, E. (2014). 'Theoretical perspectives on Organized Crime'. En *The Oxford Handbook of Organized Crime* (Oxford: Oxford University Press).
- Kress, C. (2010). 'On the Outer Limits of Crimes Against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision'. En *Leiden Journal of International Law*. Vol. 23.
- Lages, R., Francesconi, L., Araneda, C. & Rojas, J. (2018). 'La actividad cuasi-judicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Lambsdorff, J. G. (2006). 'Consequences and Causes of Corruption. What do We Know from a Cross-Section of Countries?'. En Rose-Ackerman, S. (Ed.). *International Handbook on the Economics of Corruption* (Northampton: Edward Elgar Publishing).
- Leroy, R. (1990). *Microeconomía*. Bogotá: McGraw Hill.
- Luban, D. (2004). 'A Theory of Crimes Against Humanity'. En *Yale International Law Journal*. Vol 29.
- Luban, D. (2011). *Una Teoría de los Crímenes contra la Humanidad* (Bogotá: Temis).
- Maldonado, C. E. (2001). *Corrupción y Derechos Humanos: El malestar general del Estado* (Bogotá: Universidad Libre).
- Malem, J. (2000). *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona, España: Gedisa.
- Malem, J. F. (2014). 'Derechos Humanos y Corrupción'. En *Derecho y Realidad*. Vol. 13, Núm. 25.
- Manacorda, S. (1999). *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica* (Nápoles: Facoltà di Giurisprudenza della Seconda università di Napoli).

- Manfroni, C. & Werksman, R. (1998). *La Convención Interamericana contra la corrupción. Anotada y comentada*. 2ª. Ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- Manguel, T. (2018). 'Alcance y limitaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Mantilla, S. (2009). 'Hacia una perspectiva "glocal" del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales'. En *Papel político*. Vol. 14. Núm. 2.
- May, L. (2005) *Crimes against Humanity: A Normative Account* (Oxford: Oxford University).
- Medel, M. & Thoumi, F. (2014). 'Mexican Drug "Cartels"'. En Paoli, L. (Ed.). *Organized Crime* (Oxford: Oxford University Press).
- Méndez, C. (2002). 'La corrupción en el marco del *Corpus Juris*'. En Zúñiga, L, Méndez, C. & Díaz-Santos, D. (Coord.). *El derecho penal ante la globalización* (Madrid: Colex).
- Misas, G., Oviedo, M., Franco, A., Viana Saldarriaga, J., & Camacho Castaño, A. (2005). *La lucha anticorrupción en Colombia* (Bogotá: Contraloría General de la República).
- Muna, A. (2004). 'La Convención de la Unión Africana contra la Corrupción'. En VV.AA. *Informe Global de la Corrupción* (Buenos Aires: Prometeo Libros/Transparencia Internacional).
- Nadelmann, E. (1990). 'Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society'. En *International Organization*. Vol. 44.
- Noguera, A. (2016). *La relación organización-entorno y la ontología evolutiva: una propuesta para la comprensión de las interacciones como producto del proceso evolutivo de reglas con la caracterización de la prestación del servicio de salud en urgencias*. Tesis Doctoral (Bogotá: Colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario).
- Obokata, T. (2006). *Trafficking in Human Beings From a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers).
- Obokata, T. & Payne, B. (2017). *Transnational Organised Crime. A comparative Analysis*. (Londres: Routledge).
- Olasolo, H. (2016). '¿Se debe recurrir a los mecanismos de respuesta del Derecho Internacional Penal para hacer frente a los delitos transnacionales?'. En Pérez Cepeda, A.I. (Coord.), *Política Criminal ante el Reto de la*

- Delincuencia Transnacional*, (Valencia, Tirant lo Blanch & Universidad de Salamanca).
- Olasolo, H. (2017a). *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Crímenes Transnacionales* (Valencia: Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional).
- Olasolo, H. (2017b). 'Is International Criminal Law and appropriate mechanism to deal with organized crime in a global society?'. En H. Van der Wilt & C. Paulussen (Eds.). *Legal Responses to Transnational and International Crimes. Towards an Integrative Approach* (Cheltenham-United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2017).
- Olasolo, H. (2018). *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice* (Boston-Leiden: Brill/Nijhoff).
- Olasolo, H. & Galain, P. (2018). *Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Especial Atención a los Casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay* (Valencia: Tirant lo Blanch & Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional).
- Olasolo, H., Carnero, R., Seoane, D. & Carcano, L. (2018). 'El limitado Alcance de las Actuaciones de la Corte Penal Internacional en su Decimoquinto Aniversario y sus Posibles Causas'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- O'Neil, S. (2009). 'The Real War in Mexico: How Democracy Can Defeat the Drug Cartels'. En *Foreign Affairs*. Vol. 88. Núm. 4.
- Orakhelashvili, A. (2006). *Peremptory Norms in International Law* (Oxford: Oxford University Press).
- Osiel, M. (2000). 'Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity'. En *Human Rights Quarterly*. Vol. 22.
- Palma, O. (2013). *Transnational networks of insurgency and crime: explaining the spread of the revolutionary armed forces of Colombia beyond national borders*. Tesis doctoral (Londres: The London School of Economic and Political Science).
- Paoli, L. & Vander Beken, T. (2014). 'Organized Crime. A Contested Concept'. En *The Oxford Handbook of Organized Crime* (Oxford: Oxford University Press).
- Paulose, R. M. (2013). 'Towards a New Framework in the Law of War: Incorporating Transnational Organized Crime'. En *Georgetown Law Review*. Vol. 17.

- Paternostro, S. (1995), 'Mexico as a 'Narco-democracy''. En *World Policy Journal*. Vol. 12.
- Pérez Cepeda, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento del Derecho penal postmoderno* (Madrid: Iustel).
- Pieth, M. (1999). *International Efforts to Combat corruption. International Anti-Corruption Conference*.
- Prieto, C.A. (2013). *Las Bacrim y el Crimen Organizado en Colombia* (Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung).
- Ramírez, S. (2006). 'La Ambigua Regionalización del Conflicto Colombiano'. En Gutiérrez, F., & Sánchez, G. (Eds.). *Nuestra Guerra Sin Nombre: Transformaciones del conflicto en Colombia* (Bogotá: IEPRI/Norma).
- Ramírez Lemus, J.R. (2018). 'La actividad judicial del sistema africano de protección de los Derechos Humanos: alcance y limitaciones'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Rexton, P. (2016). *Drug Trafficking and International Security* (Londres: Rowman & Littlefield).
- Reynolds, J.L. (2006). 'Yakuza: Traditions and Amputations'. En *Secret Societies: Inside the World's Most Notorious Organizations*.
- Ríos, V. (2015). 'How Government Coordination Controlled Organized Crime: The Case of Mexico's Cocaine Markets'. En *Journal of Conflict Resolution*. Vol. 59. Núm. 8.
- Ritch, J. (2002). 'They'll Make You an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime'. En *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Vol. 9.
- Rodríguez, G. (2010). *Antiguas y nuevas amenazas a la seguridad de América Latina*. Ponencia presentada en la VII Asamblea Plenaria del Foro Interparlamentario de las Américas (FIPA) (Ciudad de México).
- Rodríguez García, N. (2004). 'La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción'. En Rodríguez García, N. & Fabián, E. (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado análisis multidisciplinar* (Salamanca: Ratio Legis).
- Rojas, F. (2011). 'Violencia en América Latina. Debilidad Estatal, Inequidad y Crimen Organizado Inhiben el Desarrollo Humano'. En Rojas, F., & Álvarez, A. (Eds.). *América Latina y el Caribe: Globalización y Conocimiento. Repensar las Ciencias Sociales* (Montevideo: Unesco-Flacso).
- Rojas Amandi (s.f.), V. Los tratados internacionales sobre corrupción. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

- Rose-Ackermann, S. & Palifka, B. J. (2016). *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, 2ª ed. (Cambridge: Cambridge University Press).
- Sacerdoti, G. (2000). '¿Sobornar o no sobornar?'. En OCDE (ed.). *Las reglas del juego cambiaron. La lucha contra el soborno y la corrupción* (México D.F.: OCDE).
- San Juan, C. (2018). 'Alcance y Limitaciones de los tribunales híbridos II: Salas Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental, Salas de la Norma 64 en Kosovo, Salas Extraordinarias de África (SEA) y Tribunal Especial para Kosovo'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Satzger, H. (2012). *International and European Criminal Law* (Munich: Hart/Beck).
- Scholtenhardt, A. (2005). 'Transnational Organised Crime and International Law. The Palermo Convention'. En *Criminal Law Journal*. Vol. 12.
- Seymour, C. (1996). *Yakuza Diary: Doing Time in the Japanese Underworld*.
- Smith, J. (2008-2009). 'An International Hit Job: Prosecuting Organized Crime Acts as Crimes Against Humanity'. En *Georgetown Law Review*. Vol. 97.
- Stessens, G. (2001). 'The international fight against corruption. General Report'. En *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 72, Núm. 3-4.
- Suárez-Vargas, D. (2018). 'Alcance y Limitaciones de la Aplicación del Principio de Jurisdicción Universal'. En Olasolo, H., Buitrago, N.E., Bonilla, V., & Canosa, J. (Coords.). *Alcance y Limitaciones de la Justicia internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 2018). Colección *Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*. Vol. 4.
- Tanzi, V. (2002). 'Corruption around the World: causes, consequences, scope and cures'. En Abend, G.T. & Gupta, S. (Eds.). *Governance, Corruption and economic performance* (Washington D.C: International Monetary Fund).
- Van der Wilt, H. (2014). 'Crimes against humanity: a category hors concours in (international) criminal law?'. En Van Beers, B. et al. (Eds.). *Humanity across International Law and Biolaw* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Vanegas, M. (2011). 'De los Delitos de Lesa Humanidad y de los Delitos Contra las Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional

- Humanitario'. En Castro, Cuenca, C.G. (Ed.). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial-Tomo I* (Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario & Temis).
- Von Lampe, K. (2011), 'The Application of the Framework of Situational Crime Prevention to 'Organized Crime''. En *Criminology & Criminal Justice*. Vol. 11, Núm. 2.
- Werle, G. (2010). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2 ed. (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Werle, G., & Burghardt, B. (2012). 'Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a "State-like" Organization?'. En *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 10.
- Williams, P. (1996). 'Global Organized Crime: Hearing Before the H. Comm'. En *International Relations*. Vol. 104.
- Young, K. (2000). *The International Criminal Court: A Commentary of the Rome Statute* (Champaign: University of Illinois).
- Zaffaroni, E. (1999). 'Il Crimine Organizzato: Una Categorizzazione Fallita'. En Moccia, S. (Ed.). *Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali, tra Efficienza e Garanzi* (Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane).

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH. (4 de julio de 2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. (Sentencia). Serie C No. 149.
- CIDH. (01 de julio de 2006). Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia. (Sentencia). Serie C No. 148.

Corte Penal Internacional

- CPI. (2017). Situación en la República de Burundi. Sala de Cuestiones Preliminares II. ICC-01/17.
- CPI. (2011). Situación en la República de Costa de Marfil. Sala de Cuestiones Preliminares II. ICC-02/11-14.
- CPI. (2010). Situación en la República de Kenia. Sala de Cuestiones Preliminares II. ICC-01/09-19-Corr.
- CPI. (2018). Situación en la República de las Filipinas. Sala de Cuestiones Preliminares.
- CPI. (2016). The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Sala de Primera Instancia VIII. ICC-01/12-01/15-171.
- CPI. (2016). Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo. Sala de Primera Instancia III. ICC-01/05-01/08-3343.
- CPI. (2014). Prosecutor vs. Germain Katanga. Sala de Primera Instancia II. ICC-01/04-01/07 3436.

CPI. (2014). *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*. Sala de Apelaciones. ICC-01/04-01/06.

CPI. (2019). *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*. Sala de Primera Instancia VI. ICC 01/04-02/06-2359.

Tribunal Internacional Penal para Ruanda

TPIR. (1998). *Prosecutor vs. Akayesu*. (Sentencia de Primera Instancia).

TPIR. (2003). *Prosecutor vs. Kalelijeli*. ICTR-98-44A-T.

TPIR. (1999). *Prosecutor vs. Kayishema*. (Sentencia de Primera Instancia).

TPIR. (1999). *Prosecutor vs. Kayishema y Ruzindama*. (Sentencia de Primera Instancia). ICTR-95-1-T.

TPIR. (2007). *Prosecutor vs. Nahimana*. (Sentencia de Apelación).

TPIR. (2003). *Prosecutor vs. Ntakirutimana*. (Sentencia de Primera Instancia).

TPIR. (2003). *Prosecutor vs. Semanza*. ICTR-97-20-T.

Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia

TPIY. (2000). *Prosecutor vs. Blaskic*. (Sentencia de Primera Instancia). IT-95-14-T.

TPIY. (2003). *Prosecutor vs. Blaskic*. (Sentencia de Primera Instancia).

TPIY. (2004). *Prosecutor vs. Blaskic*. (Sentencia de Apelación).

TPIY. (2000). *Prosecutor vs. Kordic*. (Sentencia de Primera instancia). IT-95-14/2-T.

TPIY. (2001). *Prosecutor vs. Kordic y Cerkez*. (Sentencia de Primera Instancia).

TPIY. (2004). *Prosecutor vs. Kordic y Cerkez*. (Sentencia de Apelación).

TPIY. (2001). *Prosecutor vs. Kunarac et al.* (Sentencia de Primera Instancia).

TPIY. (2002). *Prosecutor vs. Kunarac*. (Sentencia de Apelación).

TPIY. (2002). *Prosecutor vs. Kunarac et al.* (Sentencia de Apelación).

TPIY. (2003). *Prosecutor vs. Stakic*. (Sentencia de Primera Instancia). IT-97-24-T.

TPIY. (1997). *Prosecutor vs. Tadic*. (Sentencia de Primera Instancia). IT-94-1-T.

Otras referencias

Corte Penal Internacional. Fiscalía (2003). *Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor*. 5 de septiembre de 2003. [Disponible en: <https://www.legal-tools.org/en/doc/f53870/>]

Corte Penal Internacional. Fiscalía (2007). *Policy Paper on the Interests of Justice*. 1 de septiembre de 2007. [Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/IC-COTPIInterestsOfJustice.pdf>]

- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2010). *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*. 4 de octubre de 2010. [Disponible en: https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf]
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2013). *Policy Paper on Preliminary Examinations*. 1 de noviembre de 2013. [Disponible en: https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Pages/draft%20policy%20paper%20on%20preliminary%20examinations.aspx]
- Corte Penal Internacional. Fiscalía (2016). *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*. 15 de septiembre de 2016. [Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-case-selection-and-prioritisation>]
- Comisión Europea (2007). Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Bruselas, 18.6.2007, COM (2007) 328 final
- Comisión Europea (2014). *Special Eurobarometer 397. Corruption. Report*, [Disponible en: http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf].
- Consejo de Europa (1999). *Explanatory Report on the Criminal Law Convention on Corruption*. Estrasburgo: Council of Europe Press.
- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2009). *La corrupción y los derechos humanos* (Mexico: International Council on human Rights).
- International Crisis Group. (2012). ‘Desmantelar los nuevos grupos armados en Colombia: lecciones de un sometimiento’. En *Informe sobre América Latina*. Núm. 41.
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1503 (2003).
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1534 (2004).
- Naciones Unidas (2002). Report of the World Summit on Sustainable Development.
- Transparencia Internacional (2018). *Exporting Corruption. Progress Report 2018: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*.

Quinta Parte

**NUEVAS EXPERIENCIAS EN
MATERIA DE LUCHA CONTRA LA
CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO
INTERNACIONAL. PARTICULAR
ATENCIÓN A SU EFICACIA EN
LA PERSECUCIÓN PENAL DE
LA CORRUPCIÓN ASOCIADA
AL CRIMEN ORGANIZADO
TRANSNACIONAL**

Capítulo XVIII

**EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN
UNIVERSAL: ¿PUEDE SER UN
MECANISMO ADECUADO PARA
INCREMENTAR LA EFICACIA EN
LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA
CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN
ORGANIZADO TRANSNACIONAL?**

Antonio Varón Mejía
Andrés Sánchez Sarmiento
Clara Esperanza Hernández Cortés*

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la corrupción como crimen transnacional, si bien no es una problemática nueva, ha estado cada vez más bajo el ojo de la opinión pública, debido a los múltiples escándalos globales que se han venido destapando en las últimas décadas. El Estado tiene la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos huma-

* La presente contribución se inscribe dentro del proyecto de investigación ‘La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado’ (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación ‘Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos’, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Su elaboración contó con el apoyo en investigación de los miembros de la Clínica Jurídica Internacional 2020 de la Universidad del Rosario: Daniela Bohórquez Murcia, Daniela Corradine, Federico Freydel Mesa, Andrés Felipe Lema González y Gabriela Velázquez Medina, y de sus monitoras académicas, Sofía Linares Botero y Luisa Fernanda Villarraga Zchommler, bajo la dirección del Prof. Héctor Olasolo Alonso.

nos de los ciudadanos y de los individuos dentro de su jurisdicción, no obstante, cuando la corrupción es frecuente o sistémica, la desviación de los recursos públicos en pro de intereses privados impide la promoción y protección de estos. En otras palabras, la corrupción actúa en detrimento de la obligación del Estado de ofrecer el conjunto de bienes y servicios que garanticen el disfrute efectivo de derechos, la dignidad, la seguridad y una amplia gama de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, incluso el derecho a la vida (Asamblea General R. 70/1, UN Doc. A/RES/70, 2015).

Como lo establecen Barkhouse, Hoyland & Limon (2018), hay una desconexión significativa entre el rechazo social a estas prácticas y las acciones eficaces para hacerle frente. Esto se hace evidente en el reducido número de casos exitosos en contra de responsables de corrupción a nivel mundial —tanto en materia civil o penal— y el escaso número de víctimas que han podido acceder a mecanismos efectivos de reparación como consecuencia de hechos de corrupción.

Si bien no hay una única causa, existen posibles razones que propician el desarrollo, permanencia y ampliación de la corrupción. Según Barkhouse, Hoyland & Limon (2018), la primera es que la corrupción es en un “delito invisible”, en comparación con el terrorismo, por ejemplo. Sus efectos y posibles responsables —directos e indirectos— se difuminan en amplias cadenas delictivas, de acciones u omisiones, que, analizadas individualmente, no representan desmedros significativos del erario, ni propician un ambiente generalizado de inseguridad o terror en la sociedad; al contrario, tienden a normalizarse en tanto que situaciones que, si bien son repudiadas, son concebidas en algunos casos como irremediables. Como sostiene Velasco Núñez (2010) “el papel concreto en la ejecución global de cada específico componente (de la corrupción) no deja conocer el conjunto de la acción así fragmentada y atomizada que, es por ello, más difícil de prevenir, evitar, probar y castigar”.

En segundo lugar, la lucha contra la corrupción implica altos costos tanto financieros como políticos, a nivel nacional e internacional, en comparación con otro tipo de conductas como tráfico ilícito de estupefacientes o trata de personas (Barkhouse, Hoyland & Limon, 2018). Al respecto, sostiene Dell (2020) que, en la medida en que las altas esferas del poder político se encuentren involucradas en acti-

vidades de corrupción, aun cuando se logre el desmantelamiento de estructuras criminales que se dedican a la gran corrupción transnacional, nunca se llegará a enfrentar una justicia efectiva contra ellos.

En tercer y último lugar, la corrupción, desde una perspectiva internacional detenta un común denominador con los delitos mencionados anteriormente que es su condición de transnacionalidad¹. Esto ha implicado grandes desafíos de cooperación y coordinación interestatal que se han materializado a través de la potestad regulatoria de los Estados, mediante instrumentos internacionales vinculantes como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que exhorta a los Estados a implementar medidas legislativas, administrativas y de cooperación internacional para prevenir, investigar y juzgar crímenes relacionados con prácticas de corrupción². A pesar de que las iniciativas convencionales de lucha contra crímenes transnacionales han incorporado ingentes esfuerzos de cooperación a través de mecanismos judiciales de persecución, judicialización o extradición de responsables, no se ha encontrado aún una respuesta judicial efectiva contra este tipo de delitos.

Se han planteado alternativas en el campo del derecho internacional para este fin que incluyen la extensión de la jurisdicción de la

¹ La transnacionalidad del delito se aprecia en que ningún continente se ha librado de tener escándalos de gran corrupción interconectados a nivel transnacional. Numerosos casos se han presentado alrededor del mundo; el caso de Odebrecht y Petrobras (empresas originarias de Brasil) y el fuerte fenómeno de corrupción que actualmente atraviesa Venezuela, en Latinoamérica; el caso de Siemens (de origen alemán) y el caso Gürtel (en España) en el continente europeo; el escándalo de los jades ilegales en Myanmar, los sobornos de Azerbaiyán a la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa y el problema de las basuras en Líbano en oriente medio la gran corrupción en Estados como Guinea Ecuatorial, Túnez, y Sudáfrica, en tierra africana; y escándalos globales de corrupción pública y privada como el de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) o los Panama Papers (Transparency International, 2019)

² Al respecto ver, En esa misma línea a nivel regional, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), el Convenio de la Unión Europea contra la Corrupción con la Implicación de Funcionarios (1997), las Convenciones de Derecho Penal y Derecho Civil contra la Corrupción del Consejo Europeo (1999), la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (2003), y la Convención Árabe Anticorrupción (2010), han establecido la necesidad a nivel universal y regional, de afianzar una red de apoyo global que permita hacerle frente

Corte Penal Internacional, la creación de tribunales internacionales que se encarguen específicamente de este tipo de crímenes y órganos transnacionales de persecución penal que se encarguen de investigar y combatir a las diferentes organizaciones criminales que cometan actos de corrupción. Incluso, hay quienes se han preguntado si la figura de jurisdicción universal (en adelante, “JU”) podría ser una respuesta adecuada en el marco de la lucha contra la corrupción internacional (Maharaj, 2015).

Esta última posibilidad despierta grandes interrogantes respecto a su posible extensión y aplicación en la materia, especialmente cuando actualmente no existe unidad de criterios en torno a su aplicación para todos los delitos que comportan elementos de transnacionalidad, y las dificultades conceptuales entre los principios *aut dedere aut iudicare* (en adelante, “ADAJ”) y de JU.

El presente capítulo pretende examinar la figura de la JU para determinar si existen fundamentos jurídicos suficientes que permitan afirmar que este principio sea un mecanismo que, en la práctica, pueda ser utilizado para luchar eficazmente contra la corrupción transnacional. Adicionalmente, se abordará la obligación ADAJ, por cuanto es una figura que tiene relación con la JU y es necesario esclarecer el alcance de cada una de ellas.

El capítulo está dividido en cinco partes. La primera aborda algunas definiciones y fuentes de los principios ADAJ y de JU; la segunda reflexiona en torno a los vínculos y diferencias entre la JU y el ADAJ; la tercera parte describe el desarrollo que estos principios han tenido en el marco de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI); la cuarta parte aborda el tratamiento que las legislaciones internas le ha dado al principio de la JU en aras de determinar si existen elementos que permitan evidenciar una *opinio juris* en materia de aplicación de la JU al delito de corrupción; la quinta parte hace hincapié en reflexiones doctrinales en torno a la posibilidad de aplicar la JU al delito de corrupción. El capítulo finaliza con una breve sección de conclusiones donde se responde a la pregunta planteada en el título.

1. JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y PRINCIPIO DE EXTRADITAR O JUZGAR

1.1. Definición y fuentes de la jurisdicción universal

De acuerdo con el informe del Relator Especial de la CDI Zdzislaw Galicki (2006), la JU es la capacidad del tribunal de cualquier Estado de juzgar por delitos cometidos fuera de su territorio a personas no vinculadas con ese Estado por la nacionalidad del sospechoso o de las víctimas o por un daño cometido contra los propios intereses nacionales del Estado.

En el año 2010, la CDI definió el principio de JU como la competencia para investigar y procesar a presuntos delincuentes o criminales y sancionarlos en caso de que fuesen encontrados culpables, independientemente del lugar en donde se hubiese cometido el crimen y sin importar cualquier tipo de vínculo (activo o pasivo) relativo a la nacionalidad, o cualquier otro fundamento o justificación para adquirir jurisdicción reconocida por el derecho internacional (CDI, 2010, p. 420, párr. 72). De esta manera, la JU se funda en la costumbre internacional y es ejercida sobre crímenes internacionales definidos en el derecho internacional, dentro de los cuales están la piratería internacional, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones serias del derecho internacional humanitario, con la posibilidad de extender la jurisdicción a otros delitos (CDI, 2010, p. 420, párr. 73).

Al respecto, Randall (1988) calificó la JU como un concepto jurídico propio del derecho internacional que autoriza a los Estados a ejercer su jurisdicción para perseguir crímenes frente a los cuales carecen de cualquier tipo de nexo tradicional, facultando al Estado para su procesamiento. Así las cosas, la JU implica el ejercicio de la potestad soberana del Estado para extender su jurisdicción respecto de cierto tipo de conductas, en defecto de cualquier tipo de vínculo jurídico que tradicionalmente le conferiría jurisdicción (nacionalidad del autor o territorialidad).

La CDI hace una diferencia entre el principio de la universalidad de la represión y el de JU. La universalidad de la represión significa que, como consecuencia de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar entre los Estados interesados, no haya ningún lugar en que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y

encontrar lo que se ha llamado un «refugio seguro», mientras que la JU implica exclusivamente la capacidad del ejercicio de actos de *iure imperii* que se extienden más allá de las fronteras territoriales del Estado en pos de la defensa de intereses de la Comunidad Internacional en su Conjunto (CIESC).

Esta capacidad soberana del Estado es susceptible de materializarse en obligaciones concretas de extraditar o juzgar, pero no son las únicas consecuencias de su ejercicio. Así, Gómez-Benítez (2006) considera que “el derecho internacional desarrolló el principio ADAJ solamente como una expresión razonable de la JU” (p. 41). En ese mismo sentido, Ambos (2007) determina que la JU se deriva de un *ius puniendi* originario del Estado sobre crímenes que afectan a toda la comunidad internacional, lo cual implica que todos los Estados tienen jurisdicción para hacerse cargo. En ese orden de ideas, en el marco de la JU, el Estado representa los intereses de la CIESC, respecto de crímenes que lesionan intereses especialmente protegidos, algunos de los cuales tienen la condición de *ius cogens*.

La JU forma parte del derecho internacional consuetudinario, aunque también está plasmada en tratados, legislaciones y jurisprudencias nacionales. En cuanto a las fuentes jurídicas de las cuales se desprende este principio, no existe unanimidad de criterios. De un lado, están quienes consideran que la JU nace de una obligación de carácter convencional, obligatoria para todo Estado que la acepta (ICRC, 2014) y, por el otro, aquellos que la ubican jurídicamente en la costumbre internacional (Kress, 2006; Langer, 2010).

No obstante, existen posturas intermedias que consideran que este principio opera tanto en tratados internacionales como en normas consuetudinarias. Al respecto, Human Rights Watch (HRW) (2009) aborda la JU como principio convencional consagrado en algunos tratados internacionales, entre ellos, las Convenciones de Ginebra de 1949³, la Convención contra el Apartheid de 1978⁴, la Convención contra la Tortura de 1984⁵ y la Convención contra la Desaparición

³ Artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra (ICRC, 2014).

⁴ Artículo IV de la Convención contra el Apartheid.

⁵ Artículo 6 de la Convención contra la Tortura Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Forzada de 2006⁶. No obstante, lo incluye también como propio de la costumbre internacional, como la capacidad que detentan los Estados para judicializar a los perpetradores de crímenes considerados de trascendencia internacional, es decir, los crímenes internacionales—crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el genocidio específicamente.

1.2. Principio de extraditar o juzgar (ADAJ)

1.2.1. Definición y fuentes de ADAJ

De conformidad con la definición dada por Amnistía Internacional (2001), se entiende por ADAJ

“[l]a exigencia al Estado frente a una persona sospechosa de haber cometido determinadas categorías de delitos, de ejercer su jurisdicción (lo que incluiría necesariamente la JU en determinados casos) ya sea extraditándola a un Estado que sea capaz de hacerlo —y esté dispuesto a ello— o entregándola a un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre el sospechoso y el delito”.

Se trata de una obligación que contraen los Estados, la cual les exige extraditar o judicializar a todo aquel que haya cometido algún crimen, de acuerdo con el derecho internacional convencional y/o una norma de derecho interno (Tiribelli, 2009).

La regulación de la ADAJ implica un fenómeno esencialmente convencional que se manifiesta en el ejercicio de voluntad soberana del Estado al momento de suscribir un tratado internacional e incorporarlo como obligación en su legislación interna, lo cual lo obliga juzgar a todo perpetrador de determinado crimen que se encuentre en su territorio o a conceder su extradición una vez que otro Estado se lo solicite. Sin embargo, algunos autores consideran que esta obligación encuentra su fundamento jurídico en la costumbre internacional o incluso en el *ius cogens* (Tiribelli, 2009), mientras que para un tercer grupo de autores aseguran que, si bien su fuente es convencional, se

⁶ Artículo 10 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

encuentra en proceso de cristalización hacia una norma consuetudinaria aplicable a ciertos crímenes (Sosa, 2015; Servín, 2018)⁷.

En consecuencia, si bien la opinión de que los tratados constituían la fuente de la obligación de extraditar o enjuiciar logró en el pasado un consenso general, se ha sugerido a la Comisión explorar el posible estatus consuetudinario de la obligación, al menos con respecto a algunas categorías de delitos (como los crímenes de derecho internacional (CDI, 2011)).

2. VÍNCULOS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS PRINCIPIOS DE JU Y ADAJ

La doctrina ha puesto de relieve el vínculo directo existente entre la institución de la JU y el principio ADAJ. Es así como Broomhall (2001) considera que “los tratados que establecen un régimen de «jurisdicción universal» normalmente definen un delito y luego obligan a todas las partes a investigarlo y (si corresponde) a enjuiciarlo o extraditar a los sospechosos a una parte que esté dispuesta a hacerlo. Esa es la obligación de ADAJ (extraditar o juzgar). Como lo esbozan diferentes autores que se han encargado de estudiar estos principios, ambos han sido concebidos como herramientas para fortalecer la lucha contra la impunidad (Sosa, 2013; Mejía, 2016).

Sin embargo, para Castelos (citado en Sosa, 2013) y Tiribelli (2009) son figuras diferentes que, si bien pueden convivir en un mismo instrumento internacional, no tienen las mismas características, no se activan de la misma manera y pueden tener consecuencias prácticas diferentes. Igualmente, Ambos (2007) sostiene que la obligación ADAJ representa una justicia criminal supletoria basada en un *ius puniendi* derivado, a partir del cual el Estado que ejerce el ADAJ lo hace

⁷ Servín (2018) afirma es probable que la obligación de juzgar o extraditar se haya cristalizado como costumbre internacional, pero únicamente frente a graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1948. Esto, en virtud de la aceptación generalizada que estos han tenido. No obstante, no es posible afirmar que este sea el caso para todos los crímenes internacionales, ni frente a aquellos tratados internacionales que no gozan con tal grado de aceptación en la comunidad internacional.

en representación de otro Estado, en nombre del cual ejerce dichas actuaciones (pp. 290-291). No se trata de una titularidad otorgada desde la condición de Estado parte de la CIESC como en el caso de la JU, sino como manifestación del principio de cooperación judicial para la persecución, judicialización y extradición de criminales, en donde supletoriamente uno o varios Estados actúan en representación de otro Estado en situaciones en la cuales el primero no puede ejercer su jurisdicción exclusiva.

3. DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE JU Y ADAJ A PARTIR DE LOS TRABAJOS DE LA CDI

A la luz del memorándum '*Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction: Memorandum submitted by the Secretary-General*' de la primera sesión de la CDI de 1949, se puede analizar que el principio de JU es un asunto de debate desde hace más de 70 años. Frente a este principio, los Estados han sentado su posición a favor y en contra. Aquellos a favor del principio de JU sostenían que, en la mayoría de las ocasiones, son los agentes del Estado quienes realizan este tipo de conductas, y es por esa razón que no se van a juzgar a ellos mismos por los crímenes que cometieron, pues su principal propósito es la impunidad. En este orden de ideas, exponían que era necesario que las autoridades de otro Estado tuvieran la posibilidad de investigar, enjuiciar y sancionar a los autores. Adicionalmente, afirmaban que, por ejemplo, el crimen de genocidio era formalmente un crimen internacional, y por esta razón era natural aplicar el principio de represión universal (CDI, 1949, p. 144).

Por otro lado, aquellos que se oponían afirmaban que una represión universal iba en contra de los principios tradicionales del derecho internacional, y que se violaría la soberanía de un Estado si se le permitía a una corte o tribunal castigar los crímenes cometidos por extranjeros y que se llevaron a cabo fuera de su propio territorio. Asimismo, el principio de JU llevaría a que las cortes nacionales juzgaran actos realizados por gobiernos extranjeros, generando una enorme tensión internacional. Por último, argumentaban que el principio de JU podría llevar a que las cortes nacionales ejercieran autoridad sobre naciones extranjeras de manera arbitraria y sesgada (CDI, 1949, p. 145).

En medio de este contexto, en 1950 se propuso la creación de un código penal internacional que recogiera aquellos crímenes que afectan a la CIESC, y a su vez la de una jurisdicción penal de carácter universal que permitiera abordar los siguientes crímenes: (a) crímenes en contra de la paz; (b) crímenes de guerra; (c) crímenes de lesa humanidad; (d) genocidio; (e) otros crímenes indeterminados sobre los cuales se puede conferir jurisdicción a una corte penal internacional a través de convenciones internacionales. Estos últimos podrían ser la piratería, el tráfico de esclavos, el tráfico de mujeres y niños, el narcotráfico, la falsificación de monedas, la circulación de publicaciones obscenas, terrorismo y daño a cables submarinos (CDI, 1950, p. 13-15).

A pesar de esta propuesta, solo hasta 1983, treinta años después, se retomó la discusión relativa a la JU a través de la discusión sobre qué ofensas contra la paz y la seguridad deberían codificarse. En esta sesión se estableció que no es posible aplicar un principio de JU a los crímenes políticos, pues existe una variedad inmensa de sistemas políticos e ideológicos y la relatividad en este asunto genera muchos problemas. El criterio político no puede, por tanto, ser el adecuado para determinar qué categorías de crímenes constituyen una ofensa contra la paz y la seguridad (CDI, 1983, párr. 37-38).

La CDI resaltó que hay delitos de carácter nacional que pueden ser de interés internacional debido a sus efectos, tales como el narcotráfico, y que estos podrían hacer parte del establecimiento de una jurisdicción internacional, aunque la discusión no estaba cerrada y debía continuar (CDI, 1983, párr. 61-77). En 1988 existió un amplio debate dentro la Comisión con respecto al principio de JU, así como su implementación y relación con la extradición. Persistía también el cuestionamiento de si era necesario crear una corte penal internacional, o un tribunal mixto que conociera de estos asuntos o incluso que se implementara el principio de JU. El debate fue extenso, pues no era muy claro si estas tres propuestas generaban contradicciones legales, así como costos elevados y dificultades profundas a la hora de determinar quién tiene jurisdicción. Así pues, se concluyó en esta sesión que era importante la implementación de una corte penal internacional que funcionara y operara en virtud de una delegación que le hiciera la CIESC. Se concluyó también que, en caso de que se llegara a implementar el principio de JU, este jamás estaría en conflicto con la jurisdicción ejercida por esta corte penal internacional (CDI, 1988, p. 277, párr. 3).

3.1. Jurisdicción universal (JU): entre la inmunidad y lucha contra la impunidad

Otra discusión importante ha sido sobre el principio de JU en contraste con el régimen de inmunidades del que gozan los agentes diplomáticos y estatales. En múltiples casos domésticos se ha ejercido la JU respecto de funcionarios extranjeros. En algunos de estos casos, los acusados eran personas que gozaban de inmunidad personal y otros de inmunidad funcional (CDI, 2010, p. 421, párr. 75).

La CDI concluyó con una serie de recomendaciones con respecto a la relación que existe entre el principio de JU y el régimen de inmunidades de los agentes oficiales y diplomáticos. En primer lugar, aquellas autoridades judiciales nacionales que estén considerando ejercer la JU sobre oficiales del Estado que presuntamente cometieron un crimen internacional, tienen la obligación de tener en cuenta todas las inmunidades de las que goza el sujeto en cuestión bajo el derecho internacional, y consecuentemente, están obligados a abstenerse de investigar y enjuiciar a aquel funcionario que goza de inmunidades. En otras palabras, la aplicación de la JU no excluye la inmunidad (CDI, 2010, p. 421, párr. 76). Además, incluso si ciertas inmunidades (al menos, las funcionales) no se aplican en caso de crímenes internacionales centrales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra), como se deduce del informe de 2016 de la Relatora de la CDI sobre la Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, lo cierto es que esto no sería aplicable a delitos transnacionales como la corrupción (RECDI, A/CN.4/701, 2016; Olasolo, Martínez y Quijano, 2020). En segundo lugar, cuando se esté ejerciendo el principio de JU sobre crímenes internacionales graves, los Estados deben tener en cuenta la necesidad de mantener las buenas relaciones entre ellos (CDI, 2010, p. 425, párr. 91).

A pesar de las múltiples controversias que versan sobre el tema, los Estados parecen estar de acuerdo con la legalidad del principio (al menos en algunas circunstancias), y con el hecho de que es una herramienta muy útil en la lucha en contra de la impunidad. Numerosos tratados obligan a los Estados a establecer y ejercer jurisdicción nacional sobre ciertos delitos. Estos delitos son, entre otros: el genocidio (en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948), las violaciones graves de las Convenciones de

Ginebra de 1949 (crímenes de guerra) y de su Protocolo Adicional I de 1977, así como la tortura, en virtud de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984. Desafortunadamente, estos son los únicos elementos sobre los cuales se llegó a algún tipo de acuerdo sobre el principio de JU (CDI, 2018, p. 309, párr. 7).

Los principales desacuerdos están en tres aspectos relevantes: (i) la definición del concepto de JU, incluyendo su distinción o diferenciación con otros conceptos relacionados; (ii) el alcance de la JU, así como una lista de crímenes que justifiquen el ejercicio del dicho principio, y qué tan larga o que tan corta sería esta lista; (iii) los parámetros de aplicación del principio de JU, incluyendo las condiciones para su aplicación; (iv) los criterios que se deben usar para su ejercicio, así como sus aspectos prácticos y procesales, incluyendo el cuestionamiento de si es necesaria la presencia del sujeto en el territorio para iniciar las investigaciones o para la toma de otro tipo de medidas en contra de él; (v) la función de los sistemas judiciales nacionales; (vi) la naturaleza de la interacción con otros conceptos del derecho internacional; (vii) la asistencia y cooperación internacional, incluyendo la cuestión del apoyo mutuo legal y técnico, así como la cooperación con respecto a problemas de criminalidad en el nivel horizontal; y (viii) su interacción con el deber (generalmente basado en tratados internacionales) de extraditar o procesar —*ADAJ*— en relación con ciertos crímenes, así como su relación con el principio de complementariedad del Estatuto de la CPI (CDI, 2018, p. 310, párr. 8).

Dicho esto, la discreción política con la que cuentan los Estados y su decisión de invocar o no el principio de JU para iniciar un proceso penal, es probablemente la controversia más grande que rodea a este el principio. El grupo de Estados africanos, latinoamericanos y caribeños han sido los mayores opositores y críticos de este principio, porque alegan que los nacionales de Estados menos poderosos son el verdadero objetivo de este principio, mientras que los nacionales de Estados más poderosos se ven, generalmente, exentos de escrutinio e investigación. Esto se refleja también en algunos reportes donde se plantea que el principio de JU se termina por utilizar selectiva y arbitrariamente por parte de los Estados (CDI, 2018, p. 310, párr. 9).

En cambio, otros Estados (particularmente de Europa occidental) como Bélgica, Francia y España sostenían que el ejercicio de este principio es totalmente coherente con los principios del derecho internacional y debe entenderse como baluarte vital de la lucha en contra de la impunidad por la comisión de los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, sobre todo si se tiene en cuenta que el Estado territorial en donde se cometieron los crímenes es con frecuencia renuente o incapaz de investigarlos y enjuiciarlos (CDI, 2018, p. 310, párr. 9). Ante esta situación, la CDI ha resaltado la necesidad de hacer un estudio más profundo sobre la materia (CDI, 2018, p. 310, párr. 9).

3.2. *Desarrollo del principio ADAJ en la CDI*

En cuanto al desarrollo del principio ADAJ, la CDI establece dos tipos de enfoques orientados. Por un lado, identificar el desarrollo progresivo y la codificación que ha tenido el principio ADAJ en el derecho internacional, a través de su incorporación en tratados internacionales vinculantes para los Estados. Por otro lado, determinar posibles sus vínculos con categorías normativas especiales como es el caso de las normas de *ius cogens* dentro las cuales está implícito un contenido de obligatoriedad.

En lo que respecta a la codificación, los informes de la CDI establecen la reiteración de una fórmula que denominan la “Fórmula de La Haya” del principio ADAJ en un gran número de tratados internacionales, como el artículo 7 de la Convención de La Haya para la Supresión de la Incautación Ilegal de Aeronaves (1970) (CDI, 2013, p. 94, párr. 16). Esta fórmula consiste en enviar un determinado caso a las autoridades nacionales competentes para que procesen al presunto perpetrador de un delito, cuando el Estado decida no extraditarlo (da Rocha Ferreira, Carvalho, Graeff Machry y Vianna Rigon, 2013). Igualmente, en el Anexo I del Informe de la CDI en su periodo 65, se menciona la importancia de que esta fórmula ha servido como base para la inclusión del principio ADAJ en convenciones posteriores, en temas como terrorismo, corrupción, y desaparición forzada, entre otras (CDI, 2013 p. 94, párr. 16).

Del mismo modo, en el Artículo 9 del Borrador de Código de Crímenes en Contra de la Paz y Seguridad de la Raza Humana contiene

la obligación de extraditar o enjuiciar. Sin embargo, se establece la misma en el marco de delitos tales como: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes en contra de las Naciones Unidas y su Personal⁸. Aunque la CDI, en la disposición citada, ha reconocido la existencia de la obligación en cuestión, lo ha hecho exclusivamente en relación con un grupo de delitos estrictamente limitados y definidos, descritos en general como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (con exclusión del “crimen de agresión”) (CDI, 2004 p. 315, párr. 12-13).

En cuanto a la naturaleza *ius cogens* de la obligación ADAJ se han señalado varios aspectos. De un lado, las reflexiones realizadas por algunos Estados en torno a los informes del Relator Especial (RE), en las cuales se manifiesta la posibilidad de que el principio ADAJ sea también una norma de *ius cogens*, y la respuesta negativa del RE al respecto. Así, para este último, aunque el ADAJ puede encontrarse tanto en los tratados como en el derecho internacional consuetudinario, su condición de *ius cogens* no puede explicarse simplemente en función de la práctica y la *opinio juris*. Además, si la obligación ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario, eso sólo ha ocurrido con respecto a un determinado número de delitos (CDI, 2007).

En definitiva, si bien el RE no afirma la condición netamente consuetudinaria del principio ADAJ, si deja una posibilidad abierta en este sentido en el Reporte de 2008, por lo que la Comisión ha reiterado su intención de estudiar el alcance, límites y aplicación del ADAJ en crímenes centrales bajo el derecho internacional, y la posibilidad de una práctica ulterior que permitiera su aplicación a otros delitos, como la corrupción o el lavado de activos. (CDI, 2008).

⁸ *Article 9. Obligation to extradite or prosecute.* Without prejudice to the jurisdiction of an international criminal court, the State Party in the territory of which an individual alleged to have committed a crime set out in article 17,18,19 or 20 is found shall extradite or prosecute that individual.

4. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JU Y ADAJ EN DIFERENTES LEGISLACIONES INTERNAS

Un examen general del empleo de los dos principios estudiados en las legislaciones internas de diferentes Estados permite esclarecer cuál ha sido su ámbito de aplicación real, y si aquellos crímenes transnacionales correspondientes al fenómeno de la corrupción transnacional han sido o podrían ser judicializados mediante estos. Así mismo, permite verificar si existe un número significativo de Estados que los estén aplicando y por tanto evidenciar una opinión *juris emergente* en la materia.

4.1. Países europeos

Diferentes países europeos han introducido la JU y/o la obligación ADAJ en sus sistemas normativos. Uno de los casos más amplios en materia de JU es el belga. De acuerdo con Reydam (2003), este Estado incorporó a su legislación interna, en 1993, la “Ley sobre jurisdicción universal”, la cual permitía la persecución penal sobre crímenes de guerra, sin importar la nacionalidad del presunto autor, el lugar de la comisión de los hechos o la nacionalidad de la víctima; incluso, se entendió que se podían perseguir crímenes de esta naturaleza sin que el presunto responsable se encontrara en el territorio belga (de acuerdo con lo discutido durante los procedimientos parlamentarios en el senado durante los debates llevados a cabo en abril de 1991) (ICRC, s.f.). En consecuencia, las disposiciones normativas adoptadas habilitaban al Estado belga a ofrecer su apoyo y protección a las víctimas en los casos en los que se configuraran estos crímenes internacionales, permitiéndoles de esta manera enfrentar a sus victimarios.

Posteriormente, en 1999, se extendió la JU a crímenes de lesa humanidad y genocidio por medio de una reforma legislativa y se estableció que, frente a la comisión de estas tres categorías de crímenes internacionales, los jueces belgas no tendrían que reconocer ningún tipo de inmunidad sobre la persona investigada y/o judicializada (ICRC, s.f.) —aunque esta última disposición fue removida tras el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la República Democrática del Congo v. Bélgica, en el que la CIJ determinó que los Estados

no pueden obviar las inmunidades reconocidas por el derecho internacional (CIJ, caso RDC v. Bélgica, 2000).

No obstante, esta Ley generó tensiones políticas con otros Estados, entre ellos, con los Estados Unidos de América (HRW, 2003). Esto, debido a que apareció la posibilidad de que Bélgica prestara asistencia a víctimas de crímenes de guerra cometidos por miembros de las fuerzas armadas estadounidenses en Irak o Afganistán (ICRC, s.f.; Reydam, 2003). Frente a las diferentes presiones políticas ejercidas, la ley fue derogada en el 2003 (HRW, 2003; Reydam, 2003). Esto resultó en una limitación importante del principio de JU frente a los crímenes que se consagraban dentro de la Ley en cuestión, de manera que, a partir de entonces, solo se pueden iniciar investigaciones en ejercicio de esta figura cuando así lo haya autorizado el fiscal federal. Además, los procesos de responsabilidad civil por estos crímenes internacionales únicamente podrán adelantarse cuando hayan sido cometidos, al menos parcialmente, en territorio belga, o cuando el presunto responsable resida, o haya residido, durante un periodo de tiempo importante en Bélgica (*Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction*, s.f.).

A pesar de estas limitaciones, el Código Penal belga aún reconoce el ejercicio del principio de JU sobre los crímenes internacionales reconocidos tradicionalmente por la costumbre internacional (*Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction*, s.f.), siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos adoptados en 2003. Adicionalmente, el Estado belga ha indicado expresamente ante la Asamblea General de las Naciones Unidas que su legislación nacional reconoce el ejercicio de la JU frente a otros delitos, a saber, los delitos de naturaleza sexual cometidos contra menores, trata de personas, mutilación genital femenina, terrorismo y corrupción, así como cualquier otro acto criminal frente al cual exista una obligación internacional convencional o consuetudinaria (*Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction*, s.f., párr. 16). Lo anterior claramente indica que la corrupción (así como otros crímenes transnacionales) pueden ser objeto de persecución penal en Bélgica en aplicación del principio de JU.

En materia jurisprudencial (nacional e internacional), Bélgica también ha sido uno de los Estados que ha ejercido la JU y el principio ADAJ, sin que esto haya estado libre de controversias. De hecho, la CIJ ha conocido de dos disputas jurídicas iniciadas debido a que Bélgica quería iniciar procesos penales bajo estos principios. Por un lado, está el mencionado caso de la República Democrática del Congo v. Bélgica (2000), en el que se discutió la orden de arresto proferida por las autoridades belgas contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores, el Sr. Abdoulaye Yerodia Ndombasi, por graves violaciones contra el derecho internacional humanitario. Bélgica pretendía que la RDC entregara al acusado a las autoridades belgas, de manera que estas pudieran juzgarlo por los delitos imputados, cosa que la RDC se negó a hacer⁹.

Por otro lado, la CIJ falló también en el caso de Bélgica v. Senegal (2012), en el cual Bélgica demandó a Senegal por incumplir sus obligaciones internacionales adquiridas al ratificar la Convención contra la Tortura, por no haber juzgado ni extraditado al ex presidente de Chad, el Sr. Hissène Habré (el cual residía en su territorio tras solicitar asilo), que presuntamente había cometido crímenes de lesa humanidad y actos de tortura durante su presidencia¹⁰.

Bélgica también ha ejercido la JU sobre crímenes cometidos durante el genocidio de Ruanda, Guatemala, Chad y Liberia (HRW, 2003; Trial International, 2019). Si bien estos casos no reflejan ningún tipo de práctica frente a los delitos de corrupción (que son nuestro objeto de estudio principal), es importante denotar que Bélgica ha sido un Estado altamente activo a la hora de invocar el principio de JU y exigir el cumplimiento de las obligaciones ADAJ, incluso cuando las reformas legislativas de 2003 limitaron considerablemente su ejercicio.

⁹ Este caso fue determinante a la hora de definir cuál era el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal sobre agentes estatales que gocen de inmunidad de acuerdo con el derecho internacional (CIJ, caso RDC v. Bélgica, 2000). No obstante, para efectos de este estudio no es relevante profundizar en su contenido.

¹⁰ Este fallo es emblemático, en la medida en la que no solamente se discutió la existencia de la obligación de ejercer la jurisdicción universal frente a crímenes de tortura, sino que se debatió ampliamente el principio *aut dedere aut judicare* (CIJ, caso Bélgica v. Senegal, 2012). No obstante, su contenido, al igual que el del anterior caso referenciado, excede el objetivo de este estudio, por lo que no se ahondará más en él.

España ha sido otro Estado europeo que ha tenido un desarrollo interesante respecto de la JU. Si bien comenzó con un amplio ejercicio de esta figura, progresivamente fue limitando su utilización, según reconoce el propio Ministerio de Relaciones Exteriores de España (2016). El principio de JU fue reconocido inicialmente en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Esta extendió la jurisdicción penal de una manera considerablemente amplia, contemplando un número importante de escenarios de aplicación de la jurisdicción española con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional, así como en supuestos en los que no existía ningún tipo de vínculo entre España y el delito. Específicamente, en esta Ley se contempló el ejercicio de la JU sobre los crímenes de genocidio, terrorismo, piratería o incautación ilegal de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, crímenes relacionados con la prostitución, narcotráfico, y otros crímenes que España debe juzgar de acuerdo con el derecho internacional convencional o cualquier acuerdo internacional.

Las disposiciones pertinentes (art. 23, par. 4) de esta Ley Orgánica han sido sometidas a seis enmiendas desde su promulgación (Ministerio de Relaciones Exteriores de España, 2016). Las primeras reformas permitieron expandir el ámbito de aplicación de la JU, incluyendo, inicialmente, crímenes como la corrupción de menores o de personas legalmente incapaces, la mutilación genital y el tráfico o contrabando de personas. Posteriormente, si bien la lista se amplió, con el Acto Orgánico No. 1/2009 se incluyó un requisito que antes no se exigía: que existiera algún tipo de vínculo con España (que podría ser la sola presencia de la persona en el territorio nacional)¹¹. Además, se estableció que solamente se utilizaría la JU cuando se cumpliera con el principio de subsidiariedad. Además, la jurisprudencia constitucional española no solo reiteró la importancia de cumplir con estas exigencias, sino que también consideró que todo proceso judicial previo a las reformas a la Ley Orgánica debía suspenderse, si se iniciaban en otros Estados procesos judiciales por los mismos delitos.

¹¹ Antes, ni siquiera era necesaria la presencia de la persona en el territorio para iniciar el proceso, excepto respecto de la mutilación genital femenina.

Finalmente, el Acto Orgánico No. 1/2014, si bien volvió a extender la lista de actos criminales sobre los cuales España puede ejercer el principio de JU (incluyendo la corrupción pública y el crimen organizado), fortaleció el requisito del vínculo con el Estado y la configuración de la subsidiariedad. Además, introdujo un nuevo requisito, de manera que, desde entonces, únicamente se podrán iniciar procesos judiciales a través de esta figura cuando la víctima o la Fiscalía sean quienes asuman la iniciativa de iniciar el proceso (Ministerio de Relaciones Exteriores de España, 2016).

Tras revisar los diferentes marcos normativos en materia de jurisdicción universal se puede considerar que, si bien es cierto que se han venido agregando conductas punibles a la lista de ofensas procesables por medio de la jurisdicción universal, lo cierto es que su utilización se ha limitado de manera importante, por lo que, en la práctica, es considerablemente difícil ejercerla.

España, conocida internacionalmente por haber intentado iniciar uno de los procesos judiciales más relevantes en materia de JU, a saber, el proceso contra el exdictador chileno Augusto Pinochet, poco a poco ha ido debilitando su sistema judicial en la materia que nos concierne, hasta el punto de que Amnistía Internacional (2014) ha manifestado que las dificultades para ejercer la JU, incluso, podían obstaculizar el juzgamiento de crímenes internacionales por esta vía, lo cual podría implicar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado español para combatir su impunidad. Si esta es la suerte de aquellos crímenes que son reconocidos incluso por la costumbre internacional como objeto de la JU, no cabe duda de que poco o nada podrá esperarse del ejercicio de este principio respecto de otros crímenes, como la corrupción pública transnacional o el crimen organizado.

Eslovenia es un caso particularmente importante para el presente estudio. Si bien este Estado nunca ha ejercido el principio de jurisdicción universal, su legislación interna sí contempla la figura y la extiende a diferentes crímenes, entre ellos, la corrupción (SGNU, A/75/151, 2020). Para ejercerla, no obstante, es necesario precisar que la ley eslovaca establece que es necesario que el presunto responsable del crimen se encuentre en su territorio y que no se lleve a cabo una extradición (SGNU, A/75/151, 2020).

Debido a este último requisito, no es claro si se refiere a la posibilidad de que simplemente no haya una solicitud de extradición (en cuyo caso no habría ningún tipo de vínculo jurídico y por tanto podría hablarse del ejercicio de la jurisdicción universal) o a cuando ya exista una solicitud y se rechaza (caso en el que dejaría de ser terreno del principio mencionado y empezaría a operar la obligación ADAJ). En todo caso, cabe subrayar que Eslovenia es uno de los pocos Estados que incluye la corrupción dentro de la lista de posibles delitos sobre los cuales se puede ejercer el principio de JU.

La legislación austriaca, por su parte, extiende la jurisdicción penal del Estado por medio del principio ADAJ. De acuerdo con la Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas (2017), la sección 64 del Código Penal austriaco dispone que crímenes como el secuestro, el tráfico de esclavos, la trata de personas, algunos crímenes sexuales, la tortura, el crimen organizado, los delitos relacionados con el narcotráfico, la piratería aérea y los actos relacionados con el terrorismo pueden ser judicializados por los jueces austriacos cuando el presunto responsable se encuentre en el territorio del Estado y este no pueda ser extraditado.

Esto mismo se extiende a todos los crímenes internacionales reconocidos por el Estatuto de la CPI, a saber, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra y la agresión (sección 64 (1) (4c) del Código Penal austriaco), así como a otros delitos cometidos fuera del territorio del Estado, siempre y cuando estos sean actos criminales de acuerdo con la ley austriaca, el presunto responsable se encuentre en territorio de Austria y no sea posible la extradición por motivos distintos a la naturaleza o carácter del acto (sección 65). En todo caso es importante subrayar que, si bien la jurisdicción austriaca está habilitada para extender su jurisdicción, el código penal es claro en indicar que esto puede hacerse únicamente cuando no sea posible llevar a cabo la extradición (Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas, 2017).

Así mismo, es importante mencionar que la sección 64 (6) reconoce la posibilidad de juzgar otros crímenes frente a los cuales no existan vínculos tradicionales, siempre que exista una obligación jurídica adquirida por medio de un tratado internacional (Misión Permanente de Austria ante las Naciones Unidas, 2017). Además, también es im-

portante destacar en el caso austriaco que extiende la jurisdicción penal sobre posibles crímenes transnacionales (narcotráfico, trata de personas, crimen organizado, piratería aérea y terrorismo).

Por último, conviene aclarar que Austria no solo reconoce el principio de JU, sino que lo ha aplicado en diferentes casos (a pesar de que, aparentemente, no lo haya introducido en su código penal). Por ejemplo, de acuerdo con Trial International (2019), lo ha ejercido para juzgar crímenes de guerra cometidos por miembros del Ejército Libre Sirio (2013-2014), que se encontraban en territorio austriaco como refugiados desde el 2015. Así mismo, también ha sido aplicado para perseguir a oficiales del servicio de inteligencia sirio del régimen de Al-Assad, por presuntamente cometer crímenes de lesa humanidad y de guerra (Trial International, 2019). Esto indica que, sin perjuicio de todo lo mencionado anteriormente respecto del código penal austriaco y la obligación ADAJ, Austria también reconoce la aplicación de la JU, al menos respecto de crímenes internacionales propios del derecho internacional consuetudinario.

En cuanto al Código de Crímenes de Derecho Internacional de Alemania, su artículo primero expresamente enuncia que se podrá ejercer la JU sobre crímenes internacionales reconocidos por el Estatuto de la CPI, es decir, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión (aunque para ejercerla frente a este último es necesario que exista una relación concreta con el Estado alemán) (Misión Permanente de la República Federal de Alemania para las Naciones Unidas, 2017). Sin embargo, no dispone de ningún tipo de extensión de la jurisdicción penal a través de la JU en casos de delitos de corrupción u otros delitos transnacionales similares.

Alemania ha sido uno de los Estados a nivel global que ha empezado a utilizar activamente la JU. A la fecha, ha ejercido su jurisdicción frente a la comisión de crímenes internacionales en Siria, República Democrática del Congo, Iraq, Afganistán y Gaza (Trial International, 2019). Incluso, de acuerdo con Trial International (2019), se inició una investigación preliminar contra oficiales norteamericanos de la CIA por la comisión de actos de tortura y otros crímenes en centros de detención de esta organización.

Dinamarca es otro de los Estados europeos que ha adoptado dentro de su legislación nacional algunas disposiciones que permiten materia-

lizar la JU y la obligación ADAJ. De acuerdo con el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca (2009), el Código Penal danés, en su sección 8, reconoce la JU sobre los crímenes recogidos por el Estatuto de la CPI, siempre que el presunto agresor se encuentre dentro del territorio danés cuando se inicie la investigación. Así mismo, la jurisdicción penal danesa puede juzgar a presuntos perpetradores de otros crímenes que se hayan cometido fuera de su territorio, siempre que se haya negado la extradición (ADAJ) y se cumpla con el requisito de la doble criminalidad. Además, su legislación reconoce que su aparato jurisdiccional podrá conocer de todos aquellos crímenes que se cometan fuera de su territorio cuando así lo exija el derecho internacional convencional y consuetudinario. No obstante, la sección 12 es clara en indicar que la extensión de la jurisdicción del Estado no podrá vulnerar el régimen de inmunidades establecido por el derecho internacional aplicable (Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, 2009).

Otros Estados europeos, como Francia (Código de Procedimiento Penal francés, art. 689-1) (Misión Permanente de Francia ante las Naciones Unidas, 2010), Países Bajos (International Crimes Act, 2003), Suiza (Confederación Suiza, 2018), Portugal (SGUN, A/75/151, 2020), Grecia (SGUN, A/75/151, 2020) y Reino Unido (SGUN, A/75/151, 2020), entre otros, han incorporado la JU en sus ordenamientos jurídicos internos. No obstante, estos países tienen marcos normativos similares a los anteriormente analizados. De igual forma, el principio ADAJ suele estar presente de la misma forma en que lo está en ordenamientos como el danés.

4.2. Países Americanos, asiáticos, africanos y oceánicos

Los principios de JU y ADAJ no son ajenos a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados americanos, asiáticos, africanos u oceánicos. De forma enunciativa, pueden mencionarse algunos Estados que han incorporado en sus legislaciones el principio de jurisdicción universal, a saber: Argentina (SGUN, A/73/123, 2018), México (SGUN, A/73/123, 2018), Canadá (SGUN, A/75/151, 2020) y el Salvador (SGUN, A/75/151, 2020) en América; Australia (SGUN, A/73/123, 2018) en Oceanía; Jordania (SGUN, A/70/125, 2015), Bahreín (SGUN, A/73/123, 2018), Qatar (SGUN, A/73/123, 2018), Malasia (SGUN, A/75/151, 2020) y Turkmenistán (SGUN, A/75/151,

2020) en Asia; y Kenia (SGUN, A/69/174, 2014), Togo (SGUN, A/69/174, 2014) y Senegal (SGUN, A/75/151, 2020) en África. Lo anterior demuestra que existe un interés (al menos aparente) de utilizar esta figura a nivel global.

Respecto de los Estados referenciados, cabe mencionar que Jordania afirma consagrar dentro de su legislación la posibilidad de utilizar el principio de JU frente a crímenes de corrupción y soborno (SGUN, A/70/125, 2015). Sin embargo, no es claro cómo opera la figura dentro de su ordenamiento jurídico, ni cuáles son las condiciones o requisitos necesarios para ejercerla, por ende, sería arriesgado afirmar con total certeza que es posible hacerlo, especialmente tras haber establecido que existe una confusión entre este principio y la obligación ADAJ.

Tras examinar diferentes ordenamientos jurídicos alrededor del mundo para identificar las diferentes modalidades bajo las cuales es posible ejercer la JU, así como el ADAJ, es claro que en materia de crímenes de corrupción transnacional (y en general respecto de los crímenes transnacionales) no ha habido un gran desarrollo. Se han logrado identificar únicamente cuatro Estados que reconocen la aplicación de la figura de la JU sobre los delitos de corrupción, empero, en algunos casos, los requisitos son extremadamente limitantes, y en otros, no es claro cómo operaría o sí, por confusiones conceptuales, se refieren al principio ADAJ. Adicionalmente, no se ha identificado ningún caso en el que se haya pretendido juzgar en alguna de estas cuatro jurisdicciones delitos de corrupción transnacional con base en el principio de JU.

5. POSICIONES DOCTRINALES RESPECTO DE LA POSIBLE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JU A CRÍMENES DE CORRUPCIÓN Y OTROS CRÍMENES TRANSNACIONALES

Antes de abordar en profundidad algunas de las propuestas hechas por la doctrina, es importante reconocer que no existe una extensa literatura en esta materia. Además, como se demostrará a continuación, si bien existen algunas iniciativas teóricas respecto de qué podría hacerse en relación con la aplicación del principio de JU a los delitos

transnacionales, lo cierto es que son posibilidades lejanas y que, en la práctica, no han tenido respaldo hasta el momento.

En primer lugar, algunos autores han expresado que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003) dispuso, en su artículo 42 numeral 4, la posibilidad de ejercer la JU frente a esta categoría de crímenes (Burneo, 2009; Martínez y Vergara, 2015). No obstante, esta afirmación no debe aceptarse como cierta sin antes analizar directamente la disposición normativa indicada. Así, el artículo 42 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), en su numeral 4, dispone:

4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

En principio, es claro que este apartado exhorta a los Estados a adoptar medidas legislativas que le permitan hacer frente a los diferentes delitos consagrados a lo largo de este tratado internacional, pero, lo condiciona al supuesto de hecho en el que el presunto perpetrador se encuentre en el territorio de alguno de los Estados Parte y que este no sea extraditado por dicho Estado. Es fundamental examinar cuál es el sentido que se le quiso dar a esta disposición, para así esclarecer si se quiso autorizar el ejercicio de la JU para judicializar estos actos criminales, o si, por el contrario, se pretendía la adopción de medidas encaminadas a ejercer la obligación ADAJ.

Si este numeral se refiere a que podrán adoptarse las medidas legislativas necesarias para ejercer la jurisdicción penal siempre que no se extradite, incluso cuando no medie siquiera una solicitud de extradición, entonces podría hablarse de JU, debido a que no existiría un detonante que activara una obligación ADAJ; en cambio, si se refiere al escenario en el que exista una solicitud de extradición por parte de otro Estado y esta haya sido negada, en cuyo caso el Estado tendría que judicializar para que los presuntos crímenes no queden impunes, entonces ya no estaríamos en el terreno de la JU, sino de la obligación ADAJ, o a algo similar. Esto, por cuanto el Estado adquiere facultades jurisdiccionales debido a la solicitud y denegatoria de la extradición, y no a la mera presencia del presunto perpetrador.

De acuerdo con la Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención contra la Corrupción (2012):

En el párrafo 4 del artículo 42 se prevé una base adicional no obligatoria para establecer la jurisdicción que los Estados parte tal vez deseen considerar. A diferencia del establecimiento obligatorio de jurisdicción previsto en el párrafo 3, que permite el enjuiciamiento interno en lugar de la extradición de sus nacionales, el párrafo 4 permite establecer jurisdicción respecto de las personas que el Estado parte requerido no extradita por otras razones. (párr. 516)

Tal y como lo establece el mencionado documento, el numeral 4 se refiere a aquellas circunstancias en las que exista una solicitud de extradición y esta sea negada (por cualquier razón distinta a que el presunto autor de los delitos sea nacional del Estado en cuyo territorio se encuentra). Adicionalmente, esta disposición es de carácter facultativo, por lo que no existe una obligación de implementar medidas legislativas para juzgar presuntos perpetradores cuando se nieguen solicitudes de extradición por motivos diferentes al consagrado en el numeral 3 del artículo 42 de la mencionada Convención. En este sentido, tampoco existe una verdadera obligación *ADAJ*, ya que, si el Estado no lo considera oportuno, no tendrá la obligación de legislar para extender su jurisdicción, ergo, podrá no hacerse cargo de los crímenes que el presunto delincuente haya cometido fuera de su territorio ni tendrá necesariamente que extraditar.

Solo puede hablarse de una obligación *ADAJ* real desde el texto del numeral 3 del artículo 42, debido a que esta disposición normativa sí obliga a los Estados Parte a extender su jurisdicción sobre presuntos perpetradores de actos de corrupción cuando estos se encuentren en su territorio y decidan negar la extradición debido a que es uno de sus nacionales¹². Por el contrario, el párrafo 4 del mencionado artículo únicamente sugiere la adopción de medidas para procesar posibles

¹² El texto del numeral 3 del artículo 42 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dice lo siguiente: “A los efectos del artículo 44 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales”.

autores de crímenes de corrupción, sin que el no adoptarlas genere responsabilidad internacional de los Estados.

Todo lo anterior demuestra que, a pesar de que algunos autores se han basado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para afirmar que existen bases jurídicas para utilizar el principio de JU sobre los delitos de corrupción, lo cierto es que esta es una lectura equivocada del mencionado instrumento internacional. Por tal motivo, no se puede hablar de una obligación o una autorización para ejercer esta figura de la manera en la que se ha propuesto, al menos no a la luz de la Convención.

Otro sector de la doctrina ha contemplado la posibilidad de calificar los delitos de gran corrupción como crímenes de lesa humanidad, sin que esto esté libre de controversias (Hava García, 2016). De acuerdo con esta posición, las grandes consecuencias que la corrupción puede generar en la población civil tienen potencialmente la misma gravedad que otras categorías de crímenes de lesa humanidad, por lo que sería posible encuadrarla como tal (Bantekas, 2006; GOPAC, 2013).

Por ejemplo, la Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC) (2013) ha planteado la posibilidad de considerar los casos más graves de gran corrupción como posibles crímenes de lesa humanidad de acuerdo con el artículo 7(1)(k) del Estatuto de la CPI, el cual consagra el crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos. Si bien esta propuesta se hace para expandir la jurisdicción de la CPI y permitirle juzgar crímenes de corrupción, esta posibilidad abriría la puerta para judicializar crímenes de corrupción por medio de la JU (Bantekas, 2006), ya que los crímenes de lesa humanidad están cubiertos por este principio vía costumbre internacional (tal y como se analizó anteriormente).

Esto, no obstante, es una propuesta poco estructurada y sin fundamentos jurídicos sólidos. En primer lugar, ningún tribunal internacional penal ha considerado esta posibilidad ni ha juzgado crímenes de corrupción por medio de la figura de otros actos inhumanos, por lo que la práctica judicial internacional en la materia no provee argumentos para sostener esta posibilidad.

En segundo lugar, tal y como lo menciona la misma GOPAC (2013), no es posible asegurar que los actos de corrupción tengan

una naturaleza jurídica similar a la de otros actos incluidos en el artículo 7(1) del Estatuto de Roma. Esto dificultaría utilizar el literal (k), ya que uno de los elementos específicos de este crimen es que el acto inhumano en cuestión tenga un carácter similar a cualquier otra conducta reconocida como crimen de lesa humanidad de acuerdo con el Estatuto¹³. Por otro lado, existe también la preocupación de que el tratar de extender esta figura para que sea aplicada a los crímenes de corrupción podría generar incomodidades políticas y esto haga que se restrinja más el alcance de este literal (GOPAC, 2013).

Hava García (2016) sigue esta misma línea argumentativa, no obstante, no la limita al literal (k) del artículo 7(1); afirma que existe una importante dificultad, en primer lugar, en considerar los actos de corrupción como verdaderos ataques contra la población civil (elemento contextual general aplicable a todas las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad, de acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma), y posteriormente, habría también problemas a la hora de encuadrar los crímenes de corrupción en una tipología específica de esta categoría de crímenes internacionales.

De esta manera, el considerar la corrupción, y en específico la corrupción transnacional, como un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos o de cualquier otra conducta tipificada en el Estatuto de CPI, implicaría realizar un estudio detallado de cada uno de los elementos constitutivos de esta categoría (tanto los elementos generales como los específicos de cada conducta punible consagrada) y llegar a una conclusión lo suficientemente sólida como para que la práctica de la Corte Penal Internacional y de los Estados que estén interesados

¹³ De acuerdo con los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, los elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos son: “1. Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto³⁰. 3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto. 4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.”

en utilizar esta propuesta no tuvieran dudas de su viabilidad jurídica. De lo contrario, parece poco factible que la práctica universal sobre los crímenes de lesa humanidad siquiera intentase acomodar la corrupción transnacional a dicha categoría de crímenes internacionales.

Otros autores han tomado un rumbo similar, al considerar que los actos constitutivos de delitos de corrupción deberían ser considerados como una nueva categoría de crímenes internacionales. Kofele-Kale (2020) considera que existe una incipiente costumbre internacional de prohibir y criminalizar los actos de corrupción, lo que podría llevar a que esta se considere como un crimen internacional en sí mismo. Si bien este autor hace una propuesta más sólida¹⁴, lo cierto es que, hasta que no se hayan superado los obstáculos propios de esta posibilidad (como el rechazo por parte de los Estados a considerar la corrupción como un crimen internacional para proteger su soberanía y su capacidad para juzgar estos crímenes internamente sin la interferencia de jurisdicciones externas (Kofele-Kale, 2020)) y se haya conseguido cristalizar esta costumbre internacional, esta propuesta no tendrá efectos prácticos percibibles.

6. CONCLUSIONES

Después de haber examinado todas las posibilidades, tanto prácticas como teóricas, respecto de la opción de utilizar la figura de la JU para juzgar crímenes de corrupción (y en particular, la corrupción transnacional), se puede concluir que no parece que exista, hasta el momento, un régimen jurídico consolidado que permita ejercer este principio frente a esta categoría de delitos.

¹⁴ Kofele-Kale (2020) plantea que tener una vida libre de corrupción es un derecho humano en sí mismo, debido a la intrínseca relación con otros derechos humanos, como la vida y la dignidad. Debido a los grandes perjuicios que puede acarrear el fenómeno de la corrupción para la humanidad y por violar directamente los derechos humanos a gran escala, existe una práctica reiterada y generalizada de la comunidad internacional de prohibir y castigar estos actos. La aceptación de la sociedad internacional de considerar la corrupción como una práctica de relevancia internacional hace que tenga características propias de los crímenes internacionales. Para más profundidad en este tema, se recomienda el texto completo del referido autor.

Si bien hay algunos Estados que han incluido en su regulación del principio de JU los delitos de corrupción, lo cierto es que las limitaciones son evidentes. Además, son pocos los Estados que lo hacen, por lo que no se puede afirmar que exista en la actualidad una práctica generalmente aceptada como obligatoria.

Así mismo, tampoco hay una obligación jurídica proveniente del derecho internacional convencional, como puede denotarse de lo estipulado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que no habilita el ejercicio de la JU, sino que únicamente estipula una obligación ADAJ bajo determinadas circunstancias.

La doctrina se ha interesado por darle una respuesta a la problemática de la impunidad frente a este tipo de delitos, no obstante, las propuestas analizadas plantean más interrogantes que salidas viables y plausibles en la práctica. Además, la práctica judicial, tanto nacional como internacional, tampoco da muestra de que exista la posibilidad de juzgar este tipo de delitos como crímenes internacionales o de que se pueda ejercer la JU sobre ellos. Por último, la CDI, que no ha podido siquiera adoptar una definición clara ni unos parámetros definitivos respecto de la práctica de la JU, tampoco ha abordado esta posibilidad.

Así mismo, otra dificultad que se encontró al realizar el presente estudio es el problema existente con el régimen jurídico internacional de las inmunidades: la mayoría de los autores de delitos de corrupción son funcionarios estatales, lo que dificultaría utilizar la JU, en la medida en que actualmente se reconoce la inviolabilidad de las inmunidades para ejercerla (al menos en relación con los más altos representantes del Estado)¹⁵.

¹⁵ Al respecto se puede consultar, Olasolo, Martínez & Quijano (2019) “The Tension between State Duties to Investigate and Prosecute *ius Cogens* Crimes and Immunity of the Highest State Representatives from Foreign Criminal Jurisdiction”, *International Criminal Law Review*, pp. 1-21 y sobre el tema de límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal consultar, “Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial, (A/CN.4/701) de 14 de julio de 2016 pp. 81-106.

De esta manera, si bien entendemos que existe una preocupación por identificar nuevos mecanismos para combatir la impunidad frente a los delitos de corrupción, lo cierto es que el marco jurídico internacional en la materia no parece dar muchas respuestas indicativas de que la JU sea el camino.

La lucha universal contra la corrupción y el fuerte interés por combatir la impunidad de este tipo de delitos, que en sí mismos generan graves violaciones a los derechos humanos, ha llevado a un sector de la academia a buscar diferentes soluciones. Sin embargo, aún no hay una propuesta sólida, una práctica clara o un instrumento internacional que sirva de fundamento jurídico para la aplicación del principio de JU a este tipo de delitos.

Por último, cabe mencionar que actualmente el principio de JU ha encontrado muchos opositores y esto ha hecho que se haya restringido de manera importante su utilización. Por tal motivo, es poco probable que en años venideros se vea un desarrollo favorable del principio en cualquier materia, mucho menos en materia de corrupción, al ser un crimen que involucra a las altas esferas del poder público (es una realidad observable que los altos niveles del poder público están involucrados en importantes casos de corrupción transnacional), si bien es cierto que si de lo que se trata es de perseguir exclusivamente la corrupción asociada al crimen organizado transnacional y en particular a los dirigentes de las organizaciones que incurrir en esta, quizá la respuesta no sea tan clara.

De esta manera, aún queda un largo camino por recorrer, alternativas que considerar y conceptos jurídicos por consolidar para poder hablar de una lucha efectiva y consolidada contra la corrupción transnacional, que permita poner fin a la impunidad de quienes desde dentro y fuera del Estado recurren a ella.

REFERENCIAS

Doctrina

Ambos, K. (2007). Los fundamentos del ius puniendi nacional; en particular, su aplicación extraterritorial. En *Boletín mexicano de derecho comparado*, 40 (119), 267-294.

- Bantekas, I. (2006). Corruption as an International Crime and Crime against Humanity. An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies. En *Journal of International Criminal Justice*, 4(3), 1-19.
- Barkhouse, Hoyland. H & M. Limon, (2018) "Corruption: a human rights impact assessment Policy Brief". Universal Rights Group, 1-46.
- Burneo Labrín, J. A. (2009). Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 333-347.
- da Rocha Ferreira, A., Carvalho, C., Graeff Machry, F. y Vianna Rigon, P. B. (2013). The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare). *UFRGS Model United Nations Journal*, 1, 202-221.
- Dell, G. (2020). *Addressing Impunity for Grand Corruption: What are the Options?* Para Transparency International. [Disponible en: <https://www.transparency.org/en/blog/addressing-impunity-for-grand-corruption-what-are-the-options>]
- Kofele-Kale, N. (2000). The right to corruption-free society as an individual and collective human right: Elevating official corruption to crime under international law. En *International Lawyer (ABA)*, 34(1), 149-178.
- Kress, C. (2006). Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international. *Journal of International Criminal Justice*, 4(3), 561-585.
- Langer, M. (2011). The Diplomacy of Universal Jurisdiction: the Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes. En *The American Journal of International Law*, 105(1), 1-49.
- Martínez Jiménez, A. y Vergara Céspedes, M. M. (2015). *La JU como instrumento para la protección de pueblos indígenas*. [Disponible en: https://www.iwgia.org/images/publications/0718_JURISDICCION_UNIVERSAL_2.pdf]
- Mejía Granada, M. J. (2016). *Análisis del art. 401 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador y su vínculo con la jurisdicción universal penal* (trabajo de grado de maestría). Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ambato, Ecuador.
- Olasolo, H., Martínez Vargas, J. R., y Quijano Ortiz, L. (2020). The Tension between State Duties to Investigate and Prosecute ius Cogens Crimes and Immunity of the Highest State Representatives from Foreign Criminal Jurisdiction. *International Criminal Law Review*, 20(5), 841-861.
- Randall, K. C. (1988). Universal jurisdiction under international law. *Texas Law Review*, 66(4), 785-841.
- Servín Rodríguez, C. (2018). De la autorización a la prohibición de la amnistía de los crímenes internacionales: ¿es la obligación ADA una norma consuetudinaria de derecho internacional? En *RECorDIP*, (1), 1-48.

- Sosa Navarro, M. (2013). Aut dedere aut judicare, *crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional* (tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid, España.
- Sosa Navarro, M. (2015). Aut dedere aut judicare. En *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, (8), 171-182.
- Tiribelli, C. (2009). Aut dedere aut judicare: response to impunity in international criminal law. *Sri Lanka Journal of International Law*, 21(1), 231-260.
- Wright, V. (2010). *Deterrence in Criminal Justice. Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment*. Para The Sentencing Project. [Disponible en: <https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/01/Deterrence-in-Criminal-Justice.pdf>]

Jurisprudencia

- Corte Internacional de Justicia (CIJ). (2000). Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Overview of the Case. [Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/121>]
- Corte Internacional de Justicia (CIJ). (2012). Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). Overview of the Case. [Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/144>]

Otras referencias

- Amnistía Internacional. (2014). *16 años después del arresto de Pinochet, la JUE en España está bajo mínimos*. [Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/16-anos-despues-del-arresto-de-pinochet-la-jurisdicion-universal-en-espana-esta-bajo-minimos/>]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1949). *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction: Memorandum submitted by the Secretary-General*^o. Reporte A/CN.4/7/Rev.1
- Comisión de la Derecho Internacional. (CDI). (1950). *Report on the Question of International Criminal Jurisdiction by Ricardo J. Alfaro, Special Rapporteur*. Reporte A/CN.4/15 and Corr.1. [Disponible en: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_15.pdf&lang=E]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1983). *First report on the draft code of offences against the peace and security of mankind, by Mr. D. Thiam, Special Rapporteur*. Reporte A/CN.4/364. [Disponible en: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_364.pdf&lang=EFS]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1983). *Draft code of offences against the peace and security of mankind-Compendium of relevant international instruments*. Reporte A/CN.4/368. [Disponible en:

- https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_368.pdf&lang=EF]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (1988). *Draft articles on the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Titles and texts adopted by the Drafting Committee: articles 4, 7, 8, 10, 11 and 1-reproduced in A/CN.4/SR.2082 to SR.2085*. Reporte A/CN.4/L.422. [Disponible en: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_1422.pdf&lang=EF]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2004). *Annex. The Obligation to Extradite or Prosecute (“aut dedere aut judicare”) in international Law. Preliminary remarks. Report of the International Law Commission, fifty-sixth edition*. [Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_59_10.pdf]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2006). *Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session*. [Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports>]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2007). *Second report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*. By Zdzisław Galicki, *Special Rapporteur*. [Disponible en: <https://undocs.org/A/CN.4/585>]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2008). *Report of the International Law Commission, Sixtieth session*. [Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports>]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2010). *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, by Mr. Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur*. Reporte A/CN.4/631. [Disponible en: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_631.pdf&lang=EFSX]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2011). *Report of the International Law Commission, Sixty-third session*. [Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports>]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2013). Anexo I. Informe del Grupo de trabajo sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). [Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2013/spanish/annex.pdf>]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2014). *Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session*. [Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports>]
- Comisión de Derecho Internacional. (CDI). (2018). *Report of the International Law Commission Seventieth session*. [Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports>]

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2018). Resolución 1/18. Corrupción y Derechos Humanos. [Disponible en: <https://www.uninorte.edu.co/documents/2720452/13539831/Resolucion-1-18+Corrupci%C3%B3n+y+Derecho+Humanos+OEA.pdf/c0680915-4f4f-4ac8-ad3b-8be062886562>]
- Confederación Suiza. (2018). *Position of Switzerland under paragraph 3 of General Assembly resolution 72/120 of 7 December 2017*. [Disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/73/universal_jurisdiction/switzerland_e.pdf]
- Corte Penal Internacional. (2011). *Elementos de los Crímenes*. [Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>]
- Estado de Bélgica. (s.f.). *Observations by Belgium on the scope and application of the principle of universal jurisdiction*. [Disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Belgium_E.pdf]
- Human Rights Watch (HRW). (2003). *Belgium: Universal Jurisdiction Law Repealed*. Nueva York, EE. UU.: Human Rights Watch. [Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2003/08/01/belgium-universal-jurisdiction-law-repealed>]
- Human Rights Watch (HRW). (2009). *Basic Facts on Universal Jurisdiction. Prepared for the Sixth Committee of the United Nations General Assembly*. Nueva York, EE. UU.: Human Rights Watch. [Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2009/10/19/basic-facts-universal-jurisdiction>]
- International Committee for the Red Cross (ICRC). (s.f.). *Belgium, Law on Universal Jurisdiction*. [Disponible en: <https://casebook.icrc.org/case-study/belgium-law-universal-jurisdiction>]
- International Committee of the Red Cross (ICRC). (2014). *JUsobre crímenes de guerra-ficha técnica*. [Disponible en: <https://www.icrc.org/es/content/jurisdiccion-universal-sobre-crimenes-de-guerra-ficha-tecnica>]
- Maharaj, A. (2015). *Special Measures Against Grand Corruption*. UNAC (Org.), *4th IRG Briefing for NGOs*. Conferencia llevada a cabo durante la Sexta Sesión del Grupo de Revisión de la Implementación de la UNAC, Viena, Austria. [Disponible en: <https://uncaccoalition.org/special-measures-against-grand-corruption/>]
- Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca. (s.f.). *The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*. [Disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri_StatesComments/Denmark.pdf]
- Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de España. (2016). *Contribution of Spain on the topic “The scope and application of the principle of universal jurisdiction”*. [Disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/spain_e.pdf]

- Misión Permanente de Austria para las Naciones Unidas. (2017). *Written comments on the The scope and application of the principle of universal jurisdiction*. [Disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction/austria_e.pdf]
- Misión Permanente de la República Federal de Alemania para las Naciones Unidas. (2017). *Note Verbale*. [Disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/72/universal_jurisdiction/germany_e.pdf]
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2012). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 2da Ed. [Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corruption/Guia_legislativa.pdf]
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2020). *Signature and Ratification Status of the UN Convention against Corruption*. [Disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html>]
- Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción (GOPAC). (2013). *Prosecuting Grand Corruption as an International Crime Discussion Paper*. [Disponible en: http://gopacnetwork.org/Docs/DiscussionPaper_ProsecutingGrandCorruption_EN.pdf]
- Reino de los Países Bajos. (2003). *International Crimes Act*. [Disponible en: https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/netherlands_-_international_crimes_act_english_.pdf]
- Relatora Especial de la Comisión de Derecho Internacional (RECDI). (2016). *Quinto informe sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, de la Sra. Concepción Escobar Hernández, Relatora Especial. Informe de la Relatora Especial No. A/CN.4/701*. [Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/863249?ln=es>]
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2014). *The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/69/174*. [Disponible en: <https://undocs.org/en/A/69/174>]
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2015). *The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/70/125*. [Disponible en: <https://undocs.org/en/A/70/125>]
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2018). *The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/73/123*. [Disponible en: <https://undocs.org/en/A/73/123>]
- Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU). (2020). *The scope and application of the principle of universal jurisdiction. Reporte del Secretario General No. A/75/151*. [Disponible en: <https://undocs.org/A/75/151>]

- Transparency International. (2019). *25 Corruption Scandals that Shook the World*. [Disponible en: <https://www.transparency.org/en/news/25-corruption-scandals>]
- Trial International. (2019). *Evidentiary challenges in universal jurisdiction cases. Universal Jurisdiction Annual Review 2019 (5)*. [Disponible en: https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2019/03/Universal_Jurisdiction_Annual_Review2019.pdf]
- Velasco Núñez, E., “Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/ 2010”, en *La Ley*, N° 16986, 2011, p. 10.

Capítulo XIX

**LA SECCIÓN ESPECIALIZADA EN
DERECHO INTERNACIONAL PENAL
DE LA CORTE AFRICANA DE JUSTICIA
Y DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS
PUEBLOS EN RELACIÓN CON
LA CORRUPCIÓN**

Rafael Tamayo Álvarez*
Enrique Prieto-Ríos

INTRODUCCIÓN

Los mecanismos jurídicos articulados desde el derecho internacional como respuesta al fenómeno de la corrupción han provenído tradicionalmente del campo del derecho penal transnacional (Nessi, 2017). Concretamente, estos mecanismos emanan de un conjunto de instrumentos internacionales de alcance global o regional orientados hacia la prevención y lucha contra la corrupción (Olasolo & Mané, 2020). Estos instrumentos conforman un régimen internacional para la represión o supresión de la corrupción por el que un Estado adquiere compromisos en materia de tipificación en su derecho penal interno de ciertas prácticas de corrupción, así como de establecer mecanismos procesales de cooperación con otros Estados (Boister, 2017). Por con-

* La presente contribución se inscribe dentro del proyecto de investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos”, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

siguiente, los Estados han buscado articular respuestas coordinadas y eficientes a las prácticas de corrupción que adquieren una dimensión transfronteriza mediante una mejor armonización de los tipos penales, la clarificación de reglas para resolver conflictos relativos a la aplicación de las leyes penales y la actuación extraterritorial de las autoridades locales, o la creación y promoción de canales de asistencia y cooperación entre jurisdicciones nacionales (Benito, 2020). Se trata así de combatir este flagelo desde un paradigma regulatorio de derecho transnacional penal, fundado en la cooperación internacional en asuntos tanto de índole sustantiva como procedimental (Boister, 2017).

En este marco de derecho penal transnacional, el juzgamiento de los actos de corrupción se obtiene de manera indirecta, producto de su tipificación como delitos en las legislaciones nacionales, en cumplimiento de obligaciones consagradas en instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (CNUCC) (Boister, 2017). Sin embargo, pese a los esfuerzos por prevenirla y combatirla, la corrupción continúa rampante en varios lugares del mundo, con lo cual se exacerban sus consecuencias socioeconómicas adversas (Olasolo & Mané, 2020). La falta de eficacia en la lucha contra la corrupción del paradigma regulatorio actual basado en mecanismos jurídicos de derecho penal transnacional sale a relucir, por ejemplo, al considerar lo difícil que puede resultar enjuiciar ante tribunales nacionales a los responsables de actos de gran corrupción, entendidos como aquellos que comprometen a personas ubicadas en altas esferas del poder público (Nessi, 2017). Así, la gran corrupción pone de manifiesto la existencia de barreras estructurales de orden interno para sancionar la corrupción, que se relacionan con que las élites gobernantes son capaces de capturar el funcionamiento del Estado a través de redes de corrupción insertas en la cúpula de las diferentes ramas del poder público.

Las limitaciones del actual régimen internacional de prevención y lucha contra la corrupción a partir de mecanismos jurídicos de derecho internacional penal son también visibles en regiones como África, donde la mayoría de los Estados han adoptado leyes que tipifican como delito una amplia gama de actos de corrupción (Hatchard, 2019). Como consecuencia, se ha propuesto recurrir a otros ámbitos de regulación dentro del derecho internacional que permitirían combatir

este fenómeno con mayor eficacia, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) o el Derecho Internacional Penal (DIP) (Burneo, 2009). En relación con este último ámbito de regulación internacional, se ha comenzado a debatir sobre las ventajas y desventajas que tendría investigar y procesar la corrupción, especialmente cuando esta involucra a funcionarios de alto rango, a través de mecanismos jurídicos propios del DIP, como la responsabilidad individual directa fundada en normas de derecho internacional, o que los Estados atribuyan a tribunales internacionales la facultad de juzgar este tipo de prácticas (Nessi, 2017)¹. Así, Starr (2007) propone que la gran corrupción se añada al listado de delitos internacionales que la Corte Penal Internacional (CPI) tiene jurisdicción para juzgar, dados los efectos disuasivos y disruptivos en relación con esta forma de corrupción que la actuación de dicha institución podría llegar a tener.

No obstante, Olasolo y Mané (2020) observan que una de las pocas iniciativas concretas que se han propuesto para combatir las prácticas de corrupción desde orillas distintas al derecho penal transnacional es la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal (Sección Especializada) creada dentro de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Corte” o “CAfJDHP”)². Efectivamente, dentro del catálogo de conductas punibles que la Sección Especializada estará facultada para investigar y enjuiciar una vez que la Corte haya entrado en operación, se encuentran varios actos de corrupción. En este contexto, el propósito del presente capítulo es contribuir a la discusión sobre la perspectiva de combatir la corrupción con mecanismos jurídicos propios del DIP, a través del análisis del papel que podría desempeñar la Sección Especializada frente a dicho fenómeno cuando comience a funcionar. Para ello, se procederá

¹ Para una definición de derecho internacional penal, véase Olasolo (2018: 3-7).

² *Protocol on Amendments to the protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* (Protocolo de Malabo), adoptado el 27 de junio de 2014 y pendiente de entrar en vigor, por el cual se modificó el Protocolo de creación de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y que contiene su estatuto de funcionamiento, asignándole a esta una Sección Especializada en materia de derecho internacional penal. Este instrumento entrará en vigor luego de obtener quince ratificaciones. En el momento en que se escribe este ensayo, el Protocolo de Malabo ha sido suscrito por quince Estados, ninguno de los cuales ha depositado el correspondiente instrumento de ratificación.

de la siguiente manera: en primer término, se hará un recuento del proceso histórico que condujo a la creación de la Corte y de la Sección Especializada, haciendo énfasis en el contexto político en el que tuvo ocurrencia dicho proceso. En segunda instancia, se describirá el diseño institucional de la Sección Especializada para extraer sus características más representativas relacionadas con la persecución penal de la corrupción. Por último, se plantearán algunas conclusiones sobre la eficacia que podría tener la Sección Especializada en la lucha contra el fenómeno de la corrupción.

1. EL CAMINO A MALABO

Además de identificar las razones de índole política que condujeron a la creación de la Sección Especializada, esta parte tiene como propósito describir como germinó y se desarrolló al interior del sistema africano de derechos humanos la idea de crear un mecanismo jurídico regional para investigar y enjuiciar crímenes internacionales y transnacionales, que es en torno a la cual gravitan las disposiciones del Protocolo de Malabo. Sobre este particular, debe considerarse que la Sección Especializada es producto de la sucesión de cuatro tratados internacionales de alcance regional (Ntanda Nsereko & Ventura, 2019). Por medio del primero de estos instrumentos se creó la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAfDHP)³, que actualmente es el equivalente dentro del sistema africano de derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La CAfDHP se encuentra en operación y funge como complemento de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que a su vez fue creada por la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)⁴, en la tarea de proteger los derechos humanos en el ámbito

³ *Protocol to the African Charter on Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights*, adoptado el 10 de junio de 1998, en vigor desde el 25 de enero de 2004.

⁴ *African Charter on Human and Peoples' Rights*, adoptada el 1 de junio de 1981 y en vigor desde el 19 de mayo de 1986. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, con sede en Banjul, Gambia, tiene como principal función promover los derechos humanos en la Región. También es un órgano de

de la Unión Africana (UA)⁵, organismo de integración regional reemplazante de la extinta Organización de la Unidad Africana.

La CAFDHP tiene su sede en Arusha, Tanzania, se compone de nueve jueces, y su jurisdicción se extiende a casos y controversias relacionados con la aplicación de la Carta de Banjul y de cualquier otro instrumento pertinente de derechos humanos ratificado por los Estados Parte interesados (Cortés Rodríguez, 2016). En tales circunstancias, cuando la CAFDHP dictamina que ha habido una violación de un derecho humano o de los pueblos, puede emitir órdenes apropiadas para remediar tal situación, incluida la reparación o indemnización. También puede adoptar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando ello sea necesario para evitar un daño irreparable a algún derecho protegido. Adicionalmente, la CAFDHP puede emitir opiniones consultivas. Otro aspecto para resaltar relacionado con la jurisdicción de la CAFDHP en materia de derechos humanos es que puede conocer denuncias instauradas ante ella por organizaciones no gubernamentales o por individuos, siempre y cuando el Estado contra el cual se dirija la denuncia haya hecho una declaración especial por la cual acepte la jurisdicción de la CAFDHP en estos casos (Clarke, Jalloh & Nmehielle, 2019). Sin embargo, la jurisdicción de la CAFDHP no se extiende a asuntos de DIP.

Por medio del segundo instrumento regional relevante se creó la Corte Africana de Justicia (CAfJ), originalmente concebida para ser el principal órgano judicial de la UA⁶. Efectivamente, las funciones de la CAfJ incluyen la adjudicación de controversias entre los Estados Miembros concernientes a la interpretación o aplicación del Acto Constitutivo y demás instrumentos internacionales subsidiarios adoptados en el marco de la UA, así como cualquier otra cuestión de derecho internacional. Pero, tal y como lo expresan Ntanda Nsereko &

supervisión cuasi judicial que conoce de denuncias por violaciones de derechos humanos presentadas por personas en contra de sus Estados de origen, aunque sus decisiones son meras recomendaciones ya que carecen de fuerza vinculante (Clarke, Jalloh & Nmehielle, 2019).

⁵ *Constitutive Act of the African Union* (Acto Constitutivo), adoptado el 7 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 26 de mayo de 2001.

⁶ *Protocol of the Court of Justice of the African Union*, adoptado el 1 de julio de 2003, en vigor desde el 11 de febrero de 2009.

Ventura (2019), la CAfJ existe solamente en el papel. La razón de ello es que, desde 2004, la Asamblea de la UA, compuesta por los jefes de Estado y de gobierno de los Estados Miembros de esta unión política, comenzó a considerar la posibilidad de fusionarla con la CAfDHP⁷. Sin embargo, mientras que esta última continuará operando hasta que se materialice la fusión propuesta, aquella no ha comenzado a funcionar (Clarke, Jalloh & Nmehielle, 2019).

Esto nos lleva al tercer instrumento regional relevante, que es el Protocolo por el cual se le dio origen a la CAfJDHP, producto de la fusión entre la CAfDHP y la CAfJ⁸. Tal fusión ha sido explicada, entre otras razones, por lo que autores como Kießling (2014) y Nmehielle (2014) describen como la proliferación de órganos internacionales de adjudicación, cuya sostenibilidad estaba en duda desde el punto de vista presupuestario. En todo caso, inicialmente se tenía previsto que cuando entrara en operación la CAfJDHP asumiría de manera unificada el mandato que tenían la CAfDHP y la CAfJ respectivamente, quedando de este modo como el principal órgano judicial al interior de la UA. Para tal efecto, la Corte estaría inicialmente conformada por dos Secciones Especializadas. La primera, que se denomina la Sección de Asuntos Generales, tendrá competencia sobre todos los casos sobre los que la Corte tenga jurisdicción, a excepción de los casos que se relacionen con derechos humanos. En esencia, esta Sección asumirá la función de interpretación de los tratados de la UA y demás cuestiones de derecho internacional que habría desempeñado la CAfJ. Por su parte, la segunda Sección conocerá de todos los casos relacionados

⁷ Específicamente, en 2007 la Asamblea le solicitó a la Comisión de la UA designar a un grupo de juristas africanos expertos para que estudiaran la posible unificación de estos tribunales y prepararan un protocolo por el que se concretizara dicho objetivo (Clarke, Jalloh & Nmehielle, 2019)

⁸ *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* (Protocolo de fusión), adoptado el 1 de julio de 2008 y pendiente de entrar en vigor. Este instrumento entrará en vigor luego de ser ratificado por quince Estados Miembros. En el momento en que se escribe este ensayo, han sido depositados ocho instrumentos de ratificación. Por otro lado, cabe aclarar que el nuevo tribunal resultante de la fusión se denominó originalmente Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, pero posteriormente el Protocolo de Malabo le cambió la denominación a Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos y de los Pueblos (Clarke, Jalloh & Nmehielle, 2019).

con derechos humanos, incluyendo los casos pendientes tramitados por la CAFDHP, los cuales se le transferirán.

En este escenario, la importancia del Protocolo de Malabo, como cuarta y última pieza de este engranaje, reside en adicionarle a la estructura de la Corte una tercera Sección enfocada en asuntos de DIP. No obstante, antes de proseguir, hay que mencionar la complejidad que, desde un punto de vista jurídico, supone la sucesión de instrumentos internacionales que se acaba de detallar. Al respecto, autores como Ntanda Nsereko & Ventura (2019) aducen que la interacción entre estos instrumentos internacionales podría prestarse para futuros conflictos. Especialmente, porque sus textos no ofrecen claridad sobre ciertas cuestiones, por ejemplo, si la entrada en vigor del Protocolo de Malabo estará condicionada a que previamente hayan entrado en vigor la totalidad de los protocolos que le antecedieron, o si un Estado que quiera hacerse parte debe adherirse a cada uno de estos instrumentos o solo al Protocolo de Malabo como última pieza en el eslabón.

En todo caso, la idea de crear un tribunal regional con jurisdicción para investigar y enjuiciar crímenes internacionales había estado rondando el contexto político africano desde décadas atrás. De acuerdo con Clarke, Jalloh & Nmehielle (2019), cuando en 1981 se discutía al interior de la extinta Organización de la Unidad Africana, en el marco de la negociación de la Carta de Banjul, la posibilidad de crear un tribunal regional de derechos humanos, se propuso que dicho tribunal también debería estar dotado de jurisdicción para perseguir graves violaciones a los derechos humanos que a su vez constituyeran crímenes internacionales, como los crímenes de lesa humanidad. Según los autores, dicha iniciativa estuvo motivada por el deseo de condenar las graves violaciones a los derechos humanos que eran cometidas por el régimen del Apartheid sudafricano. Sin embargo, esta propuesta no prosperó porque, de hecho, se consideró que la región todavía no estaba preparada para un tribunal con jurisdicción en materia de derechos humanos. Así, mientras que el proyecto de crear un tribunal regional de derechos humanos se materializó tiempo después cuando la CAFDHP comenzó a operar en 2006, fue necesario que ocurrieran una serie de eventos políticos en la región para que se pudiera cristalizar la idea de crear un tribunal regional competente para investigar y enjuiciar crímenes internacionales.

El primero de estos eventos tuvo lugar en 2006 con ocasión de la controversia suscitada por la falta de juzgamiento de Hissène Habré, quien fuera presidente de Chad hasta 1990. Luego de que su gobierno fue depuesto, Habré se escapó con rumbo hacia Senegal, donde le fue concedido asilo político. El gobierno de Habré estuvo marcado por la violación sistemática de los derechos humanos y la comisión de crímenes de lesa humanidad. Las implicaciones políticas que traería el que los crímenes de Habré quedaran impunes a pesar de los varios intentos dentro y fuera de África por enjuiciarlo⁹ y darles un remedio a las víctimas de sus crímenes, hicieron que en enero de 2006 la Asamblea de la UA estableciera un comité de juristas expertos encargados de explorar las modalidades bajo las cuales el expresidente chadiano podría ser llevado ante la justicia. En su informe final, este comité propuso delegar en Senegal la responsabilidad de juzgar a Habré (Clarke, Jalloh & Nmehielle, 2019). No obstante, pensando en cómo lidiar con casos similares en el futuro, en este informe también se recomendó que se invistiera al tribunal que resultara de la fusión entre la CAfDHP y la CAfJ con la facultad para juzgar con plena independencia la comisión de crímenes internacionales (Amnistía Internacional, 2016). Sin embargo, autores como Clarke, Jalloh & Nmehielle (2019) observan que tal recomendación no tuvo una acogida inmediata entre los gobiernos de la región. De esta manera, ha sido el malestar que produce la relación que la CPI ha mantenido con África lo que ha constituido el verdadero catalizador del proceso que derivó en la creación de la Sección Especializada.

Ciertamente, Branch (2019) señala que el gran número de actuaciones realizadas por la CPI en África encuentra explicación en que, por razones que van desde lo geopolítico hasta el legado cultural que dejó el colonialismo, este tribunal adoptó un enfoque pragmático y selectivo que le ha permitido centrarse en África. Específicamente, este autor señala que el compromiso que la CPI ha mostrado con hacer justicia en el Continente africano dista de ser apolítico, pues ha sido influenciado por factores como la guerra global como el terrorismo y, más importante aún, por la actitud que el derecho internacional

⁹ Al respecto, véase *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, Belgium v Senegal*, Judgment, ICJ Reports 2012, p. 422.

ha mantenido históricamente hacia África. Al respecto, autores como Anghie (2004) y Koskeniemi (2001) han explicado cómo, desde los tiempos de la llamada misión civilizadora, el derecho internacional ha sido instrumentalizado para asegurar la subordinación de este continente a los intereses de Occidente. Así, echando mano del concepto de orientalismo legal (Ruskola, 2002), se puede afirmar que la soberanía africana siempre ha sido descalificada para someterla a intervenciones externas realizadas al amparo del derecho internacional.

Consecuentemente, la percepción que históricamente se ha tenido del continente africano como un territorio al margen de la ley, cuyos habitantes son propensos a cometer atrocidades y quienes necesitan de una intervención externa que los redima, continúa informando la manera en que diferentes ramas del derecho internacional son aplicadas en relación con África, desde el derecho internacional de los derechos humanos (Mutua, 2001) hasta el derecho internacional humanitario (Mallavarapu, 2015). Es por esto por lo que Branch (2019) afirma que existe la percepción de que la CPI es incapaz de intervenir en otro lugar que no sea África, pues las relaciones de poder y de dominación cultural descritas anteriormente hacen que esta región sea un actor lo suficientemente débil como para ser el epicentro del accionar del DIP.

En este contexto, las constantes acusaciones a políticos africanos por parte de la fiscalía de la CPI comenzaron a generar tensión entre esta y los Estados Miembros de la UA. Tal tensión se exacerbó en 2009 con ocasión de la acusación y orden de arresto emitida en contra de Omar Al-Bashir, presidente de Sudan. Al respecto, autores como Clarke, Jalloh & Nmehielle (2019) manifiestan que no es que la UA se opusiera a la rendición de cuentas por los crímenes atroces cometidos en la región de Darfur, sino que consideraba que tal acusación era inoportuna puesto que podía socavar el proceso de paz de Sudan.

Por otro lado, los Estados Miembros de la UA comenzaron a ver con preocupación cómo, a través de los años, varios funcionarios y políticos africanos habían sido acusados y sometidos a órdenes de arresto en diferentes Estados europeos bajo el principio de jurisdicción universal, el cual estaría siendo instrumentalizado con fines políticos (Nmehielle, 2014). Así, en 2008 la Asamblea de la UA emitió, en

el marco de su décimo primera sesión ordinaria, la Decisión relativa al abuso del principio de jurisdicción universal; solicitando, además, el establecimiento de una moratoria en la expedición de órdenes de arresto en contra de líderes africanos hasta que el asunto fuera estudiado conjuntamente por la UA, la Unión Europea y Naciones Unidas¹⁰.

Dos años después, en su décimo tercera reunión ordinaria¹¹, la Asamblea no solo reiteró su postura frente a lo que consideraba como un abuso del principio de jurisdicción universal, sino que, en vista del malestar producido por las actuaciones de la CPI en relación con Al-Bashir y en otros casos, decidió dejar de cooperar con este tribunal (Abebe 2017). Pero, aún más importante para efectos de este capítulo, en dicha reunión se consolidó la idea de investir al tribunal regional de derechos humanos con autoridad para juzgar graves crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra; algo sobre lo que también se había debatido en la décimo segunda sesión ordinaria (Nmehielle, 2014).

En consideración a todo lo anterior, no cabe duda de que el debate que suscitó el empleo de diferentes mecanismos de DIP frente a líderes africanos fue lo que aceleró el proceso de creación de la Sección Especializada. Así, siguiendo la directriz de la Asamblea, la Comisión de la UA encargó en 2009 a la Unión Panafricana de Abogados el estudio y formulación de recomendaciones para efectuar una enmienda al Protocolo de Fusión que le permitiera a la CAFJDHP juzgar crímenes internacionales. Un año más tarde estaba listo un primer borrador de lo que luego sería el Protocolo de Malabo. Las discusiones y negociaciones del instrumento por el cual se le daría jurisdicción en materia de persecución penal a la CAFJDHP continuaron en diversos foros hasta 2014, aunque notablemente con poca participación de representantes de la sociedad civil (Belay & Biegon, 2019).

¹⁰ AU Assembly Decision on the Report of the Commission on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction Doc. Assembly/AU/14 (XI), Sharm El-Sheikh, Egipto, 1 de junio de 2008.

¹¹ AU Assembly Decision on the Meeting of African States Parties to the Statute of the Rome Statute of the International Criminal Court, (ICC) Doc. Assembly/AU/13(XIII), Sirte, Libia, 3 julio de 2009.

En suma, es posible concluir esta primera parte afirmando, con base en Clarke, Jalloh & Nmehielle (2019) que, si bien los orígenes de una corte africana con jurisdicción penal se remontan a principios de los ochenta y, de manera más reciente, a la recomendación hecha por el comité de expertos que estuvo encargado de estudiar la problemática relacionada con Hissène Habré, lo que verdaderamente galvanizó la creación de la Sección Especializada fue el interés de los Estados africanos por tener una mayor voz en la manera en que se dispensa justicia en relación con acontecimientos acaecidos en la región. En consecuencia, aquellos autores que consideran que la Sección Especializada refleja una especie de mirada “panafricanista” que busca una “solución africana para problemas africanos” (Clarke, Jalloh & Nmehielle, 2019:11), parecieran describir mejor el trasfondo político que condujo al Protocolo de Malabo.

2. EL PAPEL DE LA SECCIÓN ESPECIALIZADA FRENTE A LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN

El propósito de esta parte es ofrecer un panorama general del diseño institucional de la Corte y un examen más detallado del alcance de la jurisdicción que tendrá la Sección Especializada en materia de investigación y enjuiciamiento de la corrupción. Luego de mencionar los aspectos centrales de la arquitectura de la Corte, se hará una breve categorización de los crímenes internacionales sobre los que recaerá la jurisdicción de la Sección Especializada cuando esta comience a funcionar. Seguidamente, se hablará sobre las formas de corrupción que la Sección Especializada podrá investigar y enjuiciar, haciendo énfasis en cuestiones normativas inherentes a su mandato que podrían incrementar su eficacia en la lucha contra la corrupción, así como otras que podrían disminuir su idoneidad como respuesta internacional a dicho fenómeno.

2.1. *La arquitectura de la Corte*

Cuando entre en operación, la Corte será el principal órgano judicial de la UA y estará llamada a complementar el mandato de protección de los derechos humanos que, en virtud de la Carta de Banjul,

le asiste a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹². La Corte estará integrada por dieciséis jueces, elegidos de tres listas de candidatos elaboradas según la experticia de los candidatos determinada en función de las áreas en las que estará enmarcada la actividad de las tres secciones que conforman la Corte, a saber: a.) cuestiones de derecho internacional; b.) cuestiones de derechos humanos; y c.) cuestiones de derecho internacional penal¹³. Los candidatos a ser jueces de la Corte serán postulados por sus respectivos Estados de nacionalidad que tengan asiento en la UA. La elección estará a cargo del Consejo Ejecutivo de Ministros de la UA, en tanto que la designación correrá por cuenta de la Asamblea de esta unión política¹⁴. Es importante resaltar que la Asamblea deberá asegurarse de que en la composición de la Corte exista una representación equitativa en clave de género. Además, a lo largo del estatuto de la Corte se contemplan directrices sobre conflictos de interés para asegurar que los jueces desempeñen sus funciones con independencia e imparcialidad.

La Corte estará investida de jurisdicción en primera instancia y en sede de apelación¹⁵. Como se mencionó atrás, en razón del Protocolo de Malabo la Corte quedó estructurada en torno a tres Secciones Especializadas, a saber: a.) la Sección de Asuntos Generales que tiene competencia sobre cuestiones de derecho internacional, excepto las que tengan que ver asuntos asignados a las otras secciones; b.) la Sección Especializada que conoce de todos los casos en materia de derechos humanos; y c.) la Sección Especializada que conoce de todo lo relacionado con las conductas criminales especificadas en el Protocolo de Malabo. Al interior de cada Sección podrán crearse salas, pero el Protocolo de Malabo dispone que la Sección de crímenes internacionales estará conformada desde un comienzo por las siguientes salas: a.) de Cuestiones Preliminares; b.) de Primera Instancia; y c.) de Apelaciones¹⁶.

La Sala de Cuestiones Preliminares pondrá en marcha la jurisdicción penal de la Corte por los actos establecidos como crímenes por

¹² Protocolo de Malabo, artículo 4.

¹³ Estatuto de la CAFJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículo 16.

¹⁴ Estatuto de la CAFJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículo 6.

¹⁵ Protocolo de Malabo, artículo. 3.

¹⁶ Estatuto de la CAFJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículos 16 y 17.

el Protocolo de Malabo, cuando la comisión de estos haya sido puesta en conocimiento de la Fiscalía por un Estado Parte, la Asamblea, o el Consejo de Paz y Seguridad de la UA, o tratándose de investigaciones que la Fiscalía haya iniciado por iniciativa propia. Esta Sala también estará facultada para tomar medidas necesarias para proteger a los testigos y a las víctimas, la evidencia o a las personas cuya detención se haya ordenado¹⁷. La Sala de Primera Instancia será la encargada de adelantar los juicios de las personas acusadas y de resolver las solicitudes de apelación remitidas por la Sala de Cuestiones Preliminares; y por su parte, la Sala de Apelaciones tramitará las solicitudes de apelación de las decisiones emitidas en primera instancia, y sus decisiones serán definitivas¹⁸.

Adicionalmente, la arquitectura de la Corte comprende una Presidencia, una Fiscalía, un Registro y una Oficina de Defensa¹⁹. La Fiscalía, que estará integrada por un Fiscal y dos Fiscales Adjuntos elegidos por la Asamblea de una lista de candidatos postulados por su Estado de nacionalidad que sea integrante de la UA, será la encargada de acusar o presentar los casos ante la Sección Especializada²⁰. Por su parte, la Oficina de Defensa tendrá como finalidad prestar asistencia jurídica y garantizar los derechos de las personas acusadas de cometer alguno de los crímenes internacionales y transnacionales de competencia de la Sala Especializada²¹.

2.2. Los crímenes bajo la jurisdicción de la Sala Especializada

Para una mejor comprensión del alcance de la jurisdicción *ratione materiae* asignada por el Protocolo de Malabo a la Sección Especializada, resulta útil recurrir a la distinción entre crímenes internacionales y transnacionales que, si bien no es del todo clara ni consistente (Jalloh, 2019), continúa siendo comúnmente aceptada. La premisa que subyace al concepto de crimen internacional es la transposición al ámbito del derecho internacional del principio de responsabilidad

¹⁷ Estatuto de la CAfJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículo 19 Bis.

¹⁸ Estatuto de la CAfJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículos 18 y 19 Bis.

¹⁹ Protocolo de Malabo, art. 2.

²⁰ Estatuto de la CAfJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículo 22A.

²¹ Estatuto de la CAfJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículo 22C.

penal individual, de tal modo que la realización de ciertas conductas acarrea como consecuencia jurídica la responsabilidad penal frente a la comunidad internacional en su conjunto y la imposición de sanciones penales a las personas que las realizan por tribunales penales nacionales, internacionales e híbridos (Olasolo, 2018).

Ciertamente, el derecho internacional impone directamente a los individuos la obligación de no cometer ciertas conductas delictivas como el genocidio, el crimen de agresión o los crímenes de guerra y de lesa humanidad, las cuales socavan valores esenciales para la comunidad internacional como el mantenimiento de la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad²². Además, el derecho internacional ofrece mecanismos jurídicos para perseguir penalmente a todo aquel que realice tales conductas, como el principio de jurisdicción universal o el establecimiento de tribunales internacionales como la CPI con potestad de investigarlas y sancionarlas. Por consiguiente, una de las características definitorias de los crímenes internacionales es su universalidad, puesto que se trata de conductas criminalizadas directamente por normas del derecho internacional, varias de las cuales revisten el estatus de *ius cogens*, lo cual hace posible juzgarlas indistintamente del lugar en el que se cometan y con independencia del tratamiento que cada Estado les dé en su legislación interna (Heller, 2017).

Por su parte, de acuerdo con Olasolo (2017; 2018), además de otras características los crímenes transnacionales se reconocen en vista de que no buscan salvaguardar valores socialmente importantes para la comunidad internacional en su conjunto, sino que afectan el interés que cada Estado tiene de regular o proscribir determinadas transacciones sobre bienes o servicios que generan un impacto econó-

²² Además, de acuerdo con Boister (2017), los crímenes internacionales revisten algunas particularidades como el que generalmente tengan ocurrencia en un trasfondo de conflicto armado, su grado de atrocidad, la identidad cultural y étnica que suelen tener las víctimas de determinados crímenes, y el que frecuentemente involucren la acción sistemática de órganos del Estado o estructuras organizadas cuyas acciones sean atribuibles a este. No obstante, autores como Olasolo (2017) y van der Wilt (2017) coinciden en que, en determinados casos, las estructuras criminales que están tradicionalmente asociadas con el crimen transnacional podrían llegar a cometer conductas que, bien sea por su gravedad o porque afectan valores de la comunidad internacional, podrían entrar en la órbita de las tipologías de crímenes internacionales.

mico adverso; así como por tener un alcance transfronterizo, es decir, que su comisión e incidencia trascienden las fronteras de un Estado.

Los elementos característicos de cada una de estas categorías de crímenes han informado las diferentes respuestas jurídicas articuladas desde el derecho internacional para hacerles frente. Así, mientras que los crímenes internacionales son penalizados directamente por normas del derecho internacional que establecen la responsabilidad penal individual de quien los comete, los crímenes transnacionales son penalizados por las legislaciones internas de los Estados como consecuencia de los compromisos que estos adquieren como resultado de suscribir las denominadas convenciones de supresión (Heller, 2017).

Concretamente, se trata de instrumentos internacionales que buscan combatir o contribuir a la erradicación de ciertas actividades delictivas que tienen una dimensión transfronteriza, son llevadas a cabo por redes criminales transnacionales, o tienen efectos sustantivos en Estados distintos a aquellos en donde son llevadas a cabo. Para ello, estas convenciones imponen a los Estados Parte la obligación de tipificarlas como conductas punibles en su legislación interna. (Jalloh, 2019). Por consiguiente, el derecho internacional es solo el fundamento indirecto de la responsabilidad penal en lo que respecta a los crímenes transnacionales, puesto que la criminalización de estos será el resultado de su tipificación como delitos por las leyes penales internas a raíz de la implementación de los compromisos internacionales asumidos por los Estados.

En este sentido, en relación con los crímenes internacionales, el DIP deja de lado la soberanía de los Estados, aunque con la salvedad del principio de complementariedad, al imponerles directamente a estos obligaciones en materia de juzgamiento y permitir que, en virtud del principio de jurisdicción universal, la comisión de un crimen internacional pueda ser investigada y juzgada con independencia del lugar en el que aquel fue perpetrado o la nacionalidad del perpetrador, o que existan tribunales internacionales con jurisdicción para juzgarlos. Por el contrario, la persecución penal de los crímenes transnacionales no limita la soberanía estatal, sino que requiere de su ejercicio efectivo, puesto que implica que los Estados adopten legislación que permita tipificar penalmente determinadas conductas e implementen mecanismos de cooperación o asistencia legal entre jurisdicciones pa-

ra poder sancionarlas eficazmente cuando su realización connota factores transfronterizos (Olasolo 2018).

Consecuentemente, el enjuiciamiento de quienes cometen delitos transnacionales como la corrupción se da al interior de cada Estado sin que exista una alternativa desde el derecho internacional similar a la que procede frente a los crímenes internacionales en virtud de tratados internacionales que, como el Estatuto de la CPI, establecen una responsabilidad individual directa en materia penal (Jalloh, 2019). Por lo tanto, a nuestro juicio, el principal aspecto para destacar de la jurisdicción que tendrá la Sala Especializada es que comprenderá catorce conductas delictivas que no solo corresponden a la categoría de crímenes internacionales, sino que incluyen varias que suelen caracterizarse como crímenes transnacionales, entre las que cabe destacar el terrorismo, el mercenarismo, la piratería, la trata de personas, el narcotráfico, la explotación ilegal de recursos naturales o el lavado de activos²³.

Por lo tanto, la relevancia del Protocolo de Malabo debe entenderse en el contexto de los debates contemporáneos (Boilster, 2017; Nessi, 2017; Olasolo, 2017; Starr, 2007; van der Wilt, 2017) sobre la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de los mecanismos jurídicos propios del DIP, que tradicionalmente se ha encargado de la sanción de crímenes internacionales. Expresado de otro modo, el Protocolo de Malabo abre la puerta a la posibilidad de que tribunales internacionales tengan jurisdicción para investigar y juzgar directamente la comisión de delitos transnacionales.

Dentro del catálogo de conductas delictivas penalizadas por el Protocolo de Malabo, también se encuentra la corrupción que, como lo señala Jalloh (2019), si bien es un acto susceptible de realizarse exclusivamente dentro del territorio de un Estado, puede igualmente tener una connotación transnacional, o incluso ir de la mano de otras conductas delictivas transnacionales como el blanqueo de capitales. A continuación, se examina el tratamiento que se le dará a la corrupción como delito transnacional cuando el Protocolo de Malabo entre en vigor.

²³ Estatuto de la CAFJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículo 28A.

2.3. Elementos extensivos y limitativos de la jurisdicción que la Sala Especializada tendrá en relación con los actos de corrupción

El artículo 28A1 del Protocolo de Malabo le concede a la Sección Especializada jurisdicción para investigar y enjuiciar la corrupción. Sin embargo, dado que la corrupción es un fenómeno multifacético que suele manifestarse de diferentes maneras (Hatchard, 2019), en este Estatuto no se definió qué es la corrupción, pero sí se señalan en el artículo 28I una serie de “actos de corrupción” comprendidos dentro de la esfera de la jurisdicción de la Sección Especializada. Estos actos de corrupción guardan similitud con los mencionados en otros instrumentos multilaterales como la CNUCC o el Convenio de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción. Concretamente, el artículo 28I menciona al soborno de funcionarios públicos en sus modalidades pasiva y activa, así como al soborno en el sector privado; también son objeto de mención el tráfico de influencias bien sea por solicitud o aceptación, la apropiación indebida de bienes y el abuso de funciones por parte de funcionarios públicos, el enriquecimiento ilícito y el uso u ocultación del producto derivado de cualquiera de los actos de corrupción allí señalados.

En términos generales, el lenguaje que se utiliza en la tipificación de estos actos de corrupción es similar al empleado en la CNUCC y en el Convenio de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción. (Hatchard, 2019). No obstante, este mismo autor identifica algunos elementos en el lenguaje empleado en el artículo 28I que podrían redundar en un mayor alcance de la jurisdicción de la Sección Especializada en relación con la penalización de varios de estos actos de corrupción. Por ejemplo, a diferencia de cómo son descritas por la CNUCC ciertas prácticas de corrupción como el soborno, la apropiación indebida de bienes o el abuso de funciones, en el Protocolo de Malabo el sujeto activo de estas conductas no es solamente el funcionario público sino también los miembros de su familia o cualquier otra persona que tenga una relación con él. A juicio de dicho autor, esto se da en respuesta a que varios de los casos de corrupción en la región que han concitado el interés de la opinión pública, han contado con la intervención de los entornos familiares de gobernantes, políticos y militares.

Otro aspecto para destacar, ya que podría redundar en una mayor eficacia del papel de la Sala Especializada en la lucha contra el fenómeno de la corrupción, es la posibilidad de endilgarles responsabilidad penal a las personas jurídicas. El artículo 46C del Estatuto de la CAFJDHP dispone que la Corte tendrá jurisdicción sobre personas jurídicas, a excepción de los Estados. Para Kyriakakis (2019), la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una de las contribuciones más progresistas del Protocolo de Malabo si se tiene en cuenta que la jurisdicción *ratione personae* de los tribunales penales internacionales suele estar circunscrita a los individuos.

En lo que a la corrupción se refiere, la responsabilidad penal corporativa puede resultar particularmente útil desde el punto de vista de ciertos actos de corrupción como el cohecho activo. En efecto, si bien existe una creciente convergencia hacia la responsabilidad penal corporativa en los sistemas normativos internos, no existe plena consistencia o convergencia al respecto (Kyriakakis, 2019) y, especialmente en lo relativo a las empresas, sigue habiendo cierta renuencia a criminalizarlas cuando estas han actuado como pagadores de sobornos (Hatchard, 2019). En este contexto, la entrada en vigor del Protocolo de Malabo significará la apertura de un nuevo camino para responsabilizar a las empresas que ofrezcan sobornos a las autoridades a cambio de la adjudicación de contratos, licencias, entre otras prerrogativas.

El artículo 46C contiene otras disposiciones relevantes en relación con la responsabilidad penal corporativa. Por ejemplo, establece que la intención corporativa de cometer un delito podrá establecerse mediante prueba de que era política de la empresa realizar determinada conducta delictiva. Así mismo, establece que una política podrá ser atribuida a una empresa cuando ello provea la explicación más razonable del actuar desplegado por aquella. Por otro lado, también establece que podrá establecerse que se tenía conocimiento de la comisión del delito por parte de una empresa mediante prueba del conocimiento real o presunto de la información con la que se contaba al interior de la empresa. También establece que puede predicarse que se tenía conocimiento del delito al interior de la empresa, aunque la información relevante estuviera dividida entre varios eslabones del organigrama interno. En vista de lo anterior, Kyriakakis (2019) manifiesta que en el artículo 46C se adoptó un modelo organizativo de

responsabilidad corporativa debido al cual la atribución de responsabilidad no dependerá de la culpabilidad de los individuos encargados del manejo de la empresa, sino que la culpabilidad podrá establecerse en el marco de las políticas empresariales y el conocimiento que la empresa, en tanto entidad dotada de una estructura administrativa, haya tenido de la comisión del delito.

Así, de acuerdo con Kyriakakis (2019), el origen de la responsabilidad penal corporativa está en los procesos de toma de decisiones al interior de la empresa. Esto nos lleva a pensar en que el Protocolo de Malabo constituye un aporte al actual esquema de gobernanza global de la conducta empresarial fundado en mecanismos de derecho blando que reafirman la debida diligencia que deben tener las empresas como parte de su responsabilidad de proteger los derechos humanos (Ruggie, 2014). Al mismo tiempo, la responsabilidad corporativa directa en temas penales prevista en el Protocolo de Malabo puede servir de guía para asegurar una mejor gobernanza global de la conducta empresarial en otros ámbitos como los derechos humanos y la protección de las inversiones.

Por ejemplo, en relación con el primer ámbito, autores como Bilchitz (2016) cuestionan la falta de compromiso político para lograr la articulación de mecanismos jurídicos que establezcan obligaciones directas legalmente exigibles a cargo de las empresas en materia de garantía de los derechos humanos. Y, respecto al segundo, autores como Ho (2019) explican la asimetría existente al interior del régimen internacional de inversiones, en el sentido que ha resultado esquivo crear mecanismos legales de responsabilidad para los inversionistas, precisamente por el límite epistémico que se ha forjado en el derecho internacional consistente en circunscribir la responsabilidad individual a las personas naturales y no a las personas jurídicas. De esta forma, el Protocolo de Malabo puede ser tomado como una fuente de inspiración para romper paradigmas regulatorios en el derecho internacional en relación con la conducta empresarial indebida.

Ahora bien, algunas de las disposiciones del Protocolo de Malabo también pueden resultar limitativas de la eficacia del rol que pudiera desempeñar la Sección Especializada en la lucha contra el fenómeno de la corrupción. Para empezar, el encabezado del artículo 28I cualifica los actos de corrupción allí previstos en el sentido que deben ser

de naturaleza grave y afecten la estabilidad de un Estado, región o la Unión. Según Hatchard (2019), las expresiones calificantes “de naturaleza grave” y “que afecten la estabilidad” no son lo suficientemente claras en cuanto a su alcance, lo que podría resultar en la limitación del ejercicio de la jurisdicción de la Sección Especializada en relación con los actos de corrupción señalados en el artículo 28I. Así, por ejemplo, no es claro si la estabilidad debe ser entendida en términos políticos, económicos o de otro tipo. En todo caso, según este mismo autor, es probable que la intención que tuvieron los redactores del Protocolo de Malabo al incluir estas expresiones calificantes fuera la de evitar que la Sección Especializada fuera desbordada con casos de corrupción de poca relevancia, permitiéndole canalizar sus recursos hacia la investigación y enjuiciamiento de la gran corrupción que involucra a altos funcionarios del Estado.

Por otro lado, el artículo 46A bis del Protocolo de Malabo, probablemente la disposición más controversial allí contenida, prohíbe levantar cargos en contra de jefes de estado o de gobierno activos de Estados Miembros de la UA, ni en contra de cualquier persona que actué o tenga el derecho de actuar en tal calidad, o de altos funcionarios públicos sobre la base de sus funciones y durante la tenencia de sus cargos. Esta disposición ha sido blanco de varios cuestionamientos, entre ellos, que promueve la impunidad y resulta incompatible con el derecho internacional consuetudinario (Tladi, 2019). Indubitablemente, como lo señala este autor, tales cuestionamientos tienen como trasfondo político la problemática existente entre la UA y la CPI con relación a que esta última parece haberse focalizado en el juzgamiento de nacionales de Estados africanos.

Similar a otras disposiciones del Protocolo de Malabo que también emplean un lenguaje ambiguo, el alcance efectivo que tendría la inmunidad consagrada en el artículo 46A bis todavía resulta incierto. Por ejemplo, Tladi (2019) encuentra que la disposición no es clara en cuanto a quienes serían las personas con derecho a beneficiarse de la inmunidad, ni si esta se predica de una persona en sí misma considerada o sobre la base de la función que esta desempeña o el cargo que ocupa. De cualquier manera, consideramos que la inmunidad sí podría significar un obstáculo para el papel de la Sección Especializada en la lucha contra el fenómeno de la corrupción. En especial, porque cuando se mira a la corrupción como un problema estructural, es

evidente que en ella pueden estar involucrados funcionarios de alto rango, precisamente aquellos a los que la inmunidad parecería cobijar. En este sentido, cabe resaltar que para autores como Nessi (2019), la eficacia de las actuales respuestas de derecho penal transnacional frente a la corrupción se ha visto comprometida principalmente por decisiones políticas de Estados soberanos, problemática que parecería haberse extrapolado al funcionamiento de la Sala Especializada debido a la cláusula de inmunidad.

Un último aspecto por mencionar, que también podría condicionar la eficacia de la Sección Especializada en la lucha contra la corrupción, guarda relación con la recuperación de activos producto de actuaciones corruptas. En efecto, autores como Hatchard (2019) aseguran que la eficacia de un sistema legal para combatir la corrupción no solo estriba en la posibilidad de enjuiciar a quienes cometen actos de corrupción, sino también en la posibilidad de confiscar el producto de tales actos. El artículo 43A del Protocolo de Malabo establece que, además de sentencias de prisión, la Corte podrá imponer sanciones pecuniarias a las personas condenadas por la comisión de alguno de los delitos sobre los que esta podrá ejercer su jurisdicción. También podrá ordenar el decomiso de cualquier derecho de propiedad, activo o beneficio que haya sido adquirido ilegalmente, ordenando su restitución al legítimo propietario o al Estado despojado.

No obstante, Hatchard (2019) considera que un mecanismo de recuperación de activos en el que la confiscación de la propiedad quede supeditada a que se establezca la responsabilidad del acusado es de poca utilidad práctica si se tiene en cuenta que muchas veces lograr una condena no es posible, máxime si en el contexto del Protocolo de Malabo probablemente no vaya a poder condenarse a varias de las personas que cometan actos de corrupción por la cláusula de inmunidad. El autor asegura que los sistemas de recuperación de activos que permiten tomar acciones en contra de los productos del delito sin necesidad de una condena penal son cada vez más frecuentes, por lo cual, en lo que a este aspecto concierne, las disposiciones del Protocolo de Malabo parecen anticuadas.

3. CONCLUSIONES

En este capítulo se abordaron algunas cuestiones relativas a la Sala Especializada que entrará en operación cuando el Protocolo de Malabo haya obtenido el número de ratificaciones requeridas, y que tendrá jurisdicción para sancionar penalmente la comisión de crímenes internacionales y transnacionales en África. Específicamente, se describió el proceso que condujo a la creación de dicha Sala, su diseño institucional, y el extenso catálogo de conductas punibles que podrá investigar y enjuiciar. En relación con este último aspecto, el énfasis recayó sobre el delito de corrupción. Al respecto, la conclusión en términos generales es que, en el papel, la Sala Especializada presenta rasgos que constituyen tanto innovaciones como limitaciones en referencia a su eventual contribución a la lucha contra el fenómeno de la corrupción.

En relación con lo primero, se destacó la criminalización que, de manera directa, se hace de varios actos de corrupción a partir de un instrumento de derecho internacional. Del mismo modo, se resaltó la importancia de que en el Protocolo de Malabo se prevea responsabilizar penalmente a las personas jurídicas por la comisión o participación en prácticas corruptas. No obstante, al mismo tiempo se destacó que ciertas disposiciones del Protocolo de Malabo pueden erosionar la idoneidad de la Sala Especializada para combatir a la corrupción. En particular, nos referimos a la disposición que les concedió inmunidad jurisdiccional a los jefes de Estado y de Gobierno al interior de la UA.

En suma, existen elementos intrínsecos al Protocolo de Malabo que le confieren a la Sala Especializada el potencial de convertirse en una respuesta efectiva, articulada desde el derecho internacional, frente al fenómeno de la corrupción; al tiempo que otros elementos igualmente intrínsecos vislumbran que, a lo sumo, aquella tendrá un papel limitado en la lucha contra la corrupción.

Por otra parte, en la literatura especializada sobre la materia también se destacan otros aspectos igualmente intrínsecos al funcionamiento de la Sala Especializada que serán determinantes al momento de valorar su eficacia. Por ejemplo, si bien en términos generales el Protocolo de Malabo hace alusión al principio de complementariedad de manera similar

a como este está recogido en el Estatuto de la CPI²⁴, no se tiene claridad sobre cómo se determinaría el carácter complementario de la jurisdicción de la Sala Especializada con respecto a la CPI (Abebe, 2017).

Así mismo, deGuzman (2019) observa que cuando el Protocolo de Malabo se refiere a la inadmisibilidad de un caso porque este es o ha sido objeto de investigación o enjuiciamiento por un Estado que tiene jurisdicción sobre él, salvo que dicho Estado no esté dispuesto a actuar o no pueda hacerlo, omite cualificar este último evento con el uso de la expresión “realmente”, la cual se encuentra consagrada en el Estatuto de la CPI. Según deGuzman (2019), lo anterior puede resultar problemático ya que los jueces de la Sala Especializada no contarán *a priori* con un criterio que les permita determinar si las actividades de investigación y enjuiciamiento llevadas a cabo por los tribunales nacionales han sido adecuadas para los efectos de establecer que se cumplan las exigencias del principio de complementariedad.

Además, el Protocolo de Malabo dispone que la jurisdicción penal de la Sala Especializada también tendrá un carácter complementario con relación a tribunales económicos regionales que tengan la misma atribución, lo cual agrega una nueva posibilidad de interacción a la ya compleja red de relaciones de complementariedad que podrán surgir entre la CAfJDHP, las cortes nacionales de los Estados miembros de la UA, y la propia CPI.

Por último, cabe mencionar el problema de la escasez de recursos que podría comprometer considerablemente la eficacia de la Corte en el cumplimiento de su mandato (Nmehielle, 2019; Ford, 2019). En este sentido, resulta paradójico que uno de los principales aspectos por destacar de la Sala Especializada, esto es, la lista ampliada de crímenes internacionales y transnacionales que estará facultada para investigar sea otro de los factores que a la postre podría terminar erosionando su eficacia. En efecto, la lista de delitos es tan amplia, y al mismo tiempo son tan limitados los recursos de los que dispondrá la Corte, que el mandato que le ha sido conferido pareciera ser un proyecto demasiado ambicioso. Máxime si se considera que, además de ser competente en asuntos de DIP, la Corte conocerá de reclamaciones por infracciones a los derechos humanos cometidas en la región.

²⁴ Estatuto de la CAfJDHP anexo al Protocolo de Malabo, artículo 46H.

REFERENCIAS

Doctrina

- Abebe, Z. (2017). “The African Court with Criminal Jurisdiction and the ICC: Case for Overlapping jurisdiction”. *African Journal of International and Comparative Law*. 25(3), 418-429.
- Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Amnesty International, *Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of The Merged and Expanded African Court*, 22 January 2016, AFR 01/3063/2016.
- Belay, N., & Biegón, J. (2019). “Civil Society and International Criminal Justice in Africa: Perspectives on the Proposed African Court of Justice and Human Rights”. En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 1101-1124). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Benito, D. (2020). “La Respuesta desde el Derecho penal transnacional: especial atención al análisis político-criminal”. En Olasolo, H., Buitrago, E., Mané C., Sánchez Sarmiento, A. (Eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores (en prensa).
- Bilchitz, D. (2016). “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty”. *Business and Human Rights Journal*. 1(2), 203-227.
- Boister, N. (2017). “Responding to Transnational Crime: The Distinguish Features of Transnational Criminal Law”. En Van der Wilt, H. & Paulussen, C. (Eds.), *Legal Responses to Transnational and International Crime: Towards an Integrative Approach* (pp. 27-49). Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.
- Branch, A. (2019). “The African Criminal Court: Towards an Emancipatory Politics”. En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 198-220). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Burneo, J. A. (2009). *Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos*. Lima, Perú: Derecho PUCP.
- Clarke, K., Jalloh, C., & Nmehielle, V. (2019). “Introduction: Origins and Issues of the African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights”. En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice*

- and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 1-54). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Cortés Rodríguez, J. (2017). "El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(17), 251-289.
- deGuzman, M.M. (2019). "Complementarity at the African Court". En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 645-679). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Ford, S. (2019). "Between Hope and Doubt: The Malabo Protocol and the Resource Requirements of an African Criminal Court". En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 1076-1100). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Hatchard, J. (2019). "Combating Corruption Effectively?: The Role of the African Court of Justice and Human Rights". En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 447-504). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Heller, K. J. (2017). "What Is an International Crime? (A Revisionist History)". *Harvard International Law Journal*. 58(2), 353-420.
- Ho, J. (2019). "The Creation of Elusive Investor Responsibility". *AJIL Unbound*, 113, 10-15.
- Jalloh, C. (2019). "A Classification of the Crimes in the Malabo Protocol". En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 225-256). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Kießling, A. (2014). "The Uncertain Fate of the African Court on Human and Peoples' Rights: The Problematic Merger with the African Court of Justice and the Establishment of an International Criminal Law Section". *German Yearbook of International Law*, 57.
- Koskenniemi, M. (2001). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and fall of International Law 1870-1960*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Kyriakakis, J. (2019). "Article 46C: Corporate Criminal Liability at the African Criminal Court". En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 793-837). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Nessi, G. (2017). "Transnational Prosecution of Grand Corruption and its Discontent". En Van der Wilt, H. & Paulussen, C. (Eds.), *Legal Responses*

- to *Transnational and International Crime: Towards an Integrative Approach* (pp. 168-180). Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.
- Nmehielle, V. O. (2014). "Saddling" the New African Regional Human Rights Court with International Criminal Jurisdiction: Innovative, obstructive, expedient? *African Journal of Legal Studies*, 7(1), 7-42.
- Nmehielle, V. O. (2019). "Financing and Sustaining the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights". En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 1057-1075). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Ntanda Nsereko, D., & Ventura, M. (2019). "Perspectives on the International Criminal Jurisdiction of the African Court of Justice and Human Rights Pursuant to the Malabo Protocol (2014)". En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 257-284). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Mallavarapu, S. (2015). "Colonialism and the Responsibility to Protect". En Thakur, R. & Maley W. (Eds.), *Theorising the Responsibility to Protect* (pp. 305-322). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Mutua, M. (2001). "Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights". *Harvard International Law Journal*. 42, 201-245.
- Olasolo, H. & Mané, C. (2020). "La respuesta desde los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional". En Olasolo, H., Buitrago, E., Mané C., Sánchez Sarmiento, A. (Eds.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción: particular atención al ámbito iberoamericano*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores (en prensa).
- Olasolo, H. (2018). *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*. Leiden, Países Bajos: Brill | Nijhoff.
- Olasolo, H. (2017). "Is international criminal law and appropriate mechanism to deal with organised crime in a global society?". En Van der Wilt, H. & Paulussen, C. (Eds.), *Legal Responses to Transnational and International Crime: Towards an Integrative Approach* (pp. 50-68). Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.
- Ruggie, J.G. (2014) *¿Solamente Negocio?* Madrid, España: Editorial Icaria.
- Ruskola, T. (2007). "Legal Orientalism". *Michigan Law Review*, 101, 179-234.

- Starr, S.B. (2007). "Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations". *Northwestern University Law Review*, 101(3), 1257-1314.
- Tladi, D. (2019). "Article 46A Bis: Beyond the Rhetoric". En Jalloh, C., Clarke, K. & Nmehielle, V. (Eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (pp. 850-865). Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Van der Wilt, H. (2017). "Legal Responses to transnational and international crimes: towards an integrative approach?". En Van der Wilt, H. & Paulussen, C. (Eds.), *Legal Responses to Transnational and International Crime: Towards an Integrative Approach*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.

Jurisprudencia Internacional

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, Belgium v Senegal, Judgment, ICJ Reports 2012.

Capítulo XX

**EL PROYECTO COPLA PARA EL
ESTABLECIMIENTO DE UNA CORTE
PENAL LATINOAMERICANA Y
DEL CARIBE CONTRA EL CRIMEN
ORGANIZADO TRANSNACIONAL**

Octavio Sillitti
María Paula López Velásquez*

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo ilustrar cómo surge el proyecto de creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe (COPLA o “la Corte”), que responda a las necesidades de esta región frente a la delincuencia organizada transnacional y la corrupción asociada a la misma. Para ello, se parte de la situación existente en numerosos Estados de la región que enfrentan realidades criminales transfronterizas que requieren de cooperación para lograr abordarlas. Nuevos escenarios de cooperación que responden a perspectivas globalizadas, donde la comisión de crímenes tiene efectos no solo en el Estado donde sucede el mismo, sino en la región, e incluso en el ámbito universal, se tornan por tanto cada vez más necesarios si se quiere tener las condiciones mínimas para garantizar el progreso regional (Currie & León, 2017; Iglesias, 2016).

* La presente contribución se inscribe dentro del proyecto de investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado” (2019-2021), con número de referencia V-FPC009, cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto se encuentra adscrito a la línea de investigación “Crítica al Derecho internacional desde fundamentos filosóficos”, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

En este entendido, las dificultades para afrontar escenarios multi-fronterizos de corrupción, y la erosión de los espacios de cooperación internacional para enfrentarlos (ya sea en el ámbito de las Naciones Unidas o de organizaciones regionales), ponen de presente la necesidad de crear un tribunal internacional de ámbito regional destinado exclusivamente a abordar el crimen organizado transnacional, y la corrupción asociada al mismo, que afecta a América Latina y el Caribe (López, 2015).

Si bien la Corte está pensada para ser, en su estructura, similar a la Corte Penal Internacional (CPI), su jurisdicción estaría limitada a las conductas establecidas en la Convención de las Naciones Unidas para el Crimen Organizado Transnacional, sus Protocolos y los delitos de narcotráfico, lavado de dinero, soborno transnacional e intercambio ilícito de artefactos culturales, cometidos en el territorio de los Estados Parte (Currie & León, 2017). Es por esto que, en caso de que llegue a establecerse, la Corte requerirá una estrecha colaboración multilateral de los Estados que la componen, si se pretende alcanzar su objetivo.

1. LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE COMO LA REGIÓN MÁS VIOLENTA DEL MUNDO DEBIDO AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Según la agencia de las Naciones Unidas contra la droga y el Delito (UNODC), a nivel global el número de homicidios causado por la delincuencia organizada es muy superior a los ocasionados por los conflictos armados o los ataques terroristas. Así, desde 1990 hasta el 2017, se han producido en el mundo casi 12 millones de homicidios causados por la delincuencia organizada, frente a los 2,5 millones de muertes ocasionadas por los conflictos armados y las 336.000 mil que han sido fruto de ataques terroristas. Del mismo modo, en 2017 aproximadamente 464.000 personas en todo el mundo perdieron la vida por violencia generada por el crimen organizado, superando con creces las 89.000 que murieron en conflictos armados en el mismo período. Esto significa que el crimen organizado ha sido por sí mismo responsable de hasta un 19 por ciento de todos los homicidios cometidos en 2017 (UNODC, 2019).

La tasa de homicidio promedio mundial en 2017 oculta dramáticas diferencias regionales. De esta manera, la tasa para el continente americano es la más alta registrada en la región desde 1990, superando significativamente a África, que también se encuentran por encima de la media mundial, mientras que las tasas en Europa, Oceanía y Asia se encuentran muy por debajo de la media mundial (UNODC, 2019). Es por ello que UNODC cataloga a la región latinoamericana como la más violenta del mundo, subrayando que más de una tercera parte de los homicidios (36%) ocurridos en 2019 tuvieron lugar en el continente americano, donde específicamente América Central muestra los promedios más altos (24 víctimas por cada 100000 habitantes), seguido por América del Sur y el Caribe (con cifras de entre 16 y 23 homicidios por cada 100 000 habitantes, similares a las presentadas en el continente africano) (UNODC, 2019).

Ante esta situación, el auge del tráfico de armas, drogas y personas, la multiplicación de las operaciones de lavado de dinero, la corrupción y la cooptación de vastos sectores de la vida política y económica latinoamericana por parte del crimen organizado, tienen enormes repercusiones negativas en la vida de sus ciudadanos, encarnan una amenaza al sistema democrático y republicano de sus países y constituyen uno de los principales frenos al desarrollo de la región. En Latinoamérica, la criminalidad organizada ha desbordado a los países y ha alcanzado una escala regional, convirtiéndose en el principal flagelo para la región, que, si bien es una región en paz, tiene paradójicamente al mismo tiempo los índices más altos de homicidios del mundo (superando incluso a los lugares en donde hay conflicto armados), lo que afecta a su desarrollo económico y condena a la pobreza a una parte importante de su población (Archibugi, 2015).

Esta nueva realidad ha llevado a los distintos Estados latinoamericanos a enfrentarse con la necesidad de plantear nuevas soluciones, en razón a que los problemas regionales requieren soluciones regionales que favorezcan la efectividad de las políticas públicas, aseguren la efectividad de la ley y la protección de los derechos humanos, y garanticen la preservación de la vida junto con la vigencia misma del estado de derecho (Corbino, 2017).

En particular, la extensión de la delincuencia organizada transnacional en Sudamérica pone de presente que no se encuentra, o no se ha

encontrado, una solución a través de las políticas criminales aplicadas hasta el momento por los Estados de la región, lo que se explica por la ausencia de voluntad política, los altísimos niveles de corrupción (especialmente en Estados en situación de conflicto armado), la falta de capacidad estatal para hacer efectiva presencia en todo el territorio nacional y las carencias en materia de investigación, persecución e infraestructura para combatir la delincuencia organizada compleja (Buscaglia & Dijk, 2003). Además, los poderes judiciales de la mayoría de los países de la región han mostrado deficiencias profundas a la hora de perseguir estos crímenes, a lo que se suma la falta de cooperación y de estrategias regionales para poner fin a esta pandemia delictual (Archibugi, 2015).

En este contexto, en el que los Estados se encuentran cada vez más en desventaja ante el avance de la transnacionalización de la actividad de la delincuencia organizada, el incremento de su capacidad de eludir a las autoridades estatales, no cabe duda de la necesidad de contar con una organización jurisdiccional regional que se encargue de investigar, perseguir y condenar a los máximos responsables del crimen organizado transnacional y, de contera, refrenar la pasividad y negligencia con la que actúan las autoridades estatales en la persecución de este flagelo (Iglesias, 2016).

2. LA INICIATIVA DEL PROYECTO COPLA

En este contexto, y trayendo a colación los logros alcanzados por la comunidad internacional en cuanto a la creación de jurisdicciones supranacionales de carácter penal, el proyecto COPLA recuerda como en 1989 la Coalición de Estados del Caribe, liderados por Trinidad y Tobago, propuso a la Asamblea General de Naciones Unidas la creación de una CPI, motivados por la incapacidad de los Estados para abordar los delitos de carácter transnacional, y en especial el narcotráfico y la violencia y corrupción asociadas al mismo (Currie & León, 2017). Si bien la propuesta de Trinidad y Tobago no fue acogida en las negociaciones para el establecimiento de la CPI, cuya jurisdicción se circunscribe únicamente a los denominados crímenes internacionales centrales —*core international crimes*—, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la

agresión, la idea de una Corte que persiguiera la comisión de delitos transnacionales contenidos en instrumentos internacionales fue creciendo en los gobiernos de las Américas y en múltiples organizaciones no gubernamentales de la región. De aquí parte la iniciativa del proyecto COPLA, cuya campaña para promover su creación ha sido desarrollada por una organización no gubernamental denominada Democracia Global (Currie & León, 2017).

La iniciativa de Democracia Global refleja históricamente la apuesta realizada por la sociedad civil y distintas ONGs en el marco de la creación de la CPI, donde el clamor por evitar la impunidad de los máximos responsables por los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto jugó un papel fundamental en su proceso de negociación. En este mismo sentido, el trabajo de Democracia Global resulta ser la piedra angular del proyecto COPLA, cuyo borrador de estatuto ha sido elaborado por los expertos convocados por la misma (Currie & León, 2017).

Aunado a esto, la campaña por el establecimiento de COPLA ha contado con la firma de adhesión de varias personalidades de la esfera política regional e internacional, así como de destacados académicos y juristas. En ese sentido, cabe mencionar que, en julio de 2018, los copresidentes de la Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana (EUROLAT) enviaron a los ministros de Asuntos Exteriores de la Unión Europea, así como a la CELAC y a las Naciones Unidas, una manifestación de apoyo al establecimiento de COPLA, como una nueva solución para perseguir los delitos relacionados con el narcotráfico y el crimen organizado, tal y como lo ha manifestado la coalición para la COPLA (Coalición COPLA, 2018). Ese mismo año (2018), los ministros de Justicia y Seguridad e Interior del MERCOSUR firmaron una declaración conjunta en apoyo a COPLA como una iniciativa viable para luchar contra el crimen organizado transnacional, con el fin de alcanzar una región libre de tráficos y sin crimen organizado (Diputados Argentina, 2018). Asimismo, es importante resaltar que, en el 2016, el Senado y la Cámara de Diputados de la República Argentina emitieron una declaración de apoyo a la creación de este organismo regional. Finalmente, en el marco del Foro de Presidentes de Parlamentos con ocasión del G20, en el 2018 se firmó la Declaración de Buenos Aires en apoyo a la creación de COPLA, suscrita por los

representantes gubernamentales de Argentina, Bolivia, República Dominicana, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela¹.

A la luz de lo anterior, parecería que un organismo regional como COPLA podría llegar a ser fundamental en la persecución penal de las cúpulas de la delincuencia organizada transnacional, la confiscación de sus bienes y el desarme de sus organizaciones. Podría además llegar a promover la mejora de las legislaciones penales nacionales y el impulso para llevar a cabo las investigaciones y persecuciones penales correspondientes, así como favorecer la cooperación judicial y policial internacional y ofrecer protección a los testigos de los delitos y a los activistas y voluntarios que combaten la criminalidad organizada y sus consecuencias. Pero, sobre todo, esta Corte parece que podría materializar una esperanza para aquella infinidad de víctimas del crimen organizado transnacional que se encuentran huérfanas de justicia por la ineficacia de las jurisdicciones nacionales.

3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE COPLA: PERMANENCIA, JURISDICCIÓN MATERIAL, COMPLEMENTARIEDAD Y ÉNFASIS EN LOS MÁXIMOS RESPONSABLES

A diferencia de los tribunales internacionales e híbridos que han tenido jurisdicción sobre los crímenes internacionales centrales, la jurisdicción material de COPLA se centraría en los denominados delitos transnacionales. Estos últimos tienen su fundamento jurídico en el derecho doméstico, pero a diferencia de los delitos internos, tienen efectos que sobrepasan las fronteras nacionales. De esta manera, el proyecto COPLA se dirige primordialmente a explorar el potencial supranacional del enfoque del Derecho Penal Transnacional (Currie & León, 2017), que, a diferencia del Derecho Internacional Público o del Derecho Internacional Penal, se caracteriza porque se nutre directamente de las experiencias propias de los Estados Parte y de sus sistemas domésticos. Así, si bien la Corte tendría la autonomía propia

¹ Véase: Congreso de la Nación (2018). Declaración de Buenos Aires. [Disponible en: https://c74b2f82-775e-4a63-8219-2662c062ca68.filesusr.com/ugd/4da135_83dda105c83f427e9b1ee6de8896a080.pdf]

de una jurisdicción independiente, la experiencia es completamente distinta, porque radica en una aproximación estrechamente ligada con la realidad cotidiana de la región.

Más allá de esto, en términos interdisciplinarios, el trabajo colaborativo entre Estados fruto de las nuevas realidades, que sería el fundamento de COPLA, se ha analizado desde la perspectiva de lo que se ha denominado como el “cosmopolitismo”. Archibugi (2015) se refiere a este como una corriente de la teoría política que desarrolla consideraciones sobre responsabilidades que superan fronteras, justicia retributiva, organización política y ética global². Tal ha sido su impacto, que se ha planteado la posibilidad de establecer una teoría cosmopolita del derecho que podría modificar las organizaciones internacionales existentes, o incluso, crear nuevas (Archibugi, 2015). Según esta teoría, se parte del supuesto de que las violaciones de derechos tienen un impacto universal porque, conforme a la concepción cosmopolita del Derecho, las violaciones son percibidas en todas partes debido a las interconexiones humanas. Se trata en definitiva de la apreciación kantiana de la violación de derechos, que se aparta del derecho público y del derecho internacional, y se asienta en lo que hoy entendemos como globalización (Archibugi, 2015).

Aplicando la concepción cosmopolita del Derecho, se observa que Latinoamérica y el Caribe comparten unas violaciones comunes que generan efectos en toda la región y que necesitan de una intervención focalizada y de fuentes nacionales que aborden las particularidades internas que en ocasiones no son consideradas por el Derecho Internacional. En este contexto, los Estados Parte podrían, a través de COPLA, llegar a asumir en mayor medida sus obligaciones bajo distintos instrumentos internacionales que definen las conductas punibles recogidas en su Estatuto. En este sentido, es de resaltar que normalmente los Estados afectados por las mismas conductas delictivas son impulsados a negociar los denominados *suppression treaties*, donde lo que se busca es que los Estados Parte criminalicen ciertas conductas y provean asistencia a los demás Estados Parte, con el ánimo de suprimir dichas conductas

² Ver igualmente: Eleftheriadis, P. (2003). Cosmopolitan Law. *European Law Journal*, 9(2), 241-263; Brown, G.W. (2008). Moving from Cosmopolitan Legal Theory to Legal Practice: Models of Cosmopolitan Law. *Legal Studies*, 28(3), 327-492.

debido a que provocan preocupación internacional (Bassiouni, 1999). Sin embargo, en el caso de COPLA, los Estados latinoamericanos y caribeños tienen la posibilidad de dialogar y plantear herramientas en un escenario de igualdad entre ellos, donde a diferencia del ámbito de negociación de los *suppression treaties*, que tienen como característica la primacía de los intereses del hegemón de la sociedad internacional del momento, cada Estado puede actuar colaborativamente cuidando sus propios intereses (Currie & León, 2017).

Con base en lo anterior, el Estatuto de COPLA prevé que la Corte sea una institución permanente con jurisdicción sobre personas involucradas en la delincuencia organizada transnacional, teniendo como principal referencia normativa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (Convención de Palermo y sus Protocolos). Según el artículo 5 del Estatuto de COPLA, su jurisdicción material incluye el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas; la fabricación y/o tráfico ilícito de armas de fuego, sus componentes, piezas y municiones; trata de personas; tráfico ilícito de migrantes; tráfico de bienes culturales; lavado de dinero; y soborno transnacional. Cada uno de estos delitos se encuentra tipificado en el artículo 6, que recoge la mayoría de las definiciones contenidas en la Convención de Palermo, sus Protocolos y algunas otras convenciones internacionales.

Sin embargo, hay que señalar que los delitos enumerados requieren, en general, un mayor desarrollo en su definición para su aplicación. De esta manera, si bien las definiciones contenidas en las convenciones internacionales son un buen punto de partida, no se puede olvidar que las mismas se limitan a ser un vehículo para el acuerdo entre los Estados Parte sobre los atributos generales de los delitos en cuestión. (Iglesias, 2016; Currie & León, 2017).

El Estatuto de COPLA prevé además un sistema de complementariedad similar al que se recoge en el Estatuto de la CPI, donde la jurisdicción de COPLA tendrá una naturaleza complementaria de las jurisdicciones nacionales y sólo se activará en el caso de que las mismas no actúen frente a un caso específico, o en caso de actuar carezcan de la disposición o la capacidad para abordarlo realmente³.

³ Artículo 1 del borrador del Estatuto COPLA.

De esta manera, la complementariedad de la jurisdicción de COPLA constituye ciertamente uno de los pilares de su Estatuto y refleja la voluntad de que COPLA no sustituya a las jurisdicciones nacionales, sino que las refuerce mediante su actuar complementario. Currie & León (2017). El Estatuto de COPLA establece también en su artículo 1 que la Corte no está destinada a ser un foro para el enjuiciamiento de autores materiales de delitos ordinarios, sino que “[su] propósito será investigar y enjuiciar los líderes y jefes de organizaciones criminales”, lo que está estrechamente relacionado con la construcción dogmática del concepto de autoría mediata por Claus Roxin para perseguir a quienes controlan las organizaciones a través de las que se cometen los delitos (Roxin, 2015). Es por ello que sus funciones principales serán la persecución penal más allá del ámbito nacional de quienes tienen un mayor rango en los grupos de la delincuencia organizada transnacional y la confiscación y decomiso de los bienes de esas organizaciones.

De esta manera, la creación de COPLA supondría el establecimiento de un nuevo mecanismo para la persecución del crimen organizado en la región, que se uniría a los hasta ahora utilizados por las jurisdicciones nacionales, favoreciendo la cooperación judicial y de las fuerzas y cuerpos de seguridad de los Estados Parte, y permitiendo el acceso a la justicia de miles de víctimas que no encuentran respuesta a sus reclamos en sus Estados. Así mismo, su carácter complementario permitiría que la Corte promoviera la mejora de las legislaciones penales nacionales en materia de delincuencia organizada. Además, la naturaleza de las conductas recogidas en su jurisdicción material deja entrever que el objetivo último de COPLA es dismantelar las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional, menoscabar su funcionamiento y, sobre todo, desarticular su entramado económico, que es el fin último al que se dirigen los tipos penales recogidos en su Estatuto. Este último elemento distintivo de COPLA es un rasgo que debería ser acogido por otros tribunales internacionales como la CPI, porque la identificación y afectación de las finanzas de quienes cometen los crímenes más graves para la comunidad internacional es en la actualidad el verdadero talón de Aquiles del sistema existente para su persecución penal.

4. PROBLEMAS DE VOLUNTAD POLÍTICA PARA LA CREACIÓN Y EL EFECTIVO FUNCIONAMIENTO DE COPLA

Pensar en una jurisdicción penal regional contra el crimen organizado resulta ser una idea que a día de hoy cuesta imaginar que pueda ser realizable y que, si lo fuese, pueda tener éxito. La región ha demostrado uno de los mayores índices de corrupción en el mundo, donde las mismas instituciones y el Estado de Derecho han sido las primeras víctimas. En consecuencia, es difícil creer que pueda existir un compromiso real los Estados de la región en constituir un organismo que se ocupe de investigar a dirigentes de organizaciones que la mayoría de las veces tienen vínculos con las autoridades de las más altas esferas del poder político de turno. De hecho, se puede esperar que las investigaciones, las entregas de material probatorio y eventualmente de los acusados puedan verse entorpecidas por el cuidado en preservar intereses políticos (Iglesias, 2016). Si bien COPLA es un mecanismo de aplicación del Derecho Penal Transnacional, su debida aplicación necesita de medidas efectivas de investigación y una colaboración estructural que evidencie un ánimo colaborativo indispensable para la eficacia de los organismos supranacionales. De hecho, la experiencia de la CPI ha demostrado que sin la colaboración de los Estados no es posible cumplir con los objetivos para los cuales ha sido creada (Kress & Webb, 2012).

En este sentido, conviene recordar que, con independencia de que la CPI y COPLA se presenten como jurisdicciones complementarias, que requieren del cumplimiento de los requisitos recogidos en los artículos 17 y 10 de sus respectivos Estatutos, lo cierto es que es una constante el escepticismo que la CPI y COPLA generan en los Estados latinoamericanos y del Caribe, que dudan entre asumir una posición proteccionista de su soberanía nacional, y la necesidad de involucrarse en sistemas de colaboración bilateral o multilateral en determinados escenarios, en particular en lo que se refiere a la lucha contra los crímenes internacionales centrales y la delincuencia organizada transnacional (Archibugi, 2015). Por ello, a pesar de la necesidad de establecer instituciones regionales como COPLA, y de su apoyo por la sociedad civil y por ciertos Estados, la idea de que las autoridades nacionales colaboren con una organización supranacional resulta difícil

de concretar. Esta situación es particularmente intensa en una región donde la colaboración y el auxilio judicial mutuo no ha sido hasta el momento destacable; especialmente si el mismo implica aceptar falencias internas que han generado, generan o podrían generar efectos en terceros Estados (Currie & León, 2017).

Finalmente, no podemos olvidar que crear y poner en funcionamiento una organización jurisdiccional de ámbito regional requiere de cuantiosas sumas de dinero que deben ser aportadas por los Estados Parte. Por ello, el déficit presupuestario de los Estados de la región complica todavía más si cabe la creación y el mantenimiento de un organismo de tal envergadura, como se puede observar con la situación existente en los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde los Estados aprueban partidas presupuestarias insuficientes para que la Corte IDH y la CIDH puedan desarrollar de manera eficaz sus funciones (Heinrich Böll Stiftung, 2016).

5. CONCLUSIÓN

El presente capítulo ha analizado cómo los índices de criminalidad crecientes en América Latina y el Caribe muestran la necesidad de crear una jurisdicción penal de ámbito regional que aborde los crímenes y corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional. De establecerse, COPLA cumpliría una función similar a la de la CPI, al tener una jurisdicción complementaria frente a las jurisdicciones nacionales de los Estados de la región, si bien no aplicaría el derecho internacional penal, sino los tipos penales recogidos en su Estatuto con base a lo dispuesto en el derecho penal transnacional.

Sin embargo, incluso si COPLA llegara a ser establecida, lo que es ciertamente poco probable, surgiría con muchas amenazas que comprometerían seriamente su permanencia en el tiempo, como lo muestran, entre otras circunstancias, la previsible falta de compromiso de los Estados latinoamericanos y caribeños para una cooperación eficaz con COPLA y las presumibles limitaciones presupuestarias con las que tendría que llevar a cabo sus funciones.

REFERENCIAS

Doctrina

- Archibugi, D. (2013). A Cosmopolitan Perspective on Global Criminal Justice, Preliminary versions of this paper have been presented at International Studies Association Annual Convention, New Orleans, 2010; at the Conference on “Cosmopolitanism and Conflict”, John Cabot University, convened by Tom Bailey, Rome, October 2013; and at the Conference “Critical Foundations of Contemporary Cosmopolitanism”, convened by Tamara Caraus, New Europe College, Bucharest, Romania, November 2013.
- Bassiouni, M. C. (1999). *The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework*, in *1 International Criminal Law*, at 3. Transnational Publishers.
- Buscaglia, E. & Van Dijk, J. (2003) Controlling Organized Crime and Corruption in the Public Sector. *Forum on Crime and Society*, 3(1), 3-34.
- Corbino, M. (2017). Corte Penal Latinoamericana y del Caribe (COPLA). *Anuario en Relaciones Internacionales del IRI*, 1-3.
- Currie, J. R. & Leon, J. (2018). COPLA: A Transnational Criminal Court for Latin America & the Caribbean. *Nordic Journal of International Law*, 1, 1-53.
- Brown, G. W. (2008). Moving from Cosmopolitan Legal Theory to Legal Practice: Models of Cosmopolitan Law. *Legal Studies*, 28(3), 403-451.
- Iglesias, F. A. (2016). La Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado. Una Propuesta institucional regional para un problema de toda América Latina, *Revista Debates Latinoamericanos*, 14 (29).
- Kress, C. & Webb, P. (2012). Introduction. *Journal of International Criminal Justice*, 10 (1), 3-6.
- Neil Boister. (2002). Human Rights protections in the suppression conventions, *Human Rights Law Review*, Volume 2, Issue 2, Autumn 2002, <https://doi.org/10.1093/hrlr/2.2.199>
- Pavlos Eleftheriadis. (2003) “Cosmopolitan Law”, *European Law Journal*, vol. 9, no. 2 (2003).
- Roxin, Claus. (2015) *Täterschaft und Tatherrschaft*. Neunte Auflage. Berlin: De Gruyter, 2015.

Otras Referencias

- Heinrich Böll Stiftung. (2016). La crisis financiera de la CIDH, Ciudad de México, México y el Caribe, [Disponible en: <https://mx.boell.org/es/2016/08/26/la-crisis-financiera-de-la-cidh>].

López, M. R. (2015). *La iniciativa por una Corte Penal Latinoamericana contra el Crimen Organizado*. Equilibrium Global. [Disponible en: <https://equilibriumglobal.com/la-movida-por-una-corte-penal-latinoamericana-contra-el-crimen-organizado/>]

Presentación Delincuencia Organizada-Estrategias para la creación de una Corte Penal Latinoamericana y el Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado, titulada: “Criminalidad Transnacional-Presentación FLAC-SO”.

UNODC. (2013). *World Drug Report*. [Disponible en: https://www.unodc.org/unodc/secured/wdr/wdr2013/World_Drug_Report_2013.pdf]

UNODC. (2019). *Reportes UNODC, índices de criminalidad en Latinoamérica y el Caribe*.

Capítulo XXI

**LA COMISIÓN INTERNACIONAL
CONTRA LA IMPUNIDAD EN
GUATEMALA EN LA LUCHA CONTRA
LA CORRUPCIÓN ASOCIADA
AL CRIMEN ORGANIZADO
TRANSNACIONAL**

Léa Reus
Miguel Zamora

INTRODUCCIÓN

Los capítulos anteriores han explorado principalmente la variedad de herramientas jurídicas a nivel nacional, regional e internacional que los Estados y conjuntos de Estados tienen a su disposición para combatir la corrupción y el crimen organizado transnacional. En cambio, este capítulo se pregunta específicamente qué hacer ante la ausencia de herramientas y capacidades de los sistemas nacionales, e intenta delinear un camino para que los Estados infiltrados por el crimen organizado transnacional puedan enfrentar la corrupción a pesar de la oposición de los intereses afectados y los poderes fácticos. De esta manera, se analiza en particular la manera en que sería posible que un Estado, cuyas instituciones y sistema de justicia están capturados por la corrupción, pueda realizar un cambio (giro) cualitativo en el sistema encargado de la persecución penal con el fin de dismantelar la influencia de esos mismos grupos criminales.

Consideramos que la experiencia de la Comisión contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) presenta una respuesta sólida a la pregunta, y muestra que, si reúne ciertas condiciones, un mecanismo que entrelaza elementos nacionales e internacionales puede generar cambios estructurales positivos en el sistema de justicia de un Estado. Revisando los doce años de trabajo de la CICIG, intentamos identi-

ficar cuáles fueron estas condiciones que llevaron a la revitalización del sistema de justicia guatemalteco en materia de persecución penal de la corrupción. Así mismo, tratamos de delinear un modelo que sea exportable a otros países, al observar con preocupación que, tras la experiencia exitosa de la CICIG, los países vecinos de Guatemala, que padecen similares problemas en cuanto a la toma de sus instituciones estatales por el crimen organizado transnacional, han creado mecanismos inspirados por la CICIG, en los que, sin embargo, faltan ciertos atributos claves que hicieron de la CICIG un mecanismo eficaz¹.

Para ello, retomamos, en primer lugar, el análisis de cómo la CICIG representa un primer ejemplo de “mecanismo injerto” (Zamora, 2019), o sea, un mecanismo ajeno que es introducido al sistema nacional para fortalecerlo y formar parte del mismo. En segundo lugar, analizamos el trabajo de la CICIG, que provocó un cambio en la persecución penal de la corrupción en Guatemala. Finalmente, estudiamos los riesgos de una salida abrupta de los mecanismos injertos del ámbito nacional, tal como refleja la experiencia de la CICIG en Guatemala.

1. UN BOSQUEJO DE LA EVOLUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y DEL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL EN GUATEMALA

A pesar de que los capítulos precedentes examinan el fenómeno de la corrupción en detalle, nos parece necesario, con el fin de clarificar los conceptos utilizados en este trabajo, realizar un análisis conciso sobre el vínculo entre corrupción y crimen organizado en Guatemala.

Las manifestaciones de la corrupción son muchas, pero comparten el hecho de que suponen la creación de nuevas reglas, o la transgre-

¹ Por ejemplo, ver la breve experiencia de la Misión de Apoyo contra la Corrupción (MACCIH), la cual no gozaba de las amplias potestades otorgadas a la CICIG, tal como la facultad de llevar a cabo persecuciones penales con la fiscalía, y las recién inauguradas Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador (CICIES) y Comisión de Expertos Internacionales Contra la Corrupción en Ecuador (CEICCE), que se limitan a funciones de asesoramiento técnico y no de investigación independiente (Reinold, 2020).

sión de las reglas establecidas, para favorecer indebidamente a una minoría. En este sentido, la corrupción es, en esencia, una violación de las normas internas de una sociedad, si bien frecuentemente involucra actos o actores que trascienden las fronteras.

Como ha sido previamente discutido en esta obra, entre los grupos más importantes involucrados en la corrupción se encuentran las elites nacionales, las empresas transnacionales y los grupos armados criminales transnacionales. Estos tres grupos han competido y siguen compitiendo por el control del Estado para que sus intereses sean favorecidos. Como consecuencia, el poder regulador del Estado es cooptado en favor de estos grupos y los recursos estatales se redirigen hacia los mismos. Esto resulta en que el Estado pierde recursos y capacidades para brindar a la mayoría de su población servicios básicos como la seguridad social, la salud, la educación y la justicia. En Iberoamérica, este fenómeno ha existido desde la conquista bajo la forma del acaparamiento de tierras de forma violenta y la instalación de sistemas semif feudales, que han permitido a las élites aprobar leyes para enriquecerse a costa del desgaste del sistema social (Dosal, 1995; Schneider, 2012; ICEFI, 2015). Las relaciones entre las elites iberoamericanas precedieron a la demarcación de las fronteras nacionales, y en ese sentido siempre han sido transnacionales (Casaús Arzú, 1992; Casaús Arzú, 1999).

En Guatemala, las elites se concentraron en una oligarquía que controlaba el poder económico, político y militar, y que utilizó este poder para establecer leyes y normas racistas que les permitieron acumular más capital a costa de la mayoría de la población (Casaús Arzú, 1992; Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 1999; ICEFI, 2015). De esta forma, el sistema económico se desarrolló con base en prácticas corruptas permitidas por el derecho, lo que fue acompañado por una constante violación a los derechos humanos de la población. Las expresiones democráticas que tuvieron éxito en la Revolución de 1944 enfrentaron el sistema tradicional y, por ende, el poder de las élites, que instrumentalizó al ejército, la contrainteligencia militar y los grupos paramilitares para recomponer su orden frente a cualquier tipo de oposición que pudiera aparecer.

Esta situación de corrupción política con delincuencia política se mantuvo con mayor o menor intensidad hasta finales del conflicto

armado en 1996. Sin embargo, ya desde hacía varias décadas, el Ejército (y en particular desde la profesionalización del Ejército durante el proceso de democratización) constituía un grupo de poder propio, lo que generó, entre otras cosas, que cuando la oligarquía guatemalteca, con el importante apoyo y coordinación de las fuerzas norteamericanas, lanzó un golpe de Estado en 1954, fuera necesario primero corromper al Ejército para que aceptara el derrocamiento del gobierno democrático, y posteriormente premiarlo con una posición de poder durante las varias décadas de duración del conflicto armado.

Como resultado, durante este periodo el sector militar aumento significativamente su poder económico y político con el nombramiento de militares a cargo de instituciones civiles, el robo de tierras a través de campañas de tierra arrastrada (Decoodt, 2011), el despliegue y articulación de redes paramilitares por todo el país y el fortalecimiento de relaciones con otras fuerzas armadas en la región.

El ascenso de grupos de militares al poder provocó la disputa entre la oligarquía y las nuevas elites militares por el control del Estado, lo cual ha propiciado, tras la firma del Acuerdo de Paz en 1996, nuevas formas de infiltración de las instituciones estatales, marcando la captura total del Estado. Surge así la delincuencia común fortalecida por el realineamiento de las fuerzas militares y paramilitares al terminar el conflicto. Estas estructuras, que buscaban asegurarse la impunidad, se transformaron en auténticas redes político-económicas ilícitas (RPEI), y desarrollaron redes de funcionarios para facilitar la malversación de fondos del Estado, con la sofisticación y capacidad de tomar el control de las instituciones del Estado (CIDH, 2019). De ahí, los estrechos vínculos existentes entre las fuerzas armadas nacionales y los grupos armados al margen de la ley (Skeen, 2009; Evans & Franzblau, 2013; MINUGUA, 2004).

En consecuencia, fueron la proliferación de estos nuevos grupos clandestinos y el fuerte auge de la violencia², la corrupción y la narcoactividad en la década siguiente a la firma del Acuerdo de Paz en Guatemala en 1996, los hicieron evidente la necesidad de encontrar

² En 2002, seis años después de la Firma de la Paz, la tasa de homicidios en Guatemala superó los 30 homicidios por cada 100.000 habitantes, tachando Guatemala como uno de los países más peligrosos en el mundo (UNODC, 2014).

nuevos mecanismos para que las instituciones legítimas del país retomaran el control del Estado. La respuesta a esta crisis institucional del estado de derecho fue el establecimiento de un mecanismo injerto como la CICIG.

2. BREVE PRESENTACIÓN DE LA CICIG

La CICIG surgió como el resultado de los esfuerzos continuados durante décadas de la sociedad civil organizada en Guatemala. Las bases jurídicas para la constitución de la CICIG se encuentran principalmente en los Acuerdos de Paz que se firmaron entre el Gobierno de Guatemala y las fuerzas revolucionarias en los años noventa, que dieron fin a cuatro décadas de conflicto armado. De esta manera, el Estado de Guatemala se comprometió en el artículo IV.1 del Acuerdo Global sobre Derechos Humanos a “combatir cualquier manifestación de (cuerpos ilegales o aparatos clandestinos de seguridad)” (Acuerdo Global sobre Derechos Humanos, 1994). La inclusión de esta cláusula se debió en gran medida a la incidencia de organizaciones de la sociedad civil en las negociaciones de paz (Wilson, 1997; Álvarez, 2002a).

Posteriormente, ante la creciente tasa de delincuencia, crimen organizado, y violaciones a los derechos humanos, una nueva agrupación de organizaciones de la sociedad civil comenzó a abogar nuevamente por la creación de un órgano internacional para asegurar que el Estado de Guatemala cumpliera con las obligaciones que le imponían los Acuerdos de Paz en relación con el combate a la impunidad y la desarticulación de grupos criminales clandestinos incrustados en el Estado (WOLA, 2003; Granowsky-Larsen, 2007).

A finales de 2006, por acuerdo entre el Estado de Guatemala y la Organización de las Naciones Unidas, se creó la CICIG (Acuerdo CICIG, 2006)³. Su mandato refleja las obligaciones del Estado

³ En la década precedente a la creación de la CICIG, la sociedad civil guatemalteca y los países amigos a Guatemala intentaron crear otros mecanismos con mayores facultades para actuar de forma independiente en la persecución penal de personas, sin embargo, no prosperaron debido a una decisión judicial que determinó que ese tipo de mecanismo violaría la Constitución Política de la República de Guatemala por usurpar funciones del Ministerio Público (Reus & Zamora, 2018).

conforme a lo establecido en el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos, encargando a la CICIG: (a) investigar “la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad que cometen delitos que afectan a los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos de Guatemala”; (b) “colaborar con el Estado en la desarticulación” de los mismos; y (c) “recomendar al Estado de Guatemala para la adopción de políticas públicas destinadas a erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad” (Acuerdo CICIG, 2006).

La labor de la CICIG arrancó en 2007 con un equipo mixto internacional-nacional de abogados, investigadores, y especialistas forenses e informáticos en el rastreo de información financiera. En concreto, el artículo 3 del Acuerdo CICIG le facultó, entre otras cosas, para: (a) promover la persecución penal de presuntos integrantes de redes del crimen organizado como querellante adhesivo⁴; (b) promover como tercer interesado sanciones administrativas contra funcionarios presuntamente involucrados en actos de corrupción; (c) proporcionar asesoría técnica a instituciones del Estado en la investigación y persecución penal de redes ilegales; y (d) publicar informes sobre sus actividades, incluyendo recomendaciones al Estado. A cambio, el Estado se comprometió a cooperar con la CICIG, a través de la creación de una unidad especializada en el Ministerio Público para trabajar de forma coordinada con la CICIG. Esta entidad, que eventualmente sería conocida como la Fiscalía Especial Contra la Impunidad, ha seguido trabajando los casos, aplicando las prácticas de investigación y persecución, y abogando por las refor-

⁴ La figura de querellante adhesivo se encuentra en el artículo 116 del Código Procesal Penal de Guatemala y permite a víctimas y asociaciones participar en juicios como partes civiles. En 1992, Guatemala fue el segundo país en Latinoamérica que pasó de un sistema penal inquisitivo a uno acusatorio. De esta manera, en el marco de un posconflicto caracterizado por las iniciativas de la sociedad civil para responsabilizar al Estado por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto, se fortaleció la figura del querellante adhesivo, que otorga a la víctima, o su representante legal, la posibilidad de tomar casi cualquier acción que la fiscalía está capacitada para adoptar en el proceso (Código Penal Procesal; Prado Ayau, 2006; Morales Álvarez, 2006; Bovino, 1994; Ramirez García & Urbina, 2000).

mas que se elaboraron con la CICIG, tras más de un año desde que la CICIG haya dejado de tener presencia en el país.

De acuerdo con su mandato, la CICIG ha desarrollado su mandato en Guatemala durante doce años en los cuales ha participado como querellante adhesivo en más de 120 casos penales complejos en contra de integrantes de redes criminales. Además, ha redactado y brindado constante asesoramiento técnico en muchos más casos penales, y ha facilitado la elaboración de docenas de reformas a la justicia.

Tabla 1
Casos Judicializados por la CICIG por año (cumulativo)



El trabajo de la CICIG ha estado caracterizado por su íntima relación con las instituciones nacionales debido a tres factores principales. En primer lugar, la CICIG ha constituido un mecanismo excepcional por haber sido una organización internacional con abogados extranjeros que ha podido participar en la persecución penal en tribunales nacionales. En segundo lugar, las investigaciones de la CICIG no han gozado de un esquema de reglas especializadas, sino que han estado reguladas por las leyes procesales de Guatemala. En tercer lugar, las investigaciones de la CICIG han sido desarrolladas junto con instituciones del Estado. Estos elementos de colaboración nacional-internacional son el fundamento de un mecanismo injerto, como será discutido en detalle más adelante.

3. LAS LIMITACIONES DE LAS SOLUCIONES TRADICIONALES Y LAS VENTAJAS DE LOS MECANISMOS INJERTOS COMO RESPUESTA A LOS DESAFÍOS DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

3.1. *Las limitaciones de las respuestas tradicionales a crímenes de alcance internacional*

Existen dos grandes categorías de mecanismos de justicia internacional que pueden priorizar uno sus dos principales macroobjetivos. Cada una tiene ventajas y limitaciones, como se ilustra en la Tabla 2, y la decisión sobre cuál es la más adecuada para un escenario particular depende de los resultados esperados al poner fin a su actuación.

Tabla 2
Macro-categorías de mecanismos internacionales de justicia

	Mecanismo vicario	Mecanismo de apoyo
Justicia Particular	Tribunales internacionales (por ejemplo, la CPI, la Corte IDH), jurisdicción universal ⁵ y comisiones de verificación o investigación	Tribunales y Salas Especializadas híbridas (por ejemplo, las ECCC)
Sistema de Justicia	Mecanismos de recomendación compuestos por expertos (por ejemplo, el MESICIG)	Mecanismos injertos (por ejemplo, la CICIG)

En el caso de captura del aparato estatal por grupos de la delincuencia organizada transnacional, resulta imprescindible la recuperación de la autonomía del Estado para volver a promover el desarrollo social con base en una rigurosa aplicación del estado de derecho. Por lo tanto, los mecanismos de apoyo que buscan fortalecer los sistemas

⁵ En el uso aquí, diferenciamos el ejercicio de jurisdicción extraterritorial sobre un ciudadano u organización en determinado país por acciones realizadas en otro país, del ejercicio de jurisdicción por un país tercero sin un enlace directo con los hechos.

de justicia nacionales, más allá de lograr condenas en casos particulares, son particularmente adecuados en estos contextos.

Por el contrario, los mecanismos vicarios de justicia regionales e internacionales se muestran con frecuencia insuficientes (Milanović, 2016; Olasolo, 2016). Así, por ejemplo, no existe un mecanismo de justicia internacional con jurisdicción para condenar penalmente a las personas responsables de actos de corrupción, o sancionar a los Estados por tales prácticas. Además, la naturaleza de las instancias internacionales es asegurar que se hace justicia en los casos particulares que les son sometidos, como los casos examinados por la CPI (Estatuto de Roma, 1998; Olasolo, 2016).

Aunque estos tipos de instancias abordan casos específicos emblemáticos de situaciones nacionales, requieren la individualización de los responsables y las víctimas, cuando los delitos se llevan a través de complejas estructuras organizadas de poder, con una multitud de presuntos responsables y pocas víctimas identificadas. Así mismo, estos mecanismos que reemplazan o complementan el trabajo de los tribunales nacionales, carecen muchas veces de un efecto disuasivo, y no tienen la capacidad para imponer medidas sancionatorias frente a los responsables de casos de corrupción (Stephenson, 2019).

Por su parte, a nivel regional, la CIDH y la Corte IDH pueden ser utilizadas como herramientas complementarias de apoyo a las actuaciones penales nacionales, proporcionando protección a ciertas personas que testifican en los procesos o son amenazadas por redes criminales (como ocurre frecuentemente con los operadores de justicia), a través del otorgamiento de medidas de protección.

Sin embargo, su alcance se limita a las violaciones graves a los derechos humanos recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, siempre y cuando se pueda comprobar la afectación de una o más víctimas identificadas. Además, aunque estos casos pueden generar mejoras sistemáticas en el acceso de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos a la justicia, no entra en su mandato abordar directamente los crímenes asociados a la corrupción.

Finalmente, existen mecanismos como el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana en contra de la Corrupción (“MESICIC”) de la Organización de Estados Americanos (“OEA”), que emite recomendaciones no vinculantes a

los Estados en materia de lucha contra la corrupción. Aunque este tipo de mecanismos tiene como objetivo mejorar el sistema de justicia nacional, lo cierto es que, al ser ajenos al sistema, lo más probable es que las recomendaciones esporádicas que emiten no lleguen a ser conocidas (ni solicitadas) por la población local.

Además, en un contexto de completa captura de los sistemas estatales (como el abordado en el presente trabajo), la aplicación de las recomendaciones de este tipo de organismos constituye un auténtico desafío, porque las instituciones estatales carecen de suficiente independencia y no existe un mecanismo de rendición de cuentas cuando evitan su implementación.

3.2. Las ventajas de la implementación de un mecanismo “injerto”

El concepto del “mecanismo injerto” fue desarrollado por Zamora, basándose en la idea de “traducciones y trasplantes jurídicos” de Langer (Langer, 2004; Zamora, 2019). En un análisis de la eficacia de los esfuerzos por exportar el sistema acusatorio norteamericano a Latinoamérica, Langer explica que, a pesar de la introducción de las nuevas ideas y construcciones jurídicas, la implementación e interpretación del sistema acusatorio de justicia se transforma siempre de acuerdo al pensamiento del sistema nacional. Es decir, el trasplante jurídico del sistema de un país en otro no logra un efecto mayor sobre el sistema por sí mismo.

A diferencia de un trasplante, Zamora (2019) define el “mecanismo injerto” como una combinación del sistema de justicia, o de la institución con el sistema nacional, para permitir una nueva evolución del sistema, fortalecido por la incorporación del mecanismo injerto. De esta manera, este último está compuesto por una parte ajena, que es internacional, y una parte nacional (fusionada con la parte internacional), que trabajan y evolucionan conjuntamente.

Según Zamora (2019), tres características definen al mecanismo injerto. Primero, a pesar de ser internacional, el mecanismo injerto se somete al sistema nacional, es decir, no elabora reglas especiales para

su actuación, como es el caso de los tribunales híbridos⁶. De esta forma, el mecanismo injerto desarrolla su actividad acatando el derecho internacional ratificado por el país en el cual actúa y las reglas de su sistema nacional, lo que implica que no puede trabajar de forma separada, porque su autoridad no está por encima de las instituciones nacionales, sino que, por el contrario, se compromete a trabajar en cooperación con las instituciones nacionales, lo cual ayuda a reducir la resistencia institucional a sus acciones porque no es impuesta de forma unilateral.

Segundo, el mecanismo injerto se relaciona con todo el sistema de justicia nacional y tiene diferentes funciones para buscar un cambio progresivo e integral en el sistema. Así, por ejemplo, debido a su cooperación con el Ministerio Público, la autoridad de aduanas y la autoridad tributaria, el mecanismo injerto está mejor equipado para detectar la infiltración de las redes ilícitas que corrompen las instituciones. Además, sus poderes de investigación, persecución penal, y sanción administrativa, le permiten trabajar con sus contrapartes para frenar y quebrar dichas redes, limitando su capacidad para protegerse desde las distintas instituciones.

Tercero, aunque la parte internacional del injerto no debe estar por encima de la parte nacional, necesariamente debe gozar de fuertes protecciones que garanticen su independencia contra las intervenciones del Estado anfitrión, y la resguarden contra represalias desde los grupos de interés afectados.

Finalmente, a estas tres características es necesario añadir una cuarta: que las dos partes del mecanismo injerto deben fusionarse completamente con el paso del tiempo. Esto significa que la vida del mecanismo injerto es larga, y en todo caso su actuación continua después de que haya logrado el cambio buscado, hasta que todas las capacidades de la parte internacional hayan sido incorporadas por la parte nacional. De esta manera, se puede considerar que un mecanismo injerto ha sido exitoso, y la integración completada, cuando el sistema se haya fortalecido lo suficiente como para continuar de-

⁶ Ver, por ejemplo, los Reglas Internas de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Especial para la Sierra Leona. Frente a las mismas, la CICIG no opera bajo un esquema de reglas especiales, sino únicamente bajo el derecho interno y los convenios internacionales ratificados por Guatemala.

sarrollando con eficacia sus funciones de persecución penal, gracias a un personal local capacitado y a un presupuesto nacional fijo, que permitan mantener en el transcurso tiempo el compromiso de lucha contra la corrupción.

Estas cuatro características crean en su conjunto las condiciones para que un mecanismo internacional, ajeno a la justicia nacional, pueda llegar a jugar un papel transformador en un sistema de justicia estatal capturado por intereses criminales.

4. EL CAMBIO PROVOCADO POR LA CICIG EN LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Lo que se espera de un mecanismo injerto, como la CIGIC, es su capacidad efectiva para provocar un proceso de cambio (giro) desde la impunidad hacia la justicia. Para analizar hasta qué punto la CICIG ha sido capaz de alcanzar este objetivo, hemos optado por aplicar en las siguientes subsecciones el marco teórico de la justicia transicional, con el fin de determinar la eficacia de la CIGIC para crear un verdadero cambio en la justicia guatemalteca en materia de persecución penal a la luz de sus cuatro pilares: (1) la justicia; (2) la verdad; (3) la reparación justa y digna; y (4) las garantías de no repetición (OHCHR, 2009).

La razón de esta opción se debe a que, si bien los procesos jurídicos de justicia transicional han sido históricamente aplicados a contextos de posguerra y conflictos internos, entendemos que sus principios son igualmente aplicables a los Estados capturados por la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Zamora, 2019). Así, aunque el trabajo de la CICIG no ha consistido en judicializar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado, sí se ha dirigido a perseguir penalmente las estructuras del crimen organizado heredadas de las estructuras políticas criminales desarrolladas durante el conflicto, como las Patrullas de Autodefensa Civil y la Inteligencia Militar infiltrada en las entidades estatales.

Además, desde una perspectiva más general, este enfoque se justifica también en que, debido a la corrupción, los obstáculos para que

una parte de la sociedad no pueda acceder a los servicios estatales, o a participar de forma efectiva en el proceso político del Estado, constituye sin duda una violación de los derechos de todos los ciudadanos, consolidando desigualdades que, mantenidas a lo largo del tiempo, causan un trauma colectivo de desconfianza hacia las autoridades estatales y un sentimiento de inseguridad fruto de la impunidad generalizada, que en última instancia constituyeron la raíz del conflicto armado.

4.1. Optimizar el acceso a la justicia a través de reformas legales en la persecución penal

Posiblemente el logro más conocido de la CICIG ha sido su colaboración en las investigaciones, detenciones, y enjuiciamientos de varios presidentes guatemaltecos⁷. Si bien esta dinámica finalmente provocó la decisión (adoptada por un presidente en funciones que se encontraba bajo investigación por la propia CICIG) de no renovar su mandato en 2019, las actuaciones penales contra ex jefes de Estado fueron sumamente significativas para la sociedad guatemalteca y su sistema de justicia. Primero, envió un mensaje claro para todos de que nadie, ni siquiera el presidente (aunque fuera militar o proviniera de la oligarquía), está por encima de la ley. Segundo, mostró una justicia suficientemente capaz e independiente para responsabilizar a las personas del más alto nivel administrativo del Estado. Tercero, demostró que las técnicas de investigación penal introducidas por la CICIG durante la última década pueden generar resultados significativos.

Así mismo, mediante las propuestas de reforma jurídica y de adopción de nuevas políticas, la CICIG impulsó el fortalecimiento de herramientas y procesos para la detección, investigación y persecución del crimen organizado en Guatemala. Así, durante doce años de ope-

⁷ Ver el caso denominado Ejecuciones Extrajudiciales Pavón/Infiernito contra Alejandro Giamattei; los diferentes antejuicios solicitados en contra de Jimmy Morales, por ejemplo, en el caso Financiamiento Electoral Ilícito FCN-Nación; el caso demoniado La Línea, entre otros, en contra de Otto Pérez Molina; el caso Transurbano en contra de Álvaro Colom; el caso de corrupción en contra de Alfonso Portillo; y el caso Financiamiento Electoral Ilícito Unionista y el antejuicio correspondiente promovido en contra de Álvaro Arzú.

ración (2007-2019), la CICIG coadyuvó al desarrollo de 34 reformas legales las cuales fueron primordiales para el combate contra la corrupción y el crimen organizado (CICIG, 2019, p. 76). Varias de las reformas relacionadas con la persecución penal implicaban retomar reformas que ya estaban en proceso, por ejemplo, el Decreto 23-2009 operativizaba la figura de la colaboración eficaz en la entonces reciente Ley contra la Delincuencia Organizada. De esta forma, la CICIG, como mecanismo injerto, alimentó y fortaleció los procesos y las herramientas ya existentes en Guatemala, lo que, de alguna forma, facilitó la aceptación de las reformas, más que si fueran ideas totalmente nuevas impuestas por un organismo extranjero. Además, el hecho de que la propuesta de reforma de la figura de colaborador eficaz fuese presentada al inicio de su mandato, ayudó a la CICIG a establecer su credibilidad como organismo especializado y a desarrollar una relación de respeto y confianza con las instituciones del Estado, iniciando con ello un camino que llevaría diez años más tarde a que la propia CICIG apoyara la coordinación de un proceso de reforma constitucional al sistema de justicia (Jiménez, 2019).

Entre las otras reformas promovidas por la CICIG, se encuentran la elaboración de propuestas legislativas y políticas institucionales relativas a la investigación penal (por ejemplo, los procedimientos para autorizar escuchas telefónicas, la geo-localización de automóviles, la triangulación de llamadas telefónicas y cierta técnicas contables) y a la judicialización de casos (por ejemplo, la aceptación de cargos y el procedimiento abreviado, la protección de testigos, el uso de la prueba anticipada, la extinción de dominio y la persecución penal de personas jurídicas) (CICIG, 2018a, p. 46; Ministerio Público, 2018, pp. 89-91; Zamora, 2019, p. 569).

El caso “Caja de Pandora” (octubre de 2017), es un buen ejemplo del uso conjunto de varias de las nuevas técnicas de investigación introducidas por las estas reformas. Se trata este de un caso complejo de financiamiento ilícito de campañas políticas a través del cobro por el tráfico de influencias para beneficiar a reos del Sistema Penitenciario, y el uso de estos últimos para la elaboración de productos destinados a actividades electorales que fueron pagados con fondos estatales (todo ello encubierto mediante facturas falsificadas) (CICIG, 2019, pp. 189-91).

Mediante la utilización de escuchas telefónicas, colaboradores que participaron en los hechos delictivos y técnicas contables, la investigación reveló que existía una red criminal conformada por personas naturales y jurídicas en la administración del Sistema Penitenciario, la alcaldía municipal de la Capital y la gestión de los partidos políticos. Entre las personas señaladas de formar parte del grupo ilícito estaba el antiguo presidente de la República, Álvaro Arzú, quien fungía en ese tiempo como alcalde de la Ciudad de Guatemala, tras dejar la presidencia en 2004, y que fue acusado de participar en la red criminal para financiar su campaña de reelección en 2015.

En un caso similar de substracción de fondos públicos, el caso Fénix de 2019, el Ministerio Público y la CICIG dieron a conocer la existencia y desarticulación de una red de lavado de dinero que fue presuntamente dirigida por un operador político conectado a los partidos políticos Partido Patriota y Frente Republicano de Guatemala, con la actividad cómplice de un exgerente del Instituto de Seguridad Social de Guatemala (“IGSS”), entre otros. Según la investigación, que hizo uso de colaboradores y ciertas técnicas contables, una serie de empresas “*offshore*” fueron utilizadas para elaborar contratos fraudulentos con el IGSS con el fin de lavar dinero de comprobada proveniencia ilícita, resultando en el desfalco al Instituto de más que U.S. \$30 millones⁸.

Al estar estos casos basados en reformas al sistema de justicia nacional, y no simplemente en reglas especiales de tribunales externos, los cambios impulsados por la CICIG facilitaron el acceso a la justicia en otros casos de alto impacto no incluidos en el mandato de la CICIG⁹.

⁸ Ver también el caso precedente conocido como IGSS-PISA en lo cual se encubrió por interceptaciones telefónicas, entre otros métodos, que la droguería PISA de Guatemala S.A. había pagado comisiones de 15-16% a los directivos del IGSS para la suscripción de contratos ilegales con el IGSS para proporcionar servicios de diálisis peritoneal.

⁹ Ver, por ejemplo, el uso de testimonios de testigos protegidos por videoconferencia en el juicio en julio y agosto 2011 en contra de soldados de las fuerzas especiales guatemaltecas por la masacre de más de 200 pobladores de la comunidad las Dos Erres en 1982 (Réus & Zamora, 2018, p. 363).

4.2. Difundir información sobre los actos y las estructuras de la corrupción: conocer la verdad

Como consecuencia de su actividad investigadora, el mecanismo injerto también juega un papel relevante en alumbrar la verdad entre las obscuras tergiversaciones de la corrupción y el crimen organizado. Esto es de suma importancia porque la verdad es, por excelencia, el meollo del proceso sanador de una sociedad que ha sufrido un ataque grave al contrato social sobre el que se fundamenta, como es la corrupción (Salvioli, 2017). El derecho a la verdad tiene una dimensión individual, que consiste en que las víctimas directas tienen derecho a conocer los hechos y a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos que han sufrido. Así mismo, tiene también una dimensión colectiva, que promueve que la sociedad conozca en detalle los problemas del sistema, que han permitido tal nivel de descomposición, con el fin de reconstruir la confianza en unas instituciones estatales como entes independientes que respondan con firmeza ante la corrupción (CIDH, 2019).

Asimismo, el hecho de exponer y hacer conocer la verdad sobre un ataque colectivo, como es la corrupción, constituye un paso imprescindible para hacer efectivas las garantías de no repetición frente a tales hechos delictivos. En este sentido, la CIDH ha subrayado que “toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro” (CIDH, 2014, párr. 71). Sin el reconocimiento de los hechos y del daño causado, sus formas, impactos, y matices, no se pueden implementar reformas y cambios sistemáticos, ni la sociedad civil puede llevar a cabo su función de monitoreo y fiscalización para evitar su repetición.

4.2.1. Establecer la verdad y construir la memoria histórica

La complejidad del fenómeno de cooptación del Estado, por su naturaleza, busca ocultar su existencia, por lo que es difícil detectar cómo operan los grupos criminales, el alcance de su actuación corrupta en el Estado, y las consecuencias sobre la sociedad de sus acciones. El hecho de que se investigue la gran corrupción asociada al crimen

organizado, se logre un reconocimiento de los daños cometidos por los responsables y se todo esto se lleve a cabo a través de procesos públicos que se graben en la memoria social, es en sí mismo muy valioso, además de suponer un paso hacia la recuperación de la confianza social en las instituciones del Estado. Cuando un sistema de justicia es capaz de responsabilizar públicamente a agentes del Estado, prueba que goza de independencia y, por lo tanto, se hace merecedor de la confianza pública.

La importancia de la investigación penal de la CICIG como herramienta para el esclarecimiento de la verdad se puede observar en los siguientes tres ejemplos, que se desarrollaron al principio y al final de su mandato. En sus primeros años de funcionamiento, la CICIG enfrentó dos casos de altísimo impacto público, que involucraron a dos presidentes del país: el caso del desfalco contra Alfonso Portillo y el caso “Rosenberg” contra el entonces presidente Álvaro Colom. En ambos casos, la verdad tuvo un impacto muy fuerte sobre el público al involucrar a dos presidentes muy populares.

En 2011, la CICIG litigó en calidad de querellante adhesivo el caso en contra del expresidente Portillo, junto a la Fiscalía, que había iniciado la investigación. Sin embargo, en este proceso, que fue uno de los primeros llevados por la CICIG, no se logró una condena. Posteriormente en 2014, un tribunal federal de los Estados Unidos para el Distrito del Sur de Nueva York (SDNY, por sus siglas en inglés), condenó al expresidente Portillo por lavado de dinero relacionado con los delitos por los que había sido acusado en Guatemala, restaurando de esta manera un cierto nivel de reconocimiento del trabajo de la CICIG y de la Fiscalía.

En el caso Rosenberg, un abogado privado grabó un video, que fue publicado por medios sociales tras su muerte, en lo que acusó al presidente en ese momento, Álvaro Colom, de ordenar su muerte. La publicidad del video fue aprovechada por opositores del gobierno para reclamar la renuncia y enjuiciamiento del presidente. La CICIG como mecanismo injerto que, si bien actuaba conforme al marco jurídico interno, brindaba una perspectiva ajena a la política nacional, fue clave para rechazar las alegaciones en contra del presidente Colom y en revelar un plan orquestado por redes criminales para desestabilizar su gobierno. De esa forma, la CICIG, junto a la Fiscalía, lograron

esclarecer la verdad de una situación muy confusa, ayudando a evitar el derrocamiento de un gobierno democrático sobre bases falsas y alertando a la sociedad guatemalteca sobre la amenaza latente del crimen organizado que buscaba tomar control de la política nacional.

Estos dos casos tempranos en el mandato de la CICIG ayudaron a sentar las bases de la confianza hacia el mecanismo por la mayoría de los guatemaltecos y comenzar a restaurar la confianza pública en la Fiscalía.

Posteriormente, al final de su mandato, las investigaciones de la CICIG recibieron mucho apoyo por parte de la opinión pública en el caso del “Asalto al Ministerio de Salud”, por los hechos de corrupción que llevaron a la muerte y la violación de la integridad física de varios ciudadanos guatemaltecos. Esta investigación reveló a través de grabaciones telefónicas y el uso del testimonio de colaboradores, entre otras nuevas técnicas de investigación promovidas por la CICIG, que entre 2012 y 2014, el Ministro de Salud y de Asistencia Social, junto con otros 50 funcionarios y particulares, formaron una estructura criminal para llevar a cabo varios proyectos ilícitos para su enriquecimiento personal, incluyendo: (1) el cobro de comisiones por el otorgamiento de contratos para la construcción de hospitales y centros de salud, y la adquisición de bienes y servicios; y (2) la creación de falsos puestos de trabajo dentro del Ministerio y sus dependencias, que se vendían a otros funcionarios para ofrecerlas como favor político a terceros. Estas actividades de corrupción llevaron al desfalco de millones de dólares del presupuesto de salud pública, causando la compra de materiales innecesarios a costa de no adquirir medicamentos e instrumental imprescindibles para los hospitales nacionales, porque las compras no seguían un plan de abastecimiento, sino que eran dictadas por los proveedores, que ofrecían comisiones a los funcionarios del Ministerio.

Aunque el mandato de la CICIG acabó antes de que se iniciara el juicio oral, la presentación detallada de la investigación en una conferencia de prensa hizo que el público se enterara de la existencia de la estructura criminal y los daños causados a la sociedad por su actuación. Es más, despertó aún más la conciencia social sobre la relación entre la corrupción y la falta de servicios públicos adecuados, lo que provocó que, en 2020, grupos de la sociedad civil fiscalizaran

la ejecución del presupuesto de las instituciones públicas destinado a combatir los efectos del COVID-19.

4.2.2. Promover el acceso de la sociedad civil a la información para monitorear la corrupción

La CIDH y el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión han reiterado en varias ocasiones la importancia del derecho al acceso a la información como “una herramienta fundamental para el control ciudadano del funcionamiento del Estado y la gestión pública” (Botero, 2008, párr. 147; CIDH, 2018)¹⁰. El derecho de acceso a la información sobre las actividades del Estado, sin tener que justificar un interés personal, es parte de la obligación de rendición de cuentas y transparencia de cualquier Estado (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, 2011).

En este sentido, uno de los mayores éxitos de la CICIG fue la investigación en 2015 del denominado caso “La Línea” que implicaba a los entonces presidente y vicepresidenta por liderar una estructura criminal dedicada al fraude aduanero y a la evasión fiscal de la autoridad tributaria. Esta investigación destapó una serie de manifestaciones públicas que secundaron cientos de miles de personas y que duraron meses hasta que el presidente renunció y fue capturado. La masiva movilización de la sociedad civil exigiendo el esclarecimiento de los hechos y el castigo a los responsables marcó un cambio fundamental en la fiscalización de las instituciones estatales por parte de la sociedad. Por ejemplo, se crearon varias organizaciones dedicadas a la fiscalización de las actuaciones estatales, como los movimientos estudiantiles JusticiaYa y USACEsPueblo, así como coordinadoras interorganizacionales como la Asamblea Social y Popular y la Alianza por las Reformas, que desde su nacimiento han exigido cambios fun-

¹⁰ Ver también cómo es un derecho facilitador de acceso a otros derechos en el Sistema Interamericano y Sistema Universal: CIDH, (2011), El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, Segunda Edición, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párr. 4; CIDH, (2011), Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, párrs. 1, 26, 31. En el marco del sistema de Naciones Unidas, ver, por ejemplo: Frank La Rue (2013) Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, U.N. Doc. A/68/362, párr. 19.

damentales en el sistema de justicia y en el sistema político de Guatemala a través de reformas constitucionales (Justicia Ya).

Así mismo, también se establecieron nuevos espacios formales de fiscalización como el Observatorio Judicial del Sistema de Justicia Penal en Guatemala, impulsado por instituciones académicas y profesionales del país, con el fin de formular recomendaciones sobre las condiciones que garantizan una persecución penal efectiva. En cada ejemplo de nueva articulación para fortalecer a la sociedad civil en el combate contra la corrupción, el punto de partida es el acceso público a la información obtenida en las investigaciones de la CICIG y la Fiscalía (Justicia Ya).

4.3. Acceder a una reparación justa y digna por el daño sufrido

El tercer pilar de la justicia transicional es la reparación, lo cual suele ocurrir luego del reconocimiento de las violaciones graves de derechos humanos cometidas y de los daños ocasionados (es decir, de la verdad), y que tiene como objetivo compensar los efectos adversos para las víctimas. Durante su mandato, la CICIG trabajó con la Fiscalía para lograr sentencias condenatorias que no se limitasen a aplicar un castigo, sino que también ordenasen medidas restaurativas. Estas sentencias se pueden clasificar entre las relativas a casos que afectaban a derechos colectivos de la sociedad, y aquellas otras relativas a víctimas individuales que podían ser identificadas.

4.3.1. La corrupción causa daños colectivos a la sociedad y especialmente a grupos en situación de vulnerabilidad

Muchos de los casos litigados con el acompañamiento de la CICIG son emblemáticos por la desarticulación de estructuras y redes políticas criminales que afectan al orden democrático del país y por lo tanto perjudican a toda su población. Una ilustración del efecto directo de la corrupción sobre los derechos fundamentales de sus ciudadanos se puede observar en varios casos de sustracción de recursos del Estado por el cobro de “comisiones” a funcionarios, y por facilitar la evasión de impuestos, lo cual tiene efectos directos sobre la falta de financiación de los servicios sociales. En estos casos de alto impacto, frecuentemente, la parte más beneficiada es la empresa privada que

gana un lucrativo contrato con el Estado por el pago de una “comisión” (CICIG, 2019c, p. 66).

Un logro de la CICIG y de la Fiscalía fue sentar jurisprudencia para que las empresas privadas tengan que reparar los daños causados al Estado y al público. Por ejemplo, en el caso denominado “Construcción y Corrupción”, en el cual el antiguo Ministro de Comunicaciones, Infraestructura, y Viviendas, Alejandro Sinibaldi fue condenado por dirigir una red criminal de cobro de “comisiones” para agilizar y otorgar contratos a empresas privadas. El tribunal sentenciador ordenó a nueve empresarios condenados por el procedimiento abreviado, a pagar entre aproximadamente USD \$13-65 mil en reparación digna e integral al Estado en su calidad de víctima (CICIG, 29 de mayo de 2019).

Del mismo modo, en el caso “TCQ”, una estructura criminal que facilitaba la entrada de contrabando al país por un puerto marítimo sin pasar por aduana fue condenada al pago de más o menos USD \$7 mil al Hogar de Ancianos Cabecitas de Algodón como una medida de reparación al público en general, tomando en cuenta que la falta de recaudación de impuestos perjudicaba a la sociedad en su conjunto. Notable es también el caso en contra de la constructora brasileña Odebrecht, en el cual se logró un acuerdo de un pago de reparación al Estado de casi USD \$18 millones (CICIG, 2019c, p. 144).

En un caso distinto, la exvicepresidenta Ingrid Roxana Baldetti Elías fue ordenada a pagar aproximadamente USD \$3 millones, más intereses, como medida de compensación de manera mancomunada y solidariamente, y facilitar clases a niños de educación primaria sobre la importancia de la protección del medio ambiente, por su papel principal en un fraude que terminó con la contaminación del Lago Amatitlán. En 2014, Baldetti utilizó su puesto como vicepresidenta para facilitar la concesión de un contrato de forma irregular y con falsa intención de limpiar el Lago de Amatitlán. Baldetti dirigió una red de personas que usurparon los procedimientos del Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales para otorgar el contrato a una empresa israelí que tenía que aplicar un químico al lago supuestamente para rehabilitar la calidad del agua del lago, sin realización de un estudio de impacto ambiental o requisitos de registro sanitario (CICIG, 2018).

Además de multas y pagos por los condenados por actos de corrupción, la recuperación de activos y bienes por medio de la extinción de dominio es una herramienta eficaz que permite una cierta medida de reparación, aun antes de que acabe el proceso penal. La propuesta legislativa apoyada por la CICIG en dicha materia fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala en el Decreto 55-2010, Ley de Extinción de Dominio, que entró en vigor en junio de 2011. La CICIG brindó también apoyo técnico en la elaboración del reglamento que fue aprobado por el Acuerdo Gubernativo 255-2011 en agosto 2011. La aplicación conjunta de ambas reformas ha permitido la recuperación de inmuebles, carros, cuentas bancarias y mucho más a favor del Estado. Por ejemplo, en el caso Bus de Nicaragua, la Fiscalía y la CICIG capturaron inmuebles y dos cuentas bancarias de Marvin Montiel Marín, vinculado al narcotráfico¹¹.

4.3.2. La corrupción causa daños individuales

En varias ocasiones la CICIG y la Fiscalía han ido más allá de demostrar que la corrupción tiene efectos desastrosos para una sociedad en general (y específicamente para los grupos más vulnerables que sufren más el robo de los fondos de los servicios públicos), logrando sentencias condenatorias en las cuales han demostrado un vínculo directo entre los daños a personas individuales y la corrupción.

Un ejemplo de esto fue el caso del asesinato del maestro, artista y defensor de derechos humanos, Lisandro Guarcax, quien fue secuestrado, torturado, y asesinado el 25 de agosto de 2010. En 2012, tras el caso presentado por la Fiscalía Contra el Crimen Organizado, la

¹¹ En 2016, Montiel Marín, también conocido como “El Taquero”, fue condenado por el Tribunal de Mayor Riesgo C en Guatemala a 800 años de prisión por organizar y participar en la muerte de quince nicaragüenses y un holandés que viajaban en un bus de Nicaragua a Guatemala en 2008. El Tribunal consideró que Montiel Marín era el cabecilla de la estructura criminal que buscaba interceptar droga y dinero que viajaba en el bus. Los bienes recuperados por el proceso penal y por un proceso de extinción de dominio fueron usados para proveer reparaciones dignas a las víctimas y brindar apoyo material a comunidades que habían sufrido desastres naturales en Guatemala (el Periódico, 2016).

CICIG y la familia de Guarcax (en calidad de querellantes adhesivos), un tribunal condenó a siete integrantes de una banda de extorsionistas por el secuestro y la muerte de Guarcax y otras 32 víctimas. Además de la privación de libertad, el tribunal ordenó que los padres de Guarcax recibieran un resarcimiento por el sufrimiento provocado por su muerte y pérdida, y que la municipalidad donde vivió Lisandro creara un homenaje público. La orden a la municipalidad muestra que, aun en casos de crimen organizado que no involucra directamente al personal e instituciones públicas, el Estado igualmente debe jugar un papel en proporcionar medidas de reparación a víctimas (Comunicarte, 2012; NISGUA, 2012).

4.4. Asegurar la implementación de garantías de no repetición

Finalmente, el último pilar de la justicia transicional es la implementación de las garantías de no repetición, lo que consigue mediante acciones dirigidas a la sociedad en su conjunto para evitar nuevos daños del mismo tipo. Por esta razón, las garantías de no repetición frecuentemente implican reformas o cambios de políticas públicas. De esta manera, el cambio (giro) impulsado por la actuación del mecanismo injerto tanto en el sistema de justicia nacional, como en las instituciones capturadas, constituye en sí una medida para garantizar la no repetición de los actos de corrupción. De esta manera, facilitando la independencia judicial y fortaleciendo la capacidad de la policía y la fiscalía para investigar y desarticular redes criminales que controlan el Estado, se refuerza el sistema contra futuros intentos de corrupción (De Greiff, 2015).

En el caso de Guatemala, como se expuso en la introducción a este capítulo, la CICIG fue creada con base en los Acuerdos de Paz, los cuales buscaban prevenir que la captura del Estado, que se vivió por la militarización de las instituciones civiles durante el conflicto, volviera a ocurrir. Por lo tanto, la CICIG trabajó para fortalecer el sistema de justicia a través del impulso de reformas legales, y previniendo futuros actos de captura de sus instituciones. Entre sus esfuerzos más importantes en esta área se encuentran: (i) la detección y la persecución de una conspiración por operadores políticos asociados al crimen organizado para capturar todo el sistema de justicia mediante el proceso de selección de magistrados de las altas cortes; y (ii) la promoción de

reformas al sistema de justicia de la CICIG, incluyendo reformas para proteger la independencia de las cortes.

4.4.1. Crear una cultura de independencia e imparcialidad de las instituciones del sistema de justicia

La judicatura es el guardián de la justicia y el garante del cumplimiento de las reglas a las cuales toda la sociedad se ha comprometido. Es la última defensa contra corrupción y es el árbitro final que decide cómo se sancionan actos criminales. Por lo tanto, la independencia judicial es crítica para evitar que el crimen organizado coopte instituciones del Estado y es la clave para comenzar el proceso de recuperación de un Estado capturado. Muchos factores influyen en la independencia judicial, incluyendo la protección institucional contra injerencias externas directas (por ejemplo, intentos de revertir decisiones) e indirectas (por ejemplo, promover la inestabilidad en la carrera profesional), la protección de los operadores de justicia para prevenir incentivos positivos (sobornos) o negativos (amenazas), y un proceso de selección transparente y basado en criterios imparciales, entre otros (CIJ, 2016; Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, 1985).

La CICIG ha trabajado estrechamente con las instituciones de justicia para construir equipos que no estuviesen afectados por la corrupción, y garantizar así la eficacia de sus investigaciones de las redes de corrupción que directamente interfirieron con la independencia de las cortes. Así, desde el año 2009, la CICIG ha identificado varios problemas en relación con el proceso de selección de autoridades de justicia en Guatemala, tomando nota “la práctica de negociar los puestos de magistrados” (CICIG, 2009, p. 98), lo que provoca que muchos magistrados seleccionados para las cortes respondan a otros intereses que la aplicación del derecho y la justicia¹².

¹² En 2010, luego que la CICIG observará el proceso de selección de Fiscal General, el primer Comisionado de la CICIG, Carlos Castresana, famosamente presentó su renuncia cuando el presidente Colom nombró a un candidato cuya nominación fue señalada por la CICIG y Ministerio Público de haber resultado de una negociación entre abogados con vínculos a redes de adopciones ilegales y narcotráfico que se estaba investigando en ese momento. Luego de que Castresana

La vulnerabilidad ante las injerencias en el proceso de selección de las altas autoridades de justicia en Guatemala se debe, en gran parte, al proceso de las Comisiones de Postulación, que son el producto de la transición de los gobiernos militares al civil y la elaboración de una nueva Constitución en 1985. Esta última, actualmente vigente, establece que se debe convocar comisiones de dos a cuatro meses antes de la expiración del mandato de varios funcionarios de alto nivel, incluidos los magistrados y la Fiscalía General, para que la comisión emita una lista de candidatos evaluados y recomiende dos de ellos para el puesto. Aunque la composición específica de cada comisión está ordenada por la Ley de Comisiones de Postulación y varía ligeramente con la clase de puesto vacante, en general las comisiones deben estar compuestas de representantes de todas las facultades de derecho del país, de la asociación de abogados y de las otras ramas del Estado (incluyendo, el Legislativo y el Judicial) (Movimiento Pro Justicia, 2019).

Si bien en el momento en el cual se aprobó la Ley, la introducción de las Comisiones de Postulación marcó un cambio significativo frente a los anteriores procesos dominados por una sola rama (lo que fue considerado como un proceso más democrático y representativo) (Impunity Watch, 2015), la labor *ad hoc* de las comisiones, la falta de instituciones permanentes y profesionales, la ausencia de una carrera judicial o fiscal que permita el ascenso de jueces y fiscales, y la poca regulación de las universidades y colegios profesionales, ha dejado a las comisiones a merced de los intereses corruptos del crimen organizado (Postema, 2014).

De esta manera, en 2014, en el marco del proceso de selección de magistrados a las Cortes de Apelación y Corte Suprema de Justicia, la Magistrada de la Corte de Apelación Claudia Escobar dio a conocer públicamente y ante la Fiscalía que representantes de la vicepresidenta Roxana Baldetti y del expresidente del Congreso Gudy Rivera se le habían acercado para “ofrecerle” una nueva magistratura a cambio de favorecer a su partido político (Partido Patriota) en

renunciara a su cargo, el Fiscal General Conrado Arnulfo Reyes Sagastume fue destituido por vínculos con el crimen organizado y un nuevo proceso de selección fue lanzado.

un proceso judicial que tenía a su cargo en ese momento. Junto a las declaraciones de la Magistrada Escobar, se publicaron grabaciones que probaban sus alegatos. Tras la investigación realizada por la Fiscalía y la CICIG, se destapó una gran estructura de corrupción que generó meses de manifestaciones sociales, que demandaban la persecución penal de la vicepresidenta y otros altos mandatarios. Como resultado, en octubre de 2016, Rivera fue condenado y sentenciado a 13 años de prisión por el delito de tráfico de influencias y cohecho activo (CICIG, 2016a).

Vista la importancia del tema de la independencia judicial y la clara amenaza a los procesos de selección de jueces y magistrados en 2010 y 2014, la CICIG y la Fiscalía siguieron el hilo para descubrir la fuente de las amenazas al sistema. Como resultado, en 2018 presentaron el caso “Comisiones Paralelas”, en el cual documentaron cómo una estructura criminal conformada por abogados litigantes, diputados, y funcionarios, organizó, fuera de la sede de las comisiones de postulación, eventos y reuniones con magistrados aspirantes y miembros de dichas comisiones, para elaborar listas de candidatos afines a sus intereses. Según la información recolectada por la investigación, estas reuniones estuvieron funcionando durante varios años e impactaron múltiples procesos de selección de autoridades de justicia. La estructura coordinada por Roberto López Villatoro, un operador político, invirtió más que USD \$130 mil en eventos y beneficios a favor de los candidatos y comisionados que seleccionarían a los magistrados. Debido a la característica no permanente de las Comisiones de Postulación, la estructura criminal de López Villatoro aprovechó la oportunidad para influir también sobre la selección de los comisionados que participarían en las Comisiones antes de su conformación. De esta forma, la estructura criminal logró asentar las bases para control del proceso de selección de candidatos a la magistratura (CICIG, 27 de febrero de 2018). Es más, como en el caso de la Magistrada Escobar, la CICIG y la Fiscalía descubrieron varias instancias en las cuales el tráfico de influencias fue utilizado para apoyar o bloquear candidaturas, evitando los procesos de evaluación fundamentados en criterios objetivos de idoneidad (CICIG, 2019).

Al hacer pública la existencia y las formas de operar de estas comisiones paralelas, y al analizar las deficiencias y riesgos para la

independencia judicial que el sistema de comisiones de postulación presenta, la CICIG y la Fiscalía pudieron justificar la necesidad de iniciar un proceso de reforma para evitar que la justicia pudiera ser nuevamente cooptada por esa vía. De esta forma, la CICIG a través de investigaciones penales sobre el tráfico de influencia con jueces y magistrados, ha pretendido salvaguardar la independencia e imparcialidad de las instituciones de justicia, desconectar a las estructuras criminales de los jueces y magistrados que les garantizan impunidad para sus crímenes, y salvaguardar la no repetición de actos de corrupción gracias al efecto disuasivo de tener tribunales independientes que no tengan miedo a castigar estos delitos.

4.4.2. Creación de mecanismos de transparencia, monitoreo y rendición de cuentas de los tres poderes del Estado: reconstruir las bases del sistema democrático

Tras haber observado las serias deficiencias en el proceso de selección de las altas autoridades de justicia y su impacto sobre la independencia judicial y la impunidad, la CICIG ha recomendado desde 2009 realizar reformas a la Constitución de República de Guatemala para establecer nuevos criterios y procedimientos para la selección de magistrados, y la creación de una carrera judicial (CICIG, 2019b).

En 2016, respondiendo a la energía ciudadana luego de la captura del Presidente Otto Pérez Molina, su vicepresidenta y la mayoría de sus ministerios, la CICIG, la Fiscalía y la Procuraduría de Derechos Humanos, con el acompañamiento de la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“OACNUDH”), y con la expresa invitación conjunta de los presidentes de los tres poderes del Estado, promovieron un amplio proceso de discusiones y redacción de una reforma constitucional sobre el sistema de justicia (CICIG, 2019b).

Este proceso, llamado Diálogo Nacional Hacia la Reforma de la Justicia en Guatemala, fue único en la historia de Guatemala por su amplia convocatoria de la sociedad civil (en lugar de estar principalmente caracterizado por un proceso de élites como había ocurrido en procesos anteriores). El proceso se dividió en tres fases, en las cuales participaron organizaciones indígenas, ONGs, centros de investiga-

ción, organizaciones religiosas, el sector privado, organizaciones profesionales y ciudadanos particulares en la tarea de discutir e identificar los principales desafíos del sistema de justicia en ese momento, determinar cómo la reforma a la Constitución podría abordar esos desafíos, y redactar y acordar un texto específico para una propuesta de reforma. En las reuniones iniciales participaron más de 4.500 personas de cada región del país, mientras que 250 organizaciones e individuos intervinieron en la redacción y debate del texto de la reforma (CICIG, 2016c).

A través de este proceso, los representantes de la sociedad civil identificaron que una judicatura imparcial e independiente, la reforma de la Fiscalía y del proceso de selección del Fiscal General, y la promoción de la asistencia legal gratuita, el pluralismo jurídico y la inmunidad política figuraban entre los temas más urgentes abordar en relación con el sistema de justicia. Los debates sostenidos sobre estos temas durante el proceso de redacción dieron lugar a la elaboración de una propuesta legislativa con 19 medidas de reforma de la Constitución en materia de justicia, la cual fue presentada al Congreso como la iniciativa 5179 (CICIG, 2016b).

Desde entonces y hasta la actualidad, tres de los artículos han sido aprobados en su totalidad por el Congreso, dos relativos a la inmunidad política han sido rechazados, y los restantes han sido aprobados por los líderes de todos los partidos políticos (la mayoría con alguna modificación). Lamentablemente, el proceso fue obstaculizado en 2017 debido al creciente retroceso promovido por los intereses arraigados y no ha podido seguir adelante (Iniciativa 5179).

Particularmente importante es la propuesta de modificar el artículo 208 de la Constitución para crear una carrera judicial, lo que brindaría estabilidad laboral a los jueces para protegerlos de la inseguridad que plantea la revisión política de su trabajo cada cinco años, lo que, sin duda, puede hacer que sean más propensos a incurrir, o al menos no interferir, con los actos de corrupción. Igualmente, la reforma aumenta los periodos de magistrados a nueve años y limita su reelección a una sola vez. Aunque estas reformas son insuficientes si lo que se pretende es una revisión completa del sistema de justicia, representan un importante primer ensayo de reforma proveniente y acordada por una diversidad de grupos de la sociedad civil y apro-

bado por los dirigentes de los partidos políticos, en el contexto de un Estado que presenta importantes desafíos debido a su cooptación.

De esta manera, el proceso del Diálogo Nacional es indicativo de la esperanza y del potencial que ofrecen los mecanismos injertos en reunir alrededor de una mesa de discusión actores que no suelen llegar a acuerdos para encontrar soluciones y compromisos de largo plazo con el fin de fortalecer el sistema democrático de su país. Aunque finalmente el trabajo de la CICIG finalizó antes de que pudiera acabar con la injerencia de las redes del crimen organizado en la justicia y el resto de las ramas del Estado, fue altamente exitosa como un primer intento novedoso para combatir la corrupción y la cooptación estatal (Valencia, 2016).

5. LA ABRUPTA FINALIZACIÓN DEL MANDATO DE LA CICIG: LOS RIESGOS DE CORTAR Y REMOVER UN MECANISMO “INJERTO”

Tras doce años de operar en Guatemala, en abril de 2019, la CICIG tenía más del 70% de aprobación entre los guatemaltecos en áreas urbanas y rurales (Barreto Villeda, 2019). Sin embargo, a pesar de su popularidad y éxito, unos meses después de la encuesta, el mandato de la CICIG terminó luego que el presidente Morales tomara la decisión unilateral de no renovar el mandato y de obstaculizar el trabajo de la CICIG antes del fin oficial de su mandato. Examinaremos estos eventos y las implicaciones sobre la viabilidad de este tipo de mecanismos injertos.

5.1. *La reacción del “Pacto de Corruptos” y la salida de la CICIG*

En 2017, el Ministerio Público y la CICIG recolectaron evidencia que indicaba que el presidente Morales podría estar implicado en la financiación ilícita de su campaña electoral a la presidencia y solicitaron una autorización judicial conocida como antejuicio para investigar al presidente (Tercero, 2017). Este proceso ocurrió después de la experiencia exitosa de la CICIG en la captura del antecesor de Morales, el presidente Pérez Molina, por cargos de corrupción. Morales

respondió ante la solicitud de antejuicio declarando al Comisionado de la CICIG, Iván Velásquez, *persona non grata* (EFE-EPA, 2017). Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad, con base en un recurso de protección constitucional (amparo) presentado a favor de Velásquez y la CICIG, bloqueó la decisión de Morales y declaró que el presidente carecía de la autoridad para tomar medidas directas en contra del Comisionado, en virtud del Acuerdo CICIG con la ONU (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017).

La reacción de la Corte de Constitucionalidad mostró un apego al estado de derecho y subrayó la importancia de las medidas de salvaguarda de la CICIG recogidas en su acuerdo constitutivo (Zamora M., 2019). Según la más alta corte del país, el entonces ministro de Relaciones Exteriores se negó a expulsar al Comisionado Velásquez a pedido de Morales, acción que hubiera constituido una violación a la resolución de la Corte de Constitucionalidad. En consecuencia, Morales destituyó al ministro, lo que provocó la renuncia del ministro de Salud y tres viceministros en protesta (Partlow, 2017).

Este primer intento de remover al jefe de la CICIG mostró la resiliencia del mecanismo injerto y la legitimidad que había construido la CICIG durante una década de trabajo conjunto con las instituciones del Estado, porque las mismas instituciones estatales lo defendieron y permitieron que siguiera trabajando. A la vez, las acciones de Morales también sacaron a la luz las posibles vulnerabilidades de un mecanismo internacional frente a un anfitrión nacional antagónico.

En 2018 y 2019, se repitió este patrón de conducta, conforme al cual las instituciones estatales fortalecidas por la CICIG utilizaron su legitimidad e independencia para proteger a la CICIG frente a los ataques del presidente y sus aliados. Consciente de su primer intento fallido de sacar a Velásquez, Morales y los grupos de intereses que favorecían mantener el estatus quo utilizaron el poder político, económico, y militar del Estado para tratar de deshacerse de la CICIG.

En 2018, Morales siguió cambiando los miembros de su gabinete para debilitar las relaciones que la CICIG había establecido con funcionarios públicos¹³. Luego que la CICIG y el Ministerio Público

¹³ Notablemente, en enero 2018, el ministro de Gobernación Francisco Rivas fue despedido inmediatamente después de que la Policía Nacional Civil, una depen-

volvieron a solicitar un antejuicio en contra de Morales para seguir ciertas líneas de investigación por actos de corrupción, el 31 de agosto de 2018, Morales realizó una conferencia de prensa en la que, rodeado de oficiales militares y de la policía, el ministro de Defensa, el nuevo ministro de Gobernación y el nuevo ministro de Relaciones Exteriores, anunció que no renovarían el mandato de la CICIG, que iba a expirar el 3 de septiembre de 2019 (AP, 2018).

Ese mismo día, según registros policiales internos filtrados, el quinto viceministro de Gobernación giró órdenes para que una fuerza mixta compuesta de personal policial y militar se estacionará en jeeps militares con artillería montada fuera de las oficinas de la CICIG en la Ciudad de Guatemala, y también afuera de las instalaciones de la Embajada de los Estados Unidos, la Embajada de México, la Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema y el Ministerio Público, sin que estas hubieran solicitado medidas de protección (Pradilla & Quintana Babio, 2018). Esta acción fue interpretada como una medida extrema de intimidación hacia la CICIG y las instituciones que la apoyaban. La Oficina del Procurador de Derechos Humanos (“PDH”) presentó inmediatamente una solicitud de medidas cautelares ante la Corte de Constitucionalidad, alegando que la presencia policial y militar tenía un efecto intimidatorio que atentaba contra la independencia de las instituciones nacionales¹⁴.

dencia del Ministerio, arrestaron al ex ministro de defensa Williams Mansilla por el pago de bonificaciones ilegales al presidente Morales (FOSS, 2018). Asimismo, el superintendente de Administración Tributaria Juan Solórzano Foppa, quien había trabajado con el Ministerio Público y la CICIG en la investigación de graves evasiones tributarias y lavado de dinero, también fue removido de su cargo (FOSS, 2018). El sustituto de Rivas, Enrique Degenhart, realizó cambios significativos en la policía, incluyendo la destitución de 25 directores que fueron revisados y aprobados por la CICIG y a más de 100 oficiales especializados, y la promoción extraordinaria de 200 nuevos oficiales. En julio de 2018, la mitad de los oficiales policíacos de seguridad asignados a la CICIG fueron retirados unilateralmente y se denegó una petición de la CICIG para que se asignaran más oficiales investigación (CICIG, 6 de julio de 2018).

¹⁴ El 5 de septiembre de 2018, la Oficina de la PDH también fue rodeada por la policía sin razón aparente, causando alarma para la PDH (Castañón, 2018). En los días siguientes, mientras se organizaban protestas sociales en todo el país, se utilizaron unidades de las fuerzas especiales del ejército (los kaibiles) para bloquear el acceso público al Congreso, acción que fue condenada por la PDH (Juárez E., 2018).

A pesar de la resolución de la Corte de Constitucionalidad en 2017, Morales siguió adelante con su intento de sacar a la CICIG y a Velásquez de Guatemala. El 4 de septiembre de 2018, el presidente Morales anunció su decisión de prohibir al comisionado Velásquez volver a entrar al país calificándolo como “una amenaza al orden público y la seguridad” (Zamora C., 2018). Morales también exigió que la ONU nombrara a un sustituto, lo cual podría considerarse como una violación de los artículos 5 y 10 del Acuerdo de la CICIG¹⁵. Otra vez, la Corte de Constitucionalidad bloqueó esta acción y ordenó a Morales que permitiera al comisionado Velásquez entrar en el país y entablar diálogos de buena fe con la ONU (Corte de Constitucionalidad, 2018). Sin embargo, confrontado de nuevo con una resolución desfavorable de la Corte de Constitucionalidad, pero al mismo tiempo reforzado por la reconfiguración de fuerzas en su gabinete, Morales declaró que no iba acatar la resolución de la Corte, creando así una crisis constitucional (Juárez T., 2018).

Posteriormente, instituciones estatales bajo la dirección del Gobierno, iniciaron medidas abiertamente hostiles hacia los funcionarios del mecanismo: en octubre de 2018, la Dirección General de Migración canceló tres visas de cortesía de funcionarios de la CICIG y no aprobó otras diez visas, incluidos dos para familiares de funcionarios de la CICIG (CICIG, 2018); luego, en diciembre de 2018, el Ministerio de Relaciones Exteriores publicó en el diario oficial la decisión de expulsar a 11 investigadores de la CICIG después de que el presidente Morales los acusara de ser terroristas (EFE, 2018)¹⁶.

¹⁵ Ver Acuerdo CICIG, arts. 5(1)(a), 10(1)(d). artículo 5(1)(a): “El Comisionado/a, designado/a por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas,...” artículo 10(1)(d): “El comisionado disfrutará de los privilegios e inmunidades, exenciones y facilidades otorgados a los agentes diplomáticos de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. En particular, disfrutará ... Exención de disposiciones que restrinjan la inmigración y otros registros de extranjeros”.

¹⁶ El 21 de diciembre de 2018, un tribunal civil de primera instancia dictó una medida cautelar contra la acción del Estado, citando el Acuerdo de la CICIG y anteriores decisiones del Tribunal Constitucional (Caso Visas CICIG, 2018). Sin embargo, el 5 de enero de 2019, la investigadora colombiana de la CICIG, Yilin Osorio, fue detenida durante 24 horas en el aeropuerto de la Ciudad de Guatemala después de que se ordenara a los funcionarios de inmigración que no permitieran la entrada de Osorio en el país, a pesar de la decisión de la Corte

Esta serie de acciones culminaron el 7 de enero de 2019 cuando Morales celebró una conferencia de prensa con su alto mando militar, el vicepresidente, el ministro de Relaciones Exteriores y el ministro de Gobernación para anunciar la terminación unilateral por parte de Guatemala del Acuerdo CICIG, y su expulsión inmediata debido a sus presuntas “graves violaciones del derecho nacional e internacional” (CNN, 2019)¹⁷.

El Secretario General de las Naciones Unidas, Antonio Gutierrez, “rechazó enérgicamente” de inmediato la decisión del Gobierno de Guatemala, y anunció que se permitiría a la CICIG continuar con su labor desde fuera de Guatemala (UNSG, 2019). El 8 de enero de 2019, a pesar de su oposición a la expulsión, la CICIG activó su plan de contingencia y retiró a todo su personal internacional de Guatemala por motivos de seguridad (ONU, 2019). El 9 de enero de 2019, la Corte de Constitucionalidad resolvió por cuatro votos contra uno conceder un amparo provisional a la CICIG frente a la decisión del Presidente de dar por terminado el Acuerdo CICIG (Terminación Acuerdo CICIG, 2019). No obstante, el Ministerio de Gobernación ordenó que se retirara la seguridad policial asignada a la CICIG, dejando al mecanismo desprotegido (Álvarez, 2019)¹⁸.

de Constitucionalidad de 21 de diciembre de 2018. El aeropuerto fue cerrado debido a las protestas (Montepeque, 2019). El 6 de enero de 2019, Osorio fue puesto en libertad y se le permitió entrar en Guatemala después de que interviniera un tribunal. El 10 de enero de 2019, la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), organismo encargado de los aeropuertos de Guatemala, puso fin a un acuerdo de tres años con el Ministerio Público para cooperar en los casos de trata, expulsando al fiscal especial con sede en el aeropuerto de la Ciudad de Guatemala. Sin embargo, tras las presiones, el 13 de enero de 2019, la DGAC revocó su decisión (Patzán, 2019).

¹⁷ El comisionado Velásquez emitió una extensa carta pública al Secretario General Guterres en la que respondía a cada acusación del gobierno (Velásquez, 2019).

¹⁸ Durante este tiempo, aliados de Morales interpusieron recursos de antejuicio en contra de los magistrados de la Corte de Constitucionalidad, quienes había votado en contra de las acciones tomadas por Morales en un intento de limpiar la Corte de oponentes a la corrupción. El 14 de diciembre de 2019, Guillermo Pellecer Rodas, en representación de la Asociación de Dignatarios de la Nación (ADN), presentó una petición de antejuicio contra los magistrados de la Corte de Constitucionalidad Bonerge Mejía, Gloria Porras y José Francisco De Mata Vela por interferir en las relaciones exteriores de Guatemala a través de sus decisiones contra la expulsión por el presidente Morales del Embajador sueco Anders

Del 12 al 15 de enero de 2019, miles de guatemaltecos de todo el país participaron en protestas contra la expulsión de la CICIG por parte del Gobierno, y el percibido “pacto de corruptos” entre el Gobierno y la élite empresarial. Así como este “pacto de corruptos” trató de intimidar e impedir las acciones independientes de las instituciones del Estado, también llevó a cabo actos intimidatorios contra notables figuras de la sociedad civil que apoyaban a la CICIG¹⁹.

Kompass (Antejuicio 291-2018). El 15 de enero de 2019, la Corte Suprema de Justicia tramitó la solicitud de antejuicio y la envió al Congreso, el cual, en sesión extraordinaria, procedió a conformar una comisión especial para analizar el cargo del antejuicio (Monzón, 2019). Sin embargo, el proceso fue detenido por la Corte Constitucional el 23 de enero de 2019, cuando, compuesta por los magistrados suplentes, concedió por unanimidad un amparo a petición de la PDH, ordenando al Congreso el cese del proceso de antejuicio (Mayén, 2019). Asimismo, el 26 de diciembre de 2018 se presentó otro antejuicio por parte del Procurador General de la Nación (PGN), Jorge Luis Donado Vivar, contra los magistrados Bonerge Mejía, Gloria Porras y José Francisco De Mata por su decisión de bloquear la expulsión del presidente Morales de la CICIG. Es importante recordar que la selección del Tribunal Supremo se vio empañada por graves acusaciones de corrupción y fraude generalizados, que recientemente dieron lugar a la acusación de un prominente hombre de negocios que supuestamente fue el cerebro del plan.

¹⁹ El 17 de enero de 2019, la destacada activista de los derechos humanos Helen Mack fue intimidada y acosada por un grupo de cuatro hombres que la siguieron desde un acto público hasta una cena privada en un restaurante y procedieron a fotografiar y grabar en vídeo su cena (IM-Defensoras, 2019). El editor del importante periódico nacional *elPeriódico*, José “Chepe” Zamora, también denunció el acoso y la intimidación a la OACNUDH en Guatemala y a la Relatora Especial sobre la libertad de expresión de la CIDH. Se ha detenido, acosado y amenazado públicamente con acciones penales a estudiantes activistas de las organizaciones Justicia Ya y USAC Es Pueblo, y a un colectivo de artistas. En particular los medios de comunicación de propiedad de Ángel González han tomado como blanco a los activistas y han generado informes infundados sobre estudiantes involucrados en actividades ilegales, llamándolos por su nombre y exigiendo sanciones penales. González ha sido criticado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la CICIG y el Congreso de los Estados Unidos por su participación en la promoción de la corrupción y en actividades contra la libertad de expresión (Alerta: Briseida Milián, 2019; Congreso EE.UU., 2018; Lanza, 2017). Los Centros de Red, bots de Internet organizados, desempeñan un papel fundamental en la difusión de la desinformación y en la generación de discursos de odio contra los defensores de los derechos humanos en Guatemala. Más información sobre la operación de Net Centers en Guatemala (Currier & Mackey, 2018).

A estos reclamos, se sumaron varias voces de instituciones internacionales. En septiembre de 2018 y en enero de 2019, el grupo de los principales donantes a Guatemala, conocido como el “G13”, realizó declaraciones públicas en la que expresó su apoyo a la CICIG (G13, 2018; G13, 2019). El Secretario General de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, los relatores especiales de las Naciones Unidas, la Unión Europea, los representantes del Parlamento Europeo, los senadores y representantes del Congreso de los Estados Unidos y varias organizaciones no gubernamentales internacionales emitieron declaraciones similares (Torres, 2019; Torres y McGovern, 2019).

Sin embargo, Morales no cambió su posición ante la no renovación del mandato de la CICIG, y en septiembre de 2019, después de 12 años de trabajo conjunto con las instituciones de justicia en Guatemala, la CICIG finalizó sus actuaciones, marcando así el fin del primer intento de un mecanismo injerto.

Desde la salida de la CICIG, se han observado varios indicios de que el crimen organizado busca retomar espacios legislativos, judiciales y discursivos, que la CICIG y el Ministerio Público habían logrado liberar. Por ejemplo, el Congreso de la República ha introducido varias iniciativas de ley que buscan revertir los avances realizados en la lucha contra corrupción (ver Iniciativa de Ley No. 5442 y 5300)²⁰. Los procesos de selección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cortes de Apelaciones han vuelto a ser señalados por estar sometidos a altos niveles de tráfico de influencias, poniendo en grave peligro la independencia de las altas cortes del país (Chávez Alor & McIntosh, 2020). Así mismo, varios fiscales de la FECCI, que

²⁰ La Iniciativa de Ley No. 5442 tiene por objeto derogar el artículo 205ter de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, que fue aprobada en 2016 para prohibir a los representantes electos del Congreso que cambien de partido mientras estén en el cargo. Esto es significativo, porque una fuente común de corrupción en el pasado fue la compra y venta de votos del Congreso por parte de los partidos políticos. La Iniciativa de Ley No. 5300 trata de reformar el proceso de antejuicio, que protege a los funcionarios públicos de la investigación y el enjuiciamiento penales. La reforma eliminaría la Corte Suprema de Justicia como control de las demandas frívolas, otorgando al Congreso la facultad directa de tomar medidas contra la Corte Constitucional y la PDH.

lleva adelante los casos investigados por la CICIG y el Ministerio Público, han sido intimidados y han sufrido campañas de desprestigio de su trabajo por parte de intereses arraigados (Silva Ávalos, 2020). Diputados cercanos a Morales y la elite empresarial han llegado incluso a prometer la creación de una “comisión de la verdad” para investigar las acciones de la CICIG y perseguir a quienes trabajaron en la CICIG o facilitaron su trabajo (Acuerdo Legislativo 12-2019).

5.2. Lecciones de la conclusión de la CICIG

Las acciones tomadas por Morales y sus aliados desde 2017, y sobre todo entre octubre de 2018 y febrero de 2019, responden a una agresiva campaña incremental contra la CICIG y las instituciones nacionales que apoyaron su lucha contra la corrupción, como la Corte de Constitucionalidad, la Procuraduría de Derechos Humanos, otros tribunales nacionales, la comunidad internacional, y la expresión popular de la sociedad. Sin embargo, ante la activación de las fuerzas armadas por Morales y su negativa a acordar otra prolongación del mandato de la CICIG, esta no tuvo otra opción que cerrar sus puertas. Además, aunque las instituciones se presentaron firmes en defensa de la CICIG, tras su salida del país, un posicionamiento activo y público en contra de la impunidad y de la corrupción se ha vuelto más difícil de mantener.

La fuerte reacción por parte de Morales y sus aliados en contra de la CICIG se puede entender por dos razones. Primero, representa una reacción desde los intereses personales de las redes de corrupción ante la amenaza de perder espacios de poder en el Estado. Se trata, por tanto, de una reacción previsible de supervivencia que busca frenar los procesos de investigación y persecución penal por actos de corrupción. Segundo, sus acciones se vieron favorecidas por una coyuntura particular porque, según algunos informes públicos, parece que Morales actuó tras recibir mensajes explícitos o implícitos desde los más altos niveles del gobierno de Donald Trump de que EE.UU. no intervendría para proteger a la CICIG (Díaz-Cortez, 2020).

La expulsión abrupta de la CICIG impidió que las instituciones nacionales retomarían de manera paulatina sus actuaciones sin su acompañamiento, lo que obligó a la CICIG y a sus contrapartes nacionales a implementar procesos acelerados para que aquellas pudie-

ran adquirir las necesarias herramientas técnicas con las que continuar su trabajo sin la CICIG²¹. Asimismo, desde que la CICIG se fue de Guatemala, se ha podido observar el resurgimiento de intimidaciones y denuncias penales contra los fiscales y jueces que asumieron un compromiso anticorrupción²².

Estos ataques contra las personas y los grupos que representan un obstáculo al regreso a la situación anterior de cooptación del Estado por las estructuras corruptas han venido acompañados de propuestas de reforma legislativa en el Congreso con el fin de cambiar la narrativa sobre los hechos de corrupción revelados por la CICIG.

Asimismo, la creación de un Comisión de Investigación por el Congreso con el propósito formal de investigar si la CICIG, o su equipo, han cometido actos al margen de ley (Acuerdo Legislativo 12-2019, art. 2) representa un serio problema porque, por un lado, asume funciones en materia de investigación que son competencia exclusiva del Ministerio Público, y, por otro, podría disuadir en el futuro a los fiscales de colaborar con mecanismos internacionales por miedo a represalias después de su salida. Además, como señalan Estrada Tobar & López (2019), el propósito de la Comisión fue permitir que sus cinco integrantes pudieran escribir su propia versión de la historia

²¹ Si bien es cierto que la limitaciones del mandato de dos años prologada de la CICIG ha representado un gran riesgo para la perennidad del legado de la CICIG, así como para los profesionales nacionales que colaboraron con ella, y que, por lo tanto, la CICIG y sus contrapartes han desarrollado y mantenido planes de cierre; la cierre definitiva de la CICIG en un momento que no fue previamente planificado y que no fue mutuamente acordado, hace que la salida sea menos integral e idóneo que hubiera podido sido bajo otras condiciones.

²² En 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre la *Situación de los derechos humanos en Guatemala* denunció los ataques y amenazas en contra de los operadores de justicia que impulsaban la lucha contra la impunidad y la corrupción (CIDH, 2017). En octubre de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas de protección a favor de los tres fiscales de la Fiscalía Especial Contra la Impunidad (“FECCI”) por “la situación de intimidación, seguimiento y amenazas” en su contra (párr. 29) específicamente, por las “publicaciones amedrentadoras, de desprestigio, acoso selectivo e incitación al odio [...] en redes sociales” que buscaron “desacreditar el trabajo de los fiscales de la FECCI asimilándolo con actividades delictivas, junto con el cúmulo de denuncias penales presentadas” (párr. 30) (Ruiz Fuente v Guatemala, 2020).

de la CICIG. Con ello, quienes buscan regresar a la impunidad han tratado de atacar de todas las formas posibles los logros en materia de verdad sobre los actos de corrupción y sus responsables, alcanzados por la CICIG, el Ministerio Público y los tribunales.

La comisión del Congreso también representa una amenaza a la independencia judicial porque el poder legislativo interviene tanto en el desarrollo de la función de investigación (competencia, en principio, exclusiva del Ministerio Público), como en la emisión de resoluciones por motivos aparentemente políticos.

Con la ventaja de una reflexión sobre el conjunto de actuaciones de la CICIG en doce años, se puede afirmar que los desafíos que acabamos de mencionar (la abrupta salida de la CICIG, la persecución de los aliados nacionales de la CICIG y la reacción tan violenta de Morales) podrían ser mitigados. En primer lugar, aunque normalmente un mandato de dos años con posibilidad de prolongación puede servir para crear confianza entre el mecanismo injerto y el Estado anfitrión, permitiendo un equilibrio de poder (Zamora M., 2019), esto solo es factible en situaciones en las cuales no se anticipa que el injerto llevará a cabo investigaciones sobre los actores que controlan el poder estatal. Por ello, en los casos en los que el mecanismo injerto tiene el propósito de apoyar la desarticulación del crimen arraigado en el Estado, es imprescindible que goce de mayores protecciones de independencia. Si, por el contrario, estas protecciones no existen, aumenta el riesgo de que bien el Estado expulse al injerto cuando sus investigaciones empiecen a tocar intereses poderosos, bien el mecanismo injerto, actuando bajo presión, se preste a los intereses corruptos para proteger su propia existencia.

Los Principios básicos de la ONU sobre la independencia de la judicial pueden servir como una guía para articular las salvaguardas necesarias. De esta manera, teniendo en cuenta que un mecanismo injerto con poder de persecución penal actúa como una fiscalía, es necesario que se provean las siguientes garantías:

- i) El mecanismo injerto tiene que gozar de un mandato lo suficientemente amplio como para ser protegido contra cualquier intento por los jefes de Estado de influir en su trabajo o amenazar el cierre del mecanismo. En particular, se considera necesario que el mandato del mecanismo y de su director debe

ser mayor que un periodo de gobierno del Estado, y caducar o renovarse en años no electorales. Idealmente, el mecanismo injerto debería poder continuar su trabajo hasta que todas sus funciones hayan sido paulatinamente absorbidas por las instituciones nacionales.

- ii) El personal del mecanismo injerto, tanto nacional como extranjero, debe gozar de garantías contra las represalias por actos realizados en el desarrollo de su trabajo como parte del injerto, siempre y cuando los mismos no fueran manifiestamente ilegales o no éticos. Con esta medida, se busca dar seguridad a los actores nacionales de que su colaboración con el mecanismo injerto no será utilizada para perseguirlos posteriormente.
- iii) El director de un mecanismo injerto debe ser nombrado por un periodo fijo, que no corresponda al calendario electoral, y que solo permita su destitución en casos de graves faltas de ética, con un límite determinado de periodos que pueda servir en el puesto. Esto le brindaría seguridad al director en su puesto, permitiéndole actuar sin miedo de represalias por el anfitrión. Además, asegura al Estado anfitrión que ningún director del mecanismo injerto podría apoderarse del mismo.

La suma de estas garantías a las recogidas en el Acuerdo CICIG (2006) con Guatemala (que incluyen las reconocidas en el ámbito de la protección diplomática bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de las Naciones Unidas, la inviolabilidad de sus oficinas y documentos y la imposibilidad de cancelación temprana del mandato por el Estado anfitrión (Acuerdo CICIG, 2006, arts. 6, 8-15), brindaría a futuros mecanismos injertos, que trabajen en contextos de Estados capturados por el crimen organizado, una certeza jurídica importante para proteger su independencia. Ello se debe a que la amenaza de cancelación del injerto y de persecución penal a su personal y colaboradores nacionales después de la finalización de su mandato sería mucho más limitada.

Sin embargo, aun si fuera posible introducir estas garantías, los mecanismos injertos siempre tendrán que enfrentarse con el desafío de operar bajo la soberanía del anfitrión. Al final, en el caso de la CICIG, ni las garantías recogidas en el Acuerdo CICIG (2006), ni el

sistema de justicia, pudieron impedir su cierre ante la fuerza bruta del Estado en un contexto desfavorable. Además, si bien el apoyo de la comunidad internacional puede servir como contrapeso al ejercicio desenfrenado de la soberanía, en el caso de la CICIG, si bien la comunidad internacional apoyó en general la continuación de su trabajo, los Estados Unidos parecen haber cedido a la insistencia de Morales para que se cerrara la CICIG, a cambio del apoyo de este último en la lucha de Trump contra los flujos de migrantes. Esta parece haber sido la razón por la que Morales pactó un acuerdo de tercer país seguro con los Estados Unidos, con el fin de dificultar la presentación de peticiones de asilo por centroamericanos (Díaz-Cortez, 2020).

Este cambio de posición es particularmente significativo porque los Estados Unidos habían sido hasta entonces el mayor donante financiero de la CICIG y son, sin lugar a duda, el país de mayor importancia para Guatemala en sus relaciones internacionales. De esta manera, su aval implícito o explícito para poner fin al mandato de la CICIG supuso un factor muy relevante para Morales a la hora de decidir qué tan agresiva podría ser su campaña contra esta.

En todo caso, conviene tener cautela a la hora de valorar los acontecimientos que condujeron al cierre de la CICIG, porque parece haber sido en gran parte producto de una situación muy particular de la geopolítica norteamericana en el momento en que se buscaba cerrar la CICIG. Seguramente, en otras condiciones hubiera sido mucho más difícil que el anfitrión pudiera expulsar a un mecanismo injerto de su territorio nacional de forma unilateral. Por ello, la experiencia de la CICIG lo que hace es demostrar la importancia del apoyo diplomático de la comunidad internacional a los mecanismos injertos, particularmente cuando existe apoyo popular en el anfitrión, a pesar de la oposición de actores poderosos.

Por ello, es fundamental que la comunidad internacional siga involucrada en financiar a las instituciones estatales y organizaciones locales que mantienen vivo en Guatemala el compromiso de buscar el acceso a la justicia y el conocimiento de la verdad sobre los crímenes cometidos por las estructuras corruptas. En particular, la FECI necesita, entre otras cosas, fiscales capacitados, agentes de policía entrenados, un presupuesto para la protección de testigos y de su propio personal, y herramientas para analizar una gran cantidad de información.

6. CONCLUSIÓN

Como hemos podido constatar a lo largo de este capítulo, un “mecanismo injerto” como la CICIG tiene que reconstruir un sistema de justicia confiable para la población del país en el cual se integra, creando un cambio desde una situación de impunidad hacia el respeto del estado de derecho. La CICIG ha dejado capacidades instaladas en las instituciones nacionales responsables de lucha contra de la corrupción, es decir, principalmente la Fiscalía por ser la encargada de la persecución penal de las estructuras criminales, pero también en el poder legislativo, que juega un papel importante en la adopción de herramientas para investigar, juzgar y sancionar tales estructuras por actos de corrupción.

La CICIG ha sido así mismo un mecanismo eficaz para alcanzar la justicia, el esclarecimiento de la verdad, la reparación de los daños y como garantía de no repetición de los actos de corrupción vinculados con el crimen organizado transnacional en Guatemala, a través de la persecución penal de casos emblemáticos de altos mandatarios de las instituciones estatales de todos los niveles (alcaldes, ministros del Gobierno e incluso jefes de Estado) y de todos los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). La diversidad de los casos que ha investigado ha permitido que salieran a la luz redes políticas complejas de corrupción con fuertes vínculos con las instituciones estatales, y ha situado la corrupción como un tema prioritario a ser monitoreado por la sociedad civil y el público en general.

Sin embargo, este legado está en peligro por la expulsión abrupta de la CICIG antes de que pudiera terminar su proceso de fusión con las instituciones nacionales. Por lo tanto, aunque logró muchos avances, las condiciones de seguridad para que las instituciones locales sigan con la lucha contra la corrupción no son óptimas. Asimismo, los integrantes de las estructuras de corrupción, que mantienen estrechos vínculos con las instituciones del Estado, están generando nuevamente las condiciones para cubrirse con el mismo manto de impunidad que durante tanto tiempo les ha permitido disimular sus crímenes y silenciar a sus opositores.

La comunidad internacional tiene la responsabilidad de seguir acompañando a las personas e instituciones que se comprometieron en esta promesa de recuperar el estado de derecho. Una de estas for-

mas es apoyar a la sociedad civil guatemalteca y a las instituciones nacionales para reimpulsar el proceso de reforma al sistema de justicia, con particular atención a la carrera judicial y al método de selección de las más altas autoridades judiciales. Este paso es un cambio estructural imprescindible para empezar a cortar el tráfico de influencias en los tribunales, que es una herramienta utilizada por las estructuras corruptas para conservar su impunidad.

Finalmente, la “chispa” que encendió la CICIG en las conciencias de muchos ciudadanos y ciudadanas guatemaltecos sobre la situación de corrupción en sus servicios públicos, tiene que transformarse en soporte a las organizaciones locales que estuvieron implicadas en la lucha anticorrupción desde la creación del Acuerdo Global sobre Derechos Humanos a finales de los años 90. Como lo describió el primer comisionado de la CICIG, Carlos Castresana, “La CICIG es un estado de ánimo, le cambio la visión a la gente”. Esta frase resume la promesa que ofrecen los mecanismos injertos: animar a la sociedad a retomar la esperanza de que pueden lograr recuperar sus instituciones públicas de los intereses corruptos.

REFERENCIAS

Doctrina

- Álvarez, E. (2002a). The Grand National Dialogue and the Oslo Consultations: Creating a Peace Agenda. *Accord*, 13, 44-47.
- Álvarez, E. (2002b). The Civil Society Assembly: Shaping Agreement. *Accord*, 13, 48-53.
- Bovino, A. (1994). *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- Casaús Arzú, M. E. (1992). La metamorfosis de las oligarquías centroamericanas. *Revista Mexicana de Sociología*, 54 (3), 69-114.
- Casaús Arzú, M. E. (1999). Reflexiones en torno a la legitimidad del Estado, la nación y la identidad en el marco de los Acuerdos de Paz en Guatemala. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, 25 (1), 7-31.
- CEDOH. (2014). *El manejo político de la inseguridad pública: tendencias, peligros e impacto*. Tegucigalpa, Honduras: CEDOH.
- Chávez Alor, J., & McIntosh, L. (2020). *Judicial Independence Hanging by a Thread in Guatemala*. Estocolmo, Suecia: ILAC.

- Dosal, P. J. (1995). *Power in Transition: The rise of Guatemala's industrial oligarchy, 1871-1994*. Westport, EE.UU.: Praeger.
- Gálvez Borrell, V. (2008). *Política y conflicto armado: camios y crisis del régimen político en Guatemala (1954-1982)*. Guatemala: FLACSO.
- Granowsky-Larsen, S. (2007). *La CICIACS: defensores de derechos humanos y el estado de derecho en la pos-guerra*. Guatemala: GAM.
- Ibarra, C. F. (2010). *¿En el umbral del posneoliberalismo? Izquierda y gobierno en América Latina*. Guatemala: F&G Editores.
- ICEFI. (2015). *Política fiscal: expresión del poder de las élites centroamericanas*. Guatemala: F&G Editores.
- Kramer, F. V. (2009). *Biografía Política de Guatemala: los pactos políticos de 1944-1970*. Guatemala: FLACSO.
- Langer, M. (2004). From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, 45 (1), 1-64.
- Meza, V., Salomon, L., Romero, R., Calderon, M. T., & Oliva, J. I. (2007). Tegucigalpa, Honduras: Poderes Fáticos y Sistema Político y CEDOH.
- Milanović, M. (2016). The Impact of the ICTY on the Former Yugoslavia: An Anticipatory Postmortem. *The American Journal of International Law*, 110 (2), 233-259.
- Morales Álvarez, A. A. (2006). Importancia de tener como agraviados a los hermanos de la víctima y puedan ejercer los derechos del querellante adhesivo. Guatemala: Universidad de San Carlos. [Disponible en: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6321.pdf]
- Olasolo, H., Carnero Rojo, E., Seoane, D., & Carcano, L. (2018). El limitado alcance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario y sus posibles causas. En H. Olasolo, N. Buitrago Rey, V. Bonilla Tovar, & J. Canosa Cantor, *Alcance y Limitaciones de la Justicia Internacional* (pp. 395-449). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Piketty, T. (2014). *Capital in the Twenty-First Century*. Cambridge, EE.UU.: Belknap Press Harvard University Press.
- Postema, M. (2014). *The selection process of the Attorney General in Guatemala: Increased regulation does not mean less arbitrariness*. Washington D.C., EE.UU.: DPLF. [Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/selection_process_ag_in_guatemala._increased_regulation_does_not_mean_less_arbitrariness.pdf]
- Prado Ayau, R. (2006). La violación al derecho humano de protección judicial del querellante adhesivo en el proceso penal guatemalteco. Guatemala: Universidad Rafael Landívar. [Disponible en: <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2006/07/07/Prado-Ricardo.pdf>]

- Ramírez García, L. R., & Urbina, M. Á. (2000). Guatemala. En J. B. Maier, K. Ambos, & J. Woischnik (Eds.), *Las reformas procesales penales en América Latina* (p. 443). Gotinga, Alemania: Universitat Gotingen.
- Reinold, T. (2020). *The Causes and Effects of Hybrid Anti-Impunity Commissions: Outline of a research agenda*. Duisburgo, Alemania: Centre Global Cooperation Research.
- Réus, L., & Zamora, M. (2018). Alcances y limitaciones de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala. In H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, V. Bonilla Tovar, & J. Canosa Cantor (Eds.), *Alcances y limitaciones de la Justicia Internacional, Vol. 4* (pp. 627-662). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Schirmer, J. (1999). *The Guatemalan Military Project A Violence Called Democracy*. Philadelphia, EE.UU.: University of Pennsylvania.
- Schneider, A. (2012). *State-Building and Tax Regimes in Central America*. Nueva York, EE.UU.: Cambridge University.
- Stephenson, M. C., & Schütte, S. A. (2019). *¿Una Corte Internacional Anti-corrupción? Una sinopsis del debate*. Bergen, Noruega: U4 Anti-Corruption Resource Centre.
- Vance Center for International Justice & Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison. (2020). *Reformas a la Ley de Organizaciones No Gubernamentales para el Desarrollo de Guatemala: Análisis a la luz de estándares internacionales*. Nueva York, EE.UU.: New York City Bar.
- Villagrán Kramer, F. (2009). *Biografía Política de Guatemala: Los pactos políticos de 1944-1970*. Guatemala: FLACSO.
- Wilson, R. (1997). Violent Truths: The Politics of Memory in Guatemala. En *Accord, Negotiating Rights: The Guatemalan Peace Process* (pp. 18-27).
- WOLA. (2003). Un aplauso por la CICIACS. Enlace, pp. 1, 21, 23.
- Zamora, M. (2019). Institutional Inoculation: The International Commission against Impunity in Guatemala (CICIG), International Rule of Law Mechanisms, and Creating Institutional Legitimacy in Post-Conflict Societies. *Columbia Journal of Transnational Law*, 57 (3), 535-599.

Jurisprudencia internacional

Corte Interamericano de Derechos Humanos

Ruiz Fuente v Guatemala, Supervisión de sentencia (Corte IDH 02 de septiembre de 2020).

Jurisprudencia nacional

Expedientes Acumulados 4151, 4179, 4180 y 4182-2017 (Corte de Constitucionalidad 10 de octubre de 2017).

Expediente 4207-2018, Of. 3 Secretaría General (Corte de Constitucionalidad 16 de septiembre de 2018).

Caso Visas CICIG, Amparo 01050-2018-01380, Of. y Not. 1a Memorial 7361 (Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil del Departamento de Guatemala diciembre 21 de 2018).

Terminación Acuerdo CICIG, Expedientes Acumulados 96-2019, 97-2019, 99-2019, 106-2019, 107-2019, Oficial 3o de Secretaria General (Corte Constitucional constituido en Tribunal Extraordinario de Amparo 9 de enero de 2019).

Otras referencias

Acuerdo CICIG. (2006). Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). Nueva York, EE.UU.

Acuerdo Global sobre Derechos Humanos. (1994). U.N. Doc. A/48/928-S/1994/448. Ciudad de México, México.

Iniciativa Mesoamericana de Mujeres Defensoras de los Derechos Humanos (2019). #AlertaDefensoras GUATEMALA/Difamación, criminalización y señalamientos contra la activista y comunicadora feminista Briseida Milián. [Disponible en: <http://im-defensoras.org/2019/01/alertadefensoras-guatemala-difamacion-criminalizacion-y-senalamientos-contra-la-activista-y-comunicadora-feminista-briseida-milian/>]

Álvarez, C. M. (23 de enero de 2019). Gobierno de Guatemala ordena retirar a agentes policiales de la sede de la Cicig. *Prensa Libre*. [Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/gobierno-de-guatemala-retira-a-agentes-policiales-de-la-sede-de-la-cicig/>]

AP. (31 de agosto de 2018). Guatemala's President Shuts Down Anti-Corruption Commission Backed by U.N. *New York Times*. [Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/08/31/world/americas/guatemala-corruption-commission-morales.html>]

Barreto Villeda, B. (5 de abril de 2019). Mayoría está a favor de que siga la CICIG. *Prensa Libre*. [Disponible en: <https://www.prensalibre.com/tribuna/plus/mayoria-esta-a-favor-de-que-siga-la-cicig/>]

Botero, C. (2008). Informe anual de la relatoría para la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev. 1.

Castañon, M. (5 de septiembre de 2018). Presencia de PNC causa alarma en PDH. *La Hora*. [Disponible en: <http://lahora.gt/presencia-de-pnc-causa-alarma-en-pdh/>]

CICIG. (2009). *Proceso de elección de magistrados a la Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones y otros tribunales colegiados de igual categoría*. Guatemala: CICIG.

- CICIG. (2016a). *Condenan a exdiputado Gudy Rivera y al abogado Vernon González*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/casos/condenan-a-exdiputado-gudy-rivera-y-al-abogado-vernon-gonzalez/>]
- CICIG. (2016b). *Informe Positivo a la Iniciativa sobre Reformas Constitucionales a la Justicia*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/listado-noticias-2016/informe-positivo-a-la-iniciativa-sobre-reformas-constitucionales-a-la-justicia/>]
- CICIG. (2016c). *Inicia Segunda Fase del Diálogo Nacional*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/comunicados-2016-c/inicia-segunda-fase-del-dialogo-nacional/>]
- CICIG. (5 de septiembre de 2018). *Caso TCQ: Condenan a 5 años de prisión a exfuncionario judicial*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/casos/caso-tcq-condenan-a-5-anos-de-prision-a-exfuncionario-judicial/>]
- CICIG. (27 de febrero de 2018). *Comisiones Paralelas*. [Disponible en: https://www.cicig.org/comunicados-2018-c/com_023_20180227/]
- CICIG. (6 de julio de 2018). *Comunicado: Retiran 20 agentes de la PNC asignados a la CICIG*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/comunicados-2018-c/retiran-a-20-agentes-de-la-pnc-asignados-a-la-cicig/>]
- CICIG. (25 de octubre de 2018). *Condena en caso Odebrecht*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/casos/condena-en-caso-odebrecht/>]
- CICIG. (2018a). *Informe Anual*. Guatemala.
- CICIG. (12 de octubre de 2018). *Reparación digna caso Lago de Amatitlán*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/casos/reparacion-digna-caso-lago-de-amatitlan/>]
- CICIG. (16 de octubre de 2018). *Visas funcionarios CICIG*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/comunicados-2018-c/comunicado-de-prensa/>]
- CICIG. (29 de mayo de 2019). *Caso construcción y corrupción: Avances en sentencia de reparación digna*. [Disponible en: <https://www.cicig.org/casos/avances-de-reparacion-digna/>]
- CICIG. (2019a). *Comisiones de Postulación: Desafíos para asegurar la independencia judicial*. Guatemala: CICIG.
- CICIG. (2019b). *El Papel de la CICIG en la Promoción de Reformas Jurídicas contra la Impunidad*. Guatemala: CICIG. [Disponible en: https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/06/Informe_ReformasLegales.pdf]
- CICIG. (2019c). *Informe de Cierre: El legado de justicia en Guatemala*. Guatemala.
- CIDH. (2014). *Derecho a la verdad en América*. OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2.
- CIDH. (2017). *Situación de los derechos humanos en Guatemala*. Washington, EE.UU.: OEA.
- CIDH. (2018). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18.

- CIDH. (2019). *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. Washington, EE.UU.: OEA/Ser.L/V/II.
- CIJ. (2016). *La Independencia Judicial en Guatemala*. Guatemala: Servi-Prensa. [Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2017/04/Guatemala-Independencia-Judicial-Publications-Thematic-reports-2016-SPA.pdf>]
- CNN. (7 de enero de 2019). Jimmy Morales acusa a la CICIG de “violación grave a las leyes nacionales e internacionales. *CNN en Español*. [Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/video/terminado-acuerdo-cicig-onu-guatemala-sot-jimmy-morales-brk/>]
- Código Penal Procesal. (s.f.). Guatemala.
- Comisión para el Esclarecimiento Histórico. (1999a). Tomo I: Mandato y procedimiento de trabajo; Causas y orígenes del enfrentamiento armado interno. En *Guatemala Memoria del Silencio*. Guatemala: UNOPS.
- Comisión para el Esclarecimiento Histórico. (1999b). Tomo V: Conclusiones y Recomendaciones. En *Guatemala Memoria del Silencio*. Guatemala: UNOPS.
- Comunicarte. (24 de agosto de 2012). Camino y huella, el legado de Lisandro Guarcax. *Comunicarte*. [Disponible en: <https://noticiascomunicarte.blogspot.com/2012/08/camino-y-huella-el-legado-de-lisandro.html>]
- Congreso EE.UU. (2018). *Bipartisan Group in Congress Urges Trump Administration to Utilize Global Magnitsky Sanctions in Central America*. [Disponible en: <https://foreignaffairs.house.gov/2018/8/bipartisan-group-in-congress-urges-trump-administration-to-utilize-global-magnitsky-sanctions-in-central-america/>]
- Corte IDH (2020). Ruiz Fuente v. Guatemala, Supervisión de sentencia.
- Currier, C., & Mackey, D. (7 de abril de 2018). The Rise of the Net Center: How an Army of Trolls Protects Guatemala’s Corrupt Elite. *The Intercept*. [Disponible en: <https://theintercept.com/2018/04/07/guatemala-anti-corruption-trolls-smear-campaign/>]
- Decoodt, F. (5 de diciembre de 2011). Guatemala-Una historia de robo de tierra a través de violencia y leyes. *Alterinfos America Latina*. [Disponible en: <http://www.alterinfos.org/spip.php?article5376>]
- De Grief, P. (2015). *Guarantees of Non-Recurrence: Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence*. U.N. Doc. A/HRC/30/42.
- Diaz-Cortez, A. (Reportera). (5 de septiembre de 2020). The Robert Mueller of Latin America, Reveal [Podcast]. [Disponible en: <https://www.reveal-news.org/episodes/the-robert-mueller-of-latin-america/>]
- EFE. (18 de diciembre de 2018). Guatemala expulsa a 11 funcionarios de la Cicig, que alega arbitrariedad. *EFE*. [Disponible en: <https://www.efc.com>]

- com/efe/america/politica/guatemala-expulsa-a-11-funcionarios-de-la-cicig-que-alega-arbitrariedad/20000035-3846496]
- EFE-EPA. (27 de agosto de 2017). Guatemala's President Declares CICIG Head Persona Non Grata. *EFE*. [Disponible en: <https://www.efe.com/efe/english/world/guatemala-s-president-declares-cicig-head-persona-non-grata/50000262-3362730>]
- elPeriódico. (8 de enero de 2016). Marvin Marin alias «El Taquero» sentenciado a 820 años de prisión. *elPeriódico*. [Disponible en: <https://el-periodico.com.gt/nacionales/2016/01/08/marvin-marin-alias-el-taquero-sentenciado-a-820-anos-de-prision/>]
- Estrada Tobar, J., & López, K. (30 de septiembre de 2019). Comisión anti-CICIG: Vamos a reescribir la historia y la verdad. *Nómada*. [Disponible en: <https://nomada.gt/pais/comision-anti-cicig-vamos-a-reescribir-la-historia-y-la-verdad/>]
- Evans, M., & Franzblau, J. (2013). *Electronic Briefing Book No. 445: Mexico's San Fernando Massacres: A Declassified History*. National Security Archive. [Disponible en: <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB445/>]
- FOSS. (2018). *Situación de la Policía Nacional Civil en Guatemala*. [Disponible en: <http://www.ceg.org.gt/images/documentos/publicaciones/Situaci%C3%B3n%20de%20la%20PNC%20agosto%202018.pdf>]
- G13. (5 de septiembre de 2018). *Comunicado de Prensa*. Grupo de Donantes G13. [Disponible en: <http://www.g13.org.gt/content/comunicado-de-prensa-4/>]
- G13. (8 de enero de 2019). *Comunicado de Prensa*. Grupo de Donantes G13. [Disponible en: <http://www.g13.org.gt/system/files/COMUNICADO%2008%20ENERO%202019.pdf>]
- IM-Defensoras. (2019). *Vigilancia, persecución e intimidación contra Helen Mack, directora de la Fundación Myrna Mack*. IM-Defensoras. [Disponible en: <http://im-defensoras.org/2019/01/alertadefensoras-guatemala-vigilancia-persecucion-e-intimidacion-contrahelen-mack-directora-de-la-fundacion-myrna-mack/>]
- Impunity Watch. (2015). *Procesos de elección de magistrados en Guatemala y Honduras*. [Disponible en: <https://www.impunitywatch.org/post/procesos-de-eleccion-de-magistrados-en-guatemala-y-honduras-1/>]
- Iniciativa de Ley No. 5179. (5 de octubre de 2016). Iniciativa que dispone aprobar reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en Materia del Sector Justicia. Congreso de la República de Guatemala. [Disponible en: https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/1312]

- Juárez, E. (12 de septiembre de 2018). PDH: Presencia de elementos castrenses es una intimidación. *La Hora*. [Disponible en: <http://lahora.gt/pdh-presencia-de-elementos-castrenses-es-una-intimidacion/>]
- Juárez, T. (25 de septiembre de 2018). Si Iván Velásquez intenta entrar hoy al país, no se le permitirá, advierte Jafeth Cabrera. *El Periódico*. [Disponible en: <https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/09/25/si-ivan-velasquez-intenta-entrar-hoy-al-pais-no-se-le-permitira-advierte-jafeth-cabrera/>]
- La Hora. (26 de octubre de 2018). Sala da 48 horas al Minex para informar sobre denegación de visas. *La Hora*. [Disponible en: <https://lahora.gt/sala-da-48-horas-al-minex-para-informar-sobre-denegacion-de-visas/>]
- Lanza, E. (2017). *Informe del Relator Especial sobre Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Washington D.C., EE.UU.: OEA.
- Mayén, M. H. (23 de enero de 2019). CC suspende antejuicio de tres de sus magistrados. *Prensa Libre*. [Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/cc-suspende-antejuicio-de-tres-de-sus-magistrados/>]
- Ministerio Público. (2018). Política de persecución penal democrática del Ministerio Público. Guatemala: Ministerio Público.
- MINUGUA. (2004). Informe Final: Asesoría en Derechos Humanos.
- Montepeque, F. (5 de enero de 2019). Migración impide ingreso de investigador de CICIG a Guatemala. *El Periódico*. [Disponible en: <https://elperiodico.com.gt/nacion/2019/01/05/migracion-impide-ingreso-de-investigador-de-cicig-a-guatemala/>]
- Monzón, K. (15 de enero de 2019). CSJ remite antejuicio contra tres magistrados al Congreso. *Prensa Libre*. [Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/corte-suprema-de-justicia-traslada-al-congreso-antejuicio-contra-magistrados-constitucionales/>]
- Movimiento Pro Justicia. (2019). *Guía sobre el funcionamiento de las comisiones de postulación*. Guatemala. [Disponible en: <http://www.movimientoprojusticia.org.gt/images/archivos%202019/Gu%C3%ADa%20de%20comisiones%20de%20postulaci%C3%B3n%202019.pdf>]
- NISGUA. (2012). *Verdict in Lisandro Guarcax Case*. [Disponible en: <https://nisgua.org/verdict-in-lisandro-guarcax-case/>]
- OHCHR. (2009). *Transitional Justice and Economic, Social, and Cultural Rights*. Ginebra, Suiza: Naciones Unidas.
- ONU. (8 de enero de 2019). La CICIG activa plan de contingencia tras decisión de Guatemala. *UN News*. [Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/01/1449082>]
- Orentlicher, D. (2005). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. U.N. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1.

- Partlow, J. (27 de agosto de 2017). Guatemalan President Attempts to Kick Out U.N. Anti-Corruption Chief. *Washington Post*. [Disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/guatemalan-president-attempts-to-kick-out-un-anti-corruption-chief/2017/08/27/2b8698f7-ecd5-4a0f-934c-867f8b44f924_story.html?noredirect=on&utm_term=.d158b100e49e]
- Patzán, J. M. (13 de enero de 2019). Fiscalía del MP continuará operaciones en Aeropuerto La Aurora. *Prensa Libre*. [Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/aeronautica-civil-permitira-que-fiscalia-del-mp-siga-en-aeropuerto/>]
- Pradilla, A., & Quintana Babio, C. (9 de octubre de 2018). El gobierno mintió: Hubo orden directa para que los J-8 patrullaran la CICIG y las embajadas de EE.UU. y México. *Plaza Pública*. [Disponible en: <https://www.plazapublica.com.gt/content/el-gobierno-mintio-hubo-orden-directa-para-que-los-j-8-patrullaran-la-cicig-y-las-embajadas>]
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la O.E.A. (2011). *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. Washington D.C., EE.UU.: CIDH.
- Salvioli, F. (2017). *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence on his global study on transitional justice. A/HRC/36/50/Add.1*.
- Skeen, L. (11 de octubre de 2009). The Zetas and the Kaibiles: A Mexican Hit Squad Reconnects With Its Guatemalan Trainers. *NACLA*. [Disponible en: <https://nacla.org/news/zetas-and-kaibiles-mexican-hit-squad-reconnects-its-guatemalan-trainers>]
- Silva Ávalos, H. (14 de octubre de 2020). Guatemala's Attorney General Lashes Out Against Anti-Corruption Prosecutor's Office. *InSight Crime*. [Disponible en: <https://www.insightcrime.org/news/analysis/guatemalas-attorney-general-lashes-out-against-anti-corruption-prosecutors-office/>]
- Tercero, B. (25 de agosto de 2017). MP y CICIG pide antejuicio contra Jimmy Morales por financiamiento electoral ilícito. *Prensa Libre*. [Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/ministerio-publico-cicig-solicitan-antejuicio-jimmy-morales-fcn-nacion>]
- Torres, N. (2019). *Guatemala Crisis: Torres, McGovern Lead 46 Members of Congress in Urging President Trump to Impose Targeted Sanctions on Corrupt Officials, Suspend Assistance to Central Government*. [Disponible en: <https://torres.house.gov/media-center/press-releases/guatemala-crisis-torres-mcgovern-lead-46-members-congress-urging>]
- Torres, N., & McGovern, J. (2019). *Letter to Ambassador of Guatemala to the U.S.* [Disponible en: <https://twitter.com/NormaJTorres/status/1091460723090305024>]

- UNODC. (2014). *Global Study on Homicide 2013*. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime. [Disponible en: https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf]
- UNSG. (7 de enero de 2019). Guterres “rechaza enérgicamente” la decisión de Guatemala de finalizar el acuerdo de la CICIG. *UN News*. [Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/01/1449022>]
- Vásquez, B. R. (2 de marzo de 2015). Sala ordena procesar a Ríos Sosa por Q471 millones. *Prensa Libre*. [Disponible en: <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/sala-ordena-procesar-a-rios-sosa-por-q471-millones/>]
- Valencia, K. (7 de octubre de 2016). El Diálogo Nacional, ¿traerá mayor justicia para Guatemala? Blog de la Fundación para el Debido Proceso. *DPLF*. [Disponible en: <https://dplfblog.com/2016/10/07/el-dialogo-nacional-traera-mayor-justicia-para-guatemala/>]
- Velásquez, I. (2019). *Carta a Antonio Guterres*. CICIG. [Disponible en: https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/01/NOT-002-20190111-Letter_to_SG.pdf]
- Zamora, C. (4 de septiembre de 2018). *Presidente Morales prohíbe ingreso de comisionado de la CICIG a Guatemala*. Presidencia de la República de Guatemala. [Disponible en: <https://www.presidencia.gob.gt/presidente-morales-prohibe-ingreso-de-comisionado-de-la-cicig-a-guatemala/>]

Sexta Parte
CONCLUSIONES

Capítulo XXII

CONCLUSIONES

Héctor Olasolo

1. PRIMERA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN: MULTIPLICIDAD Y SISTEMATICIDAD DE SUS MODALIDADES EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

Desde una perspectiva socioeconómica, la corrupción se produce cuando, como señala Morales, los bienes externos que genera una actividad humana para quien la realiza (prestigio, reconocimiento, dinero, poder u otro interés personal) se imponen, o priorizan, sobre su finalidad social objetiva (por ejemplo, la consecución del bien común en el caso de la actividad política), que es la que le da sentido y dota de legitimidad.

Esto se traduce en un concepto jurídico de corrupción, que, según el único instrumento internacional de alcance universal específicamente anticorrupción (la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción vinculante para sus 170 Estados Parte), gira en torno al uso indebido del poder de decisión, o a la alteración de la esencia de un proceso, para beneficio propio o de un tercero. Por ello, como señalan Bechara & Duarte y Ballesteros, incluye todo comportamiento, público o privado, de personas físicas o jurídicas, con independencia de su nacionalidad, potencialmente capaz de comprometer el patrón ético y moral, que presenta múltiples manifestaciones, tales como el soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y de organizaciones internacionales, el soborno privado, la malversación o el peculado en el sector público y privado, la apropiación indebida y otras formas de desviación de bienes, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el lavado de dinero, el encubrimiento y la obstrucción de la justicia¹.

¹ Algunas de estas conductas, como el lavado de dinero o la obstrucción a la justicia, si bien no constituyen en sentido estricto actos de corrupción pública o privada, se encuentran estrechamente relacionados con los mismos.

Como Benito y Morales señalan, el concepto jurídico de corrupción recogido en la CNUCC involucra, en primer lugar, diversas actividades realizadas en la esfera pública, que tienen en común la conversión de la función pública en una fuente de enriquecimiento irregular, mediante la toma de decisiones por parte de quienes están investidos de autoridad pública, con el fin de generar para estos últimos, sus círculos más cercanos, organizaciones, partidos políticos o empresas, entre otros, beneficios a través de la transferencia irregular de recursos de la esfera pública o privada. Por ello, el término corrupción se ha empleado tradicionalmente para describir conductas que tienen lugar en el ámbito de las relaciones entre administración pública y administrado, donde necesariamente tiene que estar implicado un funcionario público.

En este contexto, autoras como Sueli Cock subrayan la particular gravedad de la corrupción electoral porque la financiación ilícita de las campañas electorales puede llevar a la captura del Estado, con el fin de obtener beneficios económicos a través de la influencia en la formulación de leyes, regulaciones y políticas públicas, que no responden a las necesidades de la mayoría de los ciudadanos, sino a intereses particulares, contribuyendo así a excluir de los beneficios del crecimiento a amplios sectores de la población.

Casseb, López-González y Ramírez-Montes & Peñafort ponen, sin embargo, el énfasis en la corrupción sistémica de las ramas judicial y policial porque es a partir de la misma que las consecuencias de la corrupción comienzan a alimentar sus causas, al favorecerse con la impunidad la reproducción de la corrupción en todos los niveles. Para estos autores, el hecho de que las prácticas corruptas sean desarrolladas por quienes tienen el mandato constitucional de mantener el orden y combatir el crimen, les confiere una particular gravedad.

Con independencia de qué formas de corrupción puedan generar consecuencias más perniciosas, el debate mencionado refleja que las manifestaciones de la corrupción en la esfera pública son múltiples, tanto en lo que se refiere a los diversos ámbitos en los que se manifiesta, como en lo relativo a las modalidades que asumen en cada uno de estos ámbitos. Con respecto a los primeros, el trabajo de Galain sobre el país de América Latina con el índice más bajo de percepción de corrupción entre la población (según el Latinobarómetro de 2018,

sólo un 1% de los uruguayos la consideran un riesgo para su país), es un buen ejemplo de la multiplicidad de ámbitos públicos que se ven afectados por este fenómeno. Así, sólo en los últimos dos años, se han dado a conocer en Uruguay:

- i) Casos de peculado y abuso de funciones en empresa pública, que llegaron incluso a afectar al ex vicepresidente de la República, Raul Sendic, quien tuvo que dimitir en 2017 por el inicio de un juicio penal en su contra en relación con el uso indebido de tarjetas corporativas;
- ii) Casos de corrupción y ausencia de controlador, en particular en relación con la función de control aduanero, que es especialmente problemática debido al impacto que tiene sobre las organizaciones dedicadas al contrabando (en agosto de 2019 tuvo que presentar su dimisión el Director Nacional de Aduanas a raíz de las incautaciones en Francia y Alemania de dos contenedores procedentes de Uruguay con cientos de kilos de cocaína);
- iii) Casos de conjunción del interés personal con el público (en mayo de 2019 se hizo público en el marco del caso relativo a la empresa Envidrio que varios diputados habrían votado a favor de que entidades públicas les ofrecieran prestamos monetarios mientras desempeñaban cargos directivos en las mismas);
- iv) Casos de corrupción policial en función auxiliar de la administración de justicia (a finales de mayo de 2019 se puso al descubierto la existencia de una red de policías de investigación que llevaban más de una década extorsionando a personas a cambio de evitar su detención y no informar a la fiscalía sobre sus negocios fraudulentos);
- v) Casos de corrupción y lavado de dinero, en los que numerosas entidades privadas que operan en Uruguay ocultan allí las ganancias obtenidas en terceros países para luego utilizarlas en la compra del acceso al poder en los mismos (en el caso *Lava Jato*, directivos de Petrobrás habrían utilizado la empresa *Hayley*, creada en 2009, con sede en Montevideo, y administrada por el estudio jurídico *Posadas, Posadas y Vecino*, para lavar dinero de diversas empresas constructoras, entre ellas, la brasileña *Odebrecht*, la argentina *Techint* y la italiana *Saipem*); y

- vi) Casos de corrupción y nepotismo (en mayo de 2019 trascendió que la Cancillería había alterado los resultados de un concurso, beneficiando a tres personas, de las cuales una de ellas era el hijo de una embajadora vinculada al partido político que ha gobernado Uruguay entre 2005 y 2019).

Por su parte, en lo que respecta a la multiplicidad de modalidades de corrupción en un mismo ámbito de lo público, Casseb recoge la siguiente tipología de prácticas corruptas en el ámbito policial, que, si bien se ven facilitadas por el cargo y el armamento utilizado como instrumento de trabajo (lo que genera con frecuencia en los agentes involucrados una sensación de impunidad por la intimidación que pueden provocar), responden en su opinión a causas similares a las de las prácticas corruptas en otros ámbitos de la administración pública:

- i) La corrupción interna como consecuencia del acoso a subordinados o la discriminación o favorecimiento con fines de promoción profesional;
- ii) La conducta poco profesional constitutiva de infracciones administrativas o disciplinarias (falta de cortesía, discriminación, inercia, pereza, uso indebido de información confidencial, negativa a cooperar con otros organismos públicos y descuidos con las víctimas o las personas bajo custodia);
- iii) La corrupción clásica, que engloba todos aquellos casos en los que se dejan de cumplir las obligaciones del cargo (por ejemplo, no imponer multas a los conductores por exceso de velocidad) para obtener beneficios personales (lo que incluye también los casos de entrega de pequeños obsequios o cortesías que generan expectativas de trato favorable), llegándose en ocasiones a conformarse auténticas redes de protección policial de actividades ilícitas, que permiten el funcionamiento de prostíbulos y casas de juego ilegales y evitan la confiscación de estupefacientes;
- iv) La corrupción procesal, que implica la manipulación o fabricación de elementos de prueba, o la coacción de testigos para que declaren en un cierto sentido (lo que también incluiría el favorecimiento de amigos y familiares en investigaciones y procesos penales, y la persecución de quienes son considerados enemigos o amenazas, incluidos partidos políticos, organizaciones y grupos sociales).

- v) El uso excesivo de la fuerza o brutalidad policial, como en los casos de abuso verbal, intimidación, amenazas de violencia, agresiones graves, tortura y asesinato; y
- vi) La conducta impropia o no profesional fuera de servicio (delitos y mala conducta) con consecuencias negativas para la institución policial, como conducir ebrio y cometer abusos verbales.

Aunque las diversas manifestaciones de la corrupción pública en el ámbito nacional pueden tener distintos alcances, estas pueden alcanzar grandes dimensiones como lo demuestran los casos *Duarte* en México y *Lava Jato* en Brasil. Como Hernández-Jiménez & Anzola señalan, el primero de los casos se refiere al entramado de corrupción desarrollado por el ex gobernador del estado de Veracruz, Javier Duarte de Ochoa, y cuyo *modus operandi* tuvo dos manifestaciones principales: (i) el otorgamiento de contratos y recursos económicos a “*empresas fantasmas*”, que, pretendiendo actuar como proveedoras del gobierno de Veracruz, facturaron servicios inexistentes con respecto a bienes y servicios que el ejecutivo veracruzano necesitaba prestar a diversas poblaciones vulnerables del estado; y (ii) las “*estafas maestras*” consistentes en la utilización de terceros para evadir las normas de contratación estatal.

El caso se ha caracterizado por la participación de diversos actores de la política mexicana a nivel nacional, la función esencial de los abogados en el efectivo funcionamiento del entramado delictivo, la utilización de buena parte de los recursos malversados para el financiamiento de las campañas políticas y el fomento de la impunidad desde las instituciones públicas a través, entre otros mecanismos, de la adopción de legislaciones de excepción y del suministro de medios (incluyendo un helicóptero estatal) para facilitar la fuga de Duarte y la evasión de la acción de la justicia. Todo ello permite su análisis desde los postulados de la delincuencia de cuello blanco, y como Hernández-Jiménez & Anzola subrayan, pone de manifiesto que el fuerte rechazo social existente frente a la malversación de fondos públicos no se extiende a las altas esferas del poder, donde este tipo de comportamiento es ampliamente aceptado como algo habitual, a pesar de que sus consecuencias son dramáticas para los destinatarios de aquellos recursos públicos que no llegan nunca a recibir.

En cuanto al caso *lava Jato*, este debe su nombre al descubrimiento del uso de una red de gasolineras y lavaderos de coches para mover recursos ilícitos pertenecientes a una de las organizaciones criminales inicialmente investigadas. Según Bechara & Duarte, las estimaciones iniciales apuntan a que billones de dólares fueron desviados de Petrobras (la mayor empresa pública de Brasil) mediante un esquema de corrupción que se ha prolongado durante al menos una década. Conforme al mismo, grandes empresas contratistas organizadas en un cartel pagaban coimas a altos ejecutivos de Petrobras y a otros funcionarios públicos. El valor de la coima oscilaba entre el 1% y el 5% del importe total de los contratos multimillonarios concedidos.

El *modus operandi* muestra que las empresas contratistas que participaban en licitaciones públicas para obtener contratos de Petrobras, se organizaron en un cartel para sustituir la competencia real por una aparente. Así, los precios ofrecidos a Petrobras eran calculados y ajustados en reuniones secretas en las que se definía quién ganaría el contrato y cuál sería el precio, inflando el beneficio privado y perjudicando los intereses de Petrobras (el cartel tenía un reglamento, que simulaba las reglas de un campeonato de fútbol, para definir cómo serían distribuidas las obras). Para garantizar que solo aquellas empresas contratistas del cártel fuesen invitadas a participar en las licitaciones, los funcionarios corruptos de Petrobras coaptaban a los agentes públicos que llegaban a tener conocimiento del cartel, restringiendo así la participación de otras empresas e incluyendo a la ganadora entre las contratistas participantes (una especie de juego de cartas marcadas). Para ello, se realizaban negociaciones directas injustificadas, se filtraban informaciones confidenciales, se aceleraban contrataciones suprimiendo ciertas etapas procedimentales relevantes y se celebraban contratos complementarios innecesarios y con precios excesivos, entre otras irregularidades.

Como Bechara & Duarte subrayan, la participación de los operadores financieros fue estratégica en el caso *Lava Jato*, porque, además de encargarse de actuar como intermediarios en el pago de las coimas, fueron responsables por la entrega de sobornos con apariencia de dinero limpio a los beneficiarios. Asimismo, también fue muy relevante la participación de personas que integraban, o estaban directamente relacionadas, con los partidos políticos encargados de nombrar y mantener a los directores y altos ejecutivos de Petrobras (en marzo de

2015, el Fiscal General de la República presentó al Tribunal Supremo Federal 28 peticiones para la apertura de investigaciones penales contra 55 agentes políticos, de los que 49 se encontraban aforados).

A la luz de lo anterior, se puede afirmar con Morales que la corrupción en la esfera pública presenta tres características básicas: (i) no distingue entre funcionarios públicos de nivel ejecutivo y de bajo perfil (como se demuestra en la denominada corrupción administrativa que obstaculiza procesos administrativos con el fin de propiciar la oferta de sobornos para desbloquearlos); (ii) puede llegar a convertirse en un problema institucional que requiera de soluciones estructurales; y (iii) en los casos de mayor gravedad supone la captura del Estado por parte de poderosos actores económicos, lo que impide la provisión eficaz y suficiente de bienes públicos a la sociedad.

Junto a los supuestos de corrupción pública, el concepto jurídico de corrupción recogido en la CNUCC incluye también aquellas conductas éticamente cuestionables, o acciones abusivas, en el ámbito de las relaciones privadas, que buscan el beneficio individual o de un grupo específico en detrimento de otros actores. Este segundo tipo de prácticas corruptas, como el hecho de solicitar coimas para otorgar determinadas obras en el ámbito privado, transferir dinero a quienes toman decisiones con el fin de recibir un trato preferencial en la contratación de bienes y servicios, o acordar entre varias compañías oligopolistas los precios a los que ofrecerán o adquirirán ciertos productos con el fin de sustituir la competencia real por una aparente, no involucran a funcionarios públicos, y pueden darse en las relaciones entre empresas, organizaciones no gubernamentales, asociaciones civiles e individuos, afectando en particular a las transacciones comerciales, ya sean estas nacionales o internacionales.

Como señala Benito, a diferencia de la corrupción pública, que afecta al correcto desempeño de la administración pública, el bien jurídico afectado por la corrupción privada es de naturaleza socioeconómica y consiste en la competencia leal en el mercado. Además, a pesar de lo que pudiera pensarse en un primer momento, las manifestaciones de la corrupción privada son tan variadas o más que en el caso de la corrupción pública, y pueden llegar también a tener un gran alcance.

2. LAS MÚLTIPLES DIMENSIONES DEL IMPACTO NEGATIVO DE LA CORRUPCIÓN

Como Benito, Ballesteros, Hernández-Basualto, López-González, Morales, Olasolo & Mané, Ramírez-Montes & Peñafort y Tamayo & Ariza subrayan, el impacto negativo de la corrupción en la sociedad tiene múltiples dimensiones. En primer lugar, provoca un menor crecimiento económico al disminuir la competitividad y la seguridad jurídico-económica, y distorsionar así los mercados, lo que a su vez genera un alejamiento de las inversiones y causa mayores desequilibrios en la distribución de la riqueza, como consecuencia del incremento en el gasto ineficiente de los recursos y la consiguiente disminución de la calidad de los servicios públicos (dimensión económica).

En segundo lugar, genera la pérdida de confianza en las instituciones por la falta de resultados de las políticas para reducir la corrupción. Esto a su vez debilita los valores fundamentales de la sociedad, limita el impacto de las políticas sociales e incrementa la inequidad, porque el impacto negativo en lo que se refiere al nivel de satisfacción de los derechos fundamentales es muy significativo en aquellos sectores de la población que disponen de menos recursos (dimensión social).

En tercer lugar, provoca la sustitución de los intereses de los ciudadanos por los intereses particulares de quienes están, en principio, llamados a representarlos y de otros sujetos ajenos a la relación de confianza entre gobernante y ciudadano, lo que conlleva la politización de las instituciones, la captura del Estado por intereses privados, la alienación política de los ciudadanos y su indiferencia e incredulidad frente a las instituciones políticas y sus dirigentes (dimensión política).

En cuarto lugar, promueve el uso de la función pública para el beneficio propio o de terceros, así como la utilización de la justicia para fomentar la impunidad, erosionando con ello su finalidad de protección de las libertades y derechos civiles de los ciudadanos (dimensión jurídica).

En quinto lugar, genera el deterioro del medio ambiente al impedir la aprobación y aplicación eficaz de una legislación que fomente su protección y el uso sostenible de los recursos, favoreciendo de este

modo a las compañías mineras, las plantas eléctricas y las refinerías (dimensión ambiental).

En sexto lugar, como ha puesto de manifiesto la Corte IDH en los casos Ximenes Lopes (2006) y Masacre de Ituango (2006), contra Brasil y Colombia respectivamente, la corrupción tiene una innegable impacto internacional en cuanto que genera (directa o indirectamente) la violación de los derechos humanos y la correspondiente responsabilidad internacional del Estado, como consecuencia del incremento de la desigualdad, la restricción de las libertades fundamentales y la disminución de la eficacia del Estado en la protección a las víctimas (dimensión internacional).

Esta última dimensión es fruto de que la corrupción fomenta: (i) la exclusión (los gobiernos eligen a unos pocos para que actúen en representación de la mayoría, suprimiendo los mecanismos de control ciudadano y ocultando los motivos que justifican la toma de sus decisiones); (ii) la ausencia de oposición política (lo que permite la adquisición ilegal de contratos, la venta ficticia de bienes, la concesión de puestos públicos y las maniobras ocultas para perpetuarse en el poder); y (iii) la impunidad (la inoperancia de la justicia es consecuencia de la coacción o del ofrecimiento de incentivos para manipular su actuación en favor de determinados intereses).

Finalmente, la corrupción genera también confusión en la población a la hora de identificar una práctica como corrupta y de reconocer sus consecuencias negativas, lo que limita los sentimientos de arrepentimiento o aversión, máxime si no hay víctimas visibles porque los daños causados no afectan a individuos concretos, sino a la sociedad en su conjunto (dimensión ética).

A la luz de lo anterior, la ONU (2002) ha calificado la corrupción como una auténtica plaga que rompe con el tejido social y tiene efectos corrosivos en la sociedad, constituyendo una verdadera amenaza al crecimiento social sostenible y al desarrollo de las instituciones.

3. IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y MEDICIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN UN CONTEXTO DE OPACIDAD, FALTA DE INFORMACIÓN Y AUSENCIA DE DEBATE PÚBLICO

El hecho de contar con un concepto jurídico de corrupción aceptado por la gran mayoría de Estados de la sociedad internacional no significa que se haya avanzado en términos de su identificación y capacidad de medición. De hecho, como señala Morales, los altos niveles de opacidad, la falta de información y la ausencia de debate público sobre las extensas prácticas de corrupción pública y privada existentes y sus devastadores efectos en la sociedad son tales, que los únicos mecanismos de medición de este fenómeno se limitan a encuestas sobre la percepción subjetiva que tiene la población con respecto a los niveles de corrupción en sus respectivos países.

Ni la academia, ni la sociedad civil organizada, ni las instituciones encargadas de la seguridad pública o de controlar la legalidad de los actos de la administración, muestran por lo general interés en explicarse (y en explicar a la ciudadanía) el sentido de las reiteradas prácticas de corrupción. Así mismo, como Tamayo & Ariza subrayan, tampoco hay estudios sobre las pérdidas que la corrupción genera en la Hacienda Pública, sus consecuencias con respecto a la disminución o menor calidad de los servicios que el Estado presta, y su impacto negativo en materia de derechos humanos y calidad de la democracia. Esto, unido al poco interés de los partidos políticos mayoritarios (normalmente involucrados en prácticas corruptas de amplio alcance) por abordar esta cuestión, ha resultado tradicionalmente en una limitada exposición mediática de los actos de corrupción.

Es por esta razón que países tan diversos como Uruguay y El Salvador, ofrecen resultados estadísticos similares en relación con la consideración de la corrupción como un problema importante por sus respectivas poblaciones. Así, en relación con Uruguay, a pesar de que el Latinobarómetro de 2018 muestra que el 59% de la población uruguaya afirma que la corrupción ha incrementado, sólo un 1% la considera un problema relevante. Del mismo modo, en El Salvador, a pesar de que un 58% de la población cree que la corrupción ha aumentado mucho en 2018 (y de que hasta un 53.6% ha visto o se ha enterado en el último año de algún delito de peculado, nepotismo,

apropiación ilícita o aceptación de comisiones ilegales para favorecer contratos y asociación criminal), sólo un 3% consideran que la corrupción es un problema importante.

A esto hay que añadir, como señala Galain, que en algunos países como Uruguay (donde se sigue el modelo político-criminal de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996) solo se considera delito la corrupción pública, lo que genera la impresión en la población de que este es un problema exclusivo del funcionamiento de la administración pública, favoreciendo de esta manera una ilusoria percepción del sector empresarial como el menos corrupto de la sociedad.

Ante esta situación, Bechara & Duarte y Ramírez-Montes & Peñafort plantean dos modelos de análisis y medición complementarios para comprender mejor el fenómeno de la corrupción y sus diversas manifestaciones. Los primeros proponen abordarla tanto desde una perspectiva personalista centrada en las causas que llevan, o que pueden llevar, a una persona a incurrir en un acto de corrupción (la oportunidad de obtener una ventaja asociada a una elección racional de costo y beneficio, la función o posición desempeñada, la capacidad coercitiva y de engaño, la autoconfianza en permanecer impune, la intensidad de la presión recibida o la dificultad para manejar el estrés), como desde un enfoque institucional que pone el acento en las condiciones institucionales que favorecen las prácticas corruptas (el poder derivado de la discrecionalidad burocrática, las ventajas económicas asociadas a ese poder o la baja probabilidad de tener que responder por el hecho ilícito a la luz de la normativa aplicable y la práctica del sistema judicial).

Por su parte, Ramírez-Montes & Peñafort afirman que se puede entender y medir mejor la corrupción mediante la aplicación de la fórmula $C = M + D - A - S$, según la cual el nivel de corrupción (C) es el resultado de sumar el grado de monopolio sobre la toma de decisiones en un cierto sector (M) con el nivel de discrecionalidad de quien tiene la competencia para adoptarlas (D), y de restar a continuación el grado de rendición de cuentas a la que está sujeto el tomador de decisiones (A) y la probabilidad de que los actos corruptos sean sancionados (S).

4. EL CASO ODEBRECHT COMO PARADIGMA DEL DESARROLLO DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL EN IBEROAMÉRICA

El caso Odebrecht es un ejemplo paradigmático de la dimensión global que en las últimas décadas ha alcanzado el fenómeno de la corrupción, debido, como Fronza & Insolara apuntan, a la ramificación en tres continentes de sus prácticas corruptas, la utilización de numerosas pantallas societarias, la comisión de varios delitos instrumentales (especialmente, el lavado de dinero), la existencia de ciertos departamentos internos de la sociedad dedicados específicamente al pago de sobornos para acelerar y facilitar el funcionamiento del esquema de corrupción [en particular, el Departamento de Operaciones Estructuradas (DOS)], y la transferencia de fondos a una gran cantidad de intermediarios en varios países para conseguir la mayor cantidad posible de proyectos y negocios mediante prácticas corruptas.

Además, como consecuencia de que en su epicentro estuvo la región iberoamericana, conocidos dirigentes políticos y empresarios de esta región, como el expresidente colombiano Juan Manuel Santos, el líder de la oposición venezolana Henrique Capriles, la expresidenta chilena Michelle Bachelet, los ex presidentes peruanos Eduardo Toledo, Ollanta Humala y Pedro Pablo Kuczynski, el expresidente argentino Mauricio Macri y un buen número de políticos y empresarios de México, República Dominicana, Ecuador, Guatemala y Panamá (por poner solo algunos ejemplos), se encuentran, o han sido sometidos, a investigaciones anticorrupción por su vinculación con Odebrecht, las sociedades que controlaba y los políticos brasileños implicados (las investigaciones e imputaciones realizadas se refieren, como en el caso brasileño, a licitaciones públicas trucadas, precios inflados en contratos públicos y utilización de fondos públicos para financiar campañas electorales).

En cuanto al funcionamiento específico de la corrupción transnacional en el caso Odebrecht, Fronza & Insolara señalan que las fuentes de los recursos con los que el DOS pagaba los sobornos a miembros de gobiernos, funcionarios, empresarios, líderes de partidos políticos y candidatos políticos extranjeros eran los gastos generales de las distintas sociedades del grupo Odebrecht, las comisiones excesivas no declaradas en los balances (que eran recibidas de prestadores

de servicios formalmente legítimos), los anticipos no declarados, y las compensaciones vinculadas a los resultados y a los seguros.

Para realizar las transferencias de fondos y los pagos sin posibilidad de rastreo, el DOS mantenía un presupuesto oculto que funcionaba mediante dos sistemas electrónicos creados para tal fin: (i) el llamado *MyWebDay*, que se utilizaba para procesar los pagos y registrarlos; y (ii) el denominado *Drousys*, un sistema elaborado para las comunicaciones, distinto del ordinario, que no tenía registros y permitía a los dirigentes de las sociedades y a sus cómplices comunicarse libremente, hablando de los sobornos y otras transacciones ilícitas sin ser interceptados. Todo ello se garantizaba mediante protecciones sofisticadas del correo electrónico y la mensajería instantánea (a través de nombres en clave y contraseñas que aseguraban la confidencialidad y fomentaban la confianza entre los sujetos implicados) y de una gran velocidad y eficiencia en los pagos. Además, se destruía toda posible fuente de prueba a solicitud de los dirigentes de Odebrecht.

Fronza & Insolara subrayan que tanto los intermediarios, como las entidades bancarias y los operadores financieros, fueron dos factores esenciales para el funcionamiento eficaz del esquema de corrupción. Con respecto a los primeros cabe señalar que Odebrecht se sirvió de numerosos intermediarios para negociar con los gobiernos extranjeros, obtener información reservada sobre los precios y las condiciones de las licitaciones relativas a sus proyectos, y garantizarse su concesión con la consiguiente asignación de los recursos económicos necesarios para llevarlos a cabo. En compensación por su actuación, los intermediarios se llevaron porcentajes significativos del valor de los contratos.

Numerosas entidades bancarias y operadores financieros, que, si bien eran administrados por agentes retribuidos por el DOS, no aparecían en los balances contables de Odebrecht, participaron en el esquema de corrupción. Se trató, en primer lugar, de pequeños bancos radicados en países extranjeros, cuyos ordenamientos jurídicos se caracterizan por la protección del secreto bancario y una fuerte limitación a la cooperación internacional y a la revelación de información financiera sensible (por ejemplo, el DOS transfirió fondos a 77 cuentas en 33 bancos situados en el pequeño estado insular de Antigua e incluso trató de comprar uno de los mismos; cuando posteriormente

los fiscales brasileños requirieron a las autoridades de Antigua el acceso a dichas cuentas, Odebrecht pagó hasta 4 millones de dólares a un abogado para que contactara al primer ministro del país con el fin de convencerle para que rechazara el requerimiento).

Además, muchas de las transferencias que alimentaron el vasto esquema de corrupción utilizaron también el sistema bancario y financiero norteamericano, y en particular las cuentas corrientes que las sociedades y entidades radicadas en paraísos fiscales como Antigua, Belice o Islas Vírgenes tienen en Nueva York. Así, el dinero fue transferido en al menos cuatro ocasiones para ocultar la fuente de origen, que se mantenía siempre a gran distancia de los beneficiarios finales (en ocasiones, los pagos acababan siendo realizados en efectivo a través de sobres o valijas depositadas en lugares designados por los propios beneficiarios).

El análisis de Fronza & Insolara revela el funcionamiento de la corrupción transnacional, caracterizada por la necesaria contribución de los intermediarios y la existencia de contratos simulados, bancos cómplices, entidades en paraísos fiscales y fondos no registrados que se crean con el fin de corromper funcionarios públicos extranjeros. Además, muestra cómo la globalización de la corrupción pública y privada, y de las nuevas modalidades de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, ha provocado un impacto negativo en la sociedad mucho más amplio que la corrupción clásica, porque, además de incrementar la magnitud de la corrupción en el ámbito nacional, sus efectos tienen múltiples dimensiones que se despliegan sobre el conjunto de la economía mundial (distinguiéndose así el impacto sobre las realidades económicas locales y las violaciones de los derechos humanos, por un lado, y las consecuencias macroeconómicas globales, por otro).

Además, al abordar los contornos de la corrupción transnacional desde sus manifestaciones concretas, se observa con mayor claridad que: (i) los auténticos protagonistas de este tipo de corrupción en las transacciones económicas internacionales son las organizaciones empresariales multinacionales (con la necesaria complicidad del sector bancario y de los Estados que actúan como paraísos fiscales), que desarrollan sus actividades comerciales en diversos países y están sujetas a varias jurisdicciones estatales; y (ii) las formas más relevantes

en que se manifiesta la corrupción transnacional en el ámbito de las transacciones económicas internacionales son los diversos tipos de soborno (entendido como la oferta, promesa, entrega, aceptación o solicitud de una ventaja (dádivas, comisiones, retribuciones u otras ventajas impositivas, servicios, donaciones o favores) para incentivar una conducta ilegal o contraria a la ética profesional), a los que son particularmente permeables los numerosos proyectos, obras y programas gubernamentales emprendidos en países en vía de desarrollo con abundantes recursos naturales.

5. EL MODELO DE GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL Y EL SURGIMIENTO Y EXPANSIÓN DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES COMO CAUSAS DE LA GLOBALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Como muestra el caso Odebrecht, la corrupción ha adquirido en las últimas décadas una dimensión global, con independencia de la forma de gobierno y el nivel de desarrollo económico de los distintos territorios. A las tradicionales causas de la corrupción, como la discrecionalidad sin rendición de cuentas, la excesiva burocracia administrativa o la tolerancia social hacia estas prácticas, se han añadido otras relacionadas específicamente con el proceso de globalización. Estas últimas se pueden clasificar, según propone Benito, en dos categorías principales: (i) las derivadas de las características del modelo de globalización neoliberal que se ha impuesto en las últimas décadas; y (ii) las relativas al surgimiento y expansión de nuevos actores en los ámbitos público y privado.

Con respecto a las primeras, se pueden destacar las tres siguientes. En primer lugar, se ha generado un espacio económico carente de una regulación efectiva, donde los paraísos fiscales, caracterizados por gozar de un régimen fiscal especialmente favorable para quienes operan en los mismos, garantizar el secreto bancario, promover la opacidad y rechazar la colaboración internacional en la lucha contra la criminalidad económica, han promovido una *competencia fiscal nociva* al reducir sustancialmente las bases imponibles de los sistemas

tributarios nacionales del resto de países y favorecer la ocultación de los fondos provenientes de las prácticas corruptas.

En segundo lugar, se ha fomentado la ausencia de una respuesta uniforme de los sistemas penales, de manera que ante actividades similares de criminalidad económica existen distintos niveles de reproche social y penal. En consecuencia, ni existe un planteamiento político-criminal global que prohíba y exija la persecución penal de determinadas prácticas empresariales con independencia del lugar donde se lleven a cabo, ni se ha creado un organismo internacional independiente capaz de garantizar la persecución y el castigo de los responsables. Esto está en consonancia con la reconfiguración de la relación entre los sectores político y económico en favor de un menor nivel de control del primero sobre el segundo, y de una mayor capacidad de influencia del sector económico sobre el político.

En tercer lugar, se ha promovido un gran desarrollo de las telecomunicaciones, lo que permite en la actualidad utilizar el sistema financiero para disponer de los beneficios de las prácticas corruptas en cualquier parte del mundo (dificultando así su rastreo), lo que hace que las organizaciones empresariales (en particular, las empresas multinacionales) busquen aquellos territorios con mayor grado de desregularización y legislaciones penales menos estrictas en materia de sobornos para realizar sus transacciones comerciales.

En cuanto a las causas del incremento de la corrupción como consecuencia del surgimiento y expansión durante el proceso de globalización de nuevos actores en los ámbitos público y privado, conviene destacar, en primer lugar, a las empresas multinacionales, que se han convertido en las auténticas protagonistas de las relaciones económicas internacionales, contando con un potencial económico mayor al de muchos Estados, que se pone al servicio de estrategias globales para sacar partido de las asimetrías estructurales que a nivel económico, político, social y jurídico ha fomentado la globalización neoliberal.

Además, en segundo lugar, nos encontramos también con una proliferación de instituciones y organizaciones regionales e internacionales, que ha generado toda una categoría de funcionarios o empleados públicos, que, si bien no pertenecen a los Estados, tienen competencia para adoptar importantes decisiones susceptibles de desviación.

6. LA EXTENSIÓN A ESCALA GLOBAL DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL COMO CAUSA DE LA GLOBALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Como Olasolo & Mané señalan, además de las causas mencionadas en la sección anterior, es necesario considerar que una de las razones principales de la globalización de la corrupción en las últimas décadas es el crecimiento que han experimentado las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional, lo que ha situado en la actualidad a los cárteles mexicanos del narcotráfico, las bandas criminales colombianas, la *Cosa Nostra* italo-norteamericana, la mafia rusa, las tríadas chinas o los yakuza japoneses, en posición de reintroducir en los flujos económicos legales, a través de procesos de lavado de dinero, lo equivalente a entre el 3% y el 5% del producto interior bruto a nivel global.

Para explicar esta situación, hay que tener en cuenta que desde mediados de 1990 se ha puesto de manifiesto que las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional presentan cuatro características principales. En primer lugar, conforman auténticas estructuras empresariales clandestinas, con una pluralidad de miembros que cooperan permanentemente de modo racional según el principio de división de funciones para: (i) cumplir con sus objetivos empresariales (maximización de los beneficios en mercados prohibidos); y (ii) presentarse, en la medida de lo posible, como empresas económicas lícitas (se trata, en definitiva, de organizaciones profesionales, que tienen como medio de vida las transacciones prohibidas y conocen profundamente el área en el que operan).

En segundo lugar, se estructuran a través de redes, de manera que sus miembros pueden confiar en un tejido de puntos de contacto en diferentes Estados con los que desarrollan sus actividades de forma segura. Estas redes son descentralizadas, flexibles, y se adaptan y fluctúan constantemente conforme a las condiciones del contexto, construyendo conexiones con otros grupos y formando cadenas de tráfico ilícito global. Además, actúan a través de nodos conformados por personas que se conocen por lazos familiares o experiencias comunes, favoreciendo la comunicación informal dentro de estos grupos.

En tercer lugar, las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional desarrollan su acción mediante el recurso a la amenaza y al ejercicio de la violencia frente a quienes suponen un obstáculo en el desarrollo de sus operaciones; razón por la cual es frecuente que estructuras paramilitares sean parte de las mismas. Si bien no buscan el poder político, su objetivo principal es obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan, para lo que pueden llegar a incurrir en un número significativo de delitos graves, incluyendo masacres, asesinatos, desplazamientos forzados, extorsiones y hechos de reclutamiento forzado de menores, con el fin de evitar cualquier interferencia con sus transacciones económicas.

En cuarto lugar, las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional tienen una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (especialmente, el sector financiero) de los ámbitos material y territorial (local, regional, nacional y supranacional) en los que operan, lo que hace que la corrupción juegue un papel central en sus actividades.

Esta conexión estructural, que sin duda constituye la característica más relevante de estas organizaciones a los efectos del presente trabajo, ha permitido, por ejemplo, a los yakuza japoneses influir, directa o indirectamente, en la política nacional japonesa durante décadas, a través de sus conexiones al más alto nivel gubernamental y de sus sobornos a funcionarios y miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Así mismo, los estudios realizados en los últimos años muestran que los cárteles mexicanos actúan junto a funcionarios públicos corruptos o dentro de un marco de aquiescencia, complacencia, no intervención o incorrecta intervención del Estado. En consecuencia, agencias y agentes estatales coparticipan activa o pasivamente de las actividades criminales. Además, una vez establecidos los pactos corruptos, la violencia se aplica no solo entre competidores por el mercado ilegal, sino también contra los funcionarios públicos no corruptos.

Lejos de obstaculizar el fenómeno de la globalización de la corrupción, el modelo de globalización neoliberal ha favorecido su expansión en las últimas décadas. Entre los distintos factores que explican esta situación, dos de ellos son, como señalan Olasolo & Mané, particularmente relevantes. En primer lugar, la desregulación

financiera, que ha generado un sistema financiero global por encima de las leyes nacionales y al margen del control de los Estados, y en el que el nivel de control sobre el origen, el destino y la naturaleza de los flujos financieros transnacionales se ha visto significativamente limitado. Con ello, si bien se ha conseguido promover un extraordinario crecimiento del mercado financiero global, se han eliminado al mismo tiempo varias de las principales herramientas que permitían distinguir entre transacciones provenientes de actividades económicas lícitas e ilícitas, lo que en última instancia ha facilitado la expansión de la economía ilícita. Esto, unido a la utilización de los últimos avances tecnológicos, ha permitido a las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional multiplicar sus posibilidades de actuación y diseñar auténticas estrategias globales de acción, permitiéndoles obtener ingresos anuales que superan el producto interior bruto de numerosos Estados.

En segundo lugar, el sistema de desarrollo global-local, que ha caracterizado al modelo de globalización neoliberal en las últimas décadas, gira entorno a la existencia de una serie de redes de capital, trabajo, información y mercados (auténtico motor de la construcción económica, socio-política y cultural de la actual sociedad global) que operan con una doble dinámica: (a) por una parte, a través de la tecnología, conectan las funciones, las personas y las localidades desde las que se gestiona el capital financiero y donde se concentran los grandes proyectos de desarrollo urbanístico; y (b) por otra parte, desconecta de sus redes a aquellas poblaciones y territorios desprovistos de valor e interés para su forma de funcionamiento.

Fruto de lo anterior, en las áreas conectadas del sistema reside la llamada *ciudadanía global*, que determina las decisiones adoptadas en el ámbito de las corporaciones transnacionales, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales transnacionales y los Estados. Estas áreas acogen también a los principales conglomerados nacionales e internacionales de la comunicación, así como a la vanguardia intelectual, cultural y científica del momento. Como resultado, salvo por crisis humanitarias, accidentes naturales, eventos deportivos o particularismos que sirven de entretenimiento, la información que ofrecen los medios se centra en lo que sucede en las áreas conectadas y en lo que dicen y hacen quienes las conforman.

El resto de las zonas rurales y urbanas del planeta se han convertido, por tanto, en áreas desconectadas, o en el mejor de los casos han podido conservar una conexión subordinada. Esto ha perjudicado en particular a las regiones fronterizas de muchos Estados, que, lejos de desarrollar su potencial para el intercambio comercial, económico y humano, se encuentran en la difícil posición de haberse quedado fuera de las redes del sistema global. Ante esta situación, el intento de las poblaciones residentes en las áreas desconectadas, o con conexión subordinada, por escapar de la marginalidad, ha permitido desarrollar a la delincuencia organizada transnacional, con base en dichas poblaciones, una economía ilícita global dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la *ciudadanía global* en las áreas conectadas.

7. LA RESPUESTA A LA CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO PENAL Y PROCESAL-PENAL NACIONAL: LINEAMIENTOS GENERALES DE POLÍTICA CRIMINAL EN LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

Como Días & Beguelín, Bechara & Duarte, Hernández-Basualto, Tamayo & Ariza, Morales, Ballesteros, López-González y Galain señalan respectivamente en relación con las legislaciones nacionales de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, España, México y Uruguay, las últimas dos décadas han presenciado en Iberoamérica una mayor conciencia respecto al grave impacto social de las prácticas de corrupción, un desarrollo legislativo notable de la respuesta penal y procesal penal frente a las mismas (Días & Beguelín se refieren incluso al surgimiento del *Derecho penal de la corrupción* como subdisciplina del Derecho penal encargada de estudiar en detalle los aspectos sustantivos y procesales de los actos de corrupción penalmente relevantes) y un incremento significativo de las investigaciones, enjuiciamientos y condenas penales por delitos de corrupción.

Los mencionados autores coinciden también en señalar la importancia que ha tenido en la evolución legislativa y judicial observada en sus respectivos países el establecimiento entre 1996 y 2003 de los principales instrumentos internacionales de ámbito universal y regional de lucha contra la corrupción, y en particular las Convenciones

Interamericana (CICC) y de las Naciones Unidas (CNUCC) contra la Corrupción de 1996 y 2003. De esta manera, los compromisos asumidos en los mismos por los Estados iberoamericanos han marcado, en gran medida, los lineamientos generales de su política criminal durante las últimas dos décadas en esta materia, tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal (esto no excluye, sin embargo, las especificidades propias de cada ordenamiento jurídico nacional para cuyo detallado análisis remitimos al lector a los trabajos recogidos en la Parte II del presente volumen).

Así mismo, se pueden observar en el ámbito iberoamericano ciertas particularidades propias del mismo, entre las que cabe destacar las tres siguientes. En primer lugar, una cierta improvisación legislativa como resultado de que las modificaciones penales, procesales e institucionales introducidas han respondido en buena medida a las sucesivas crisis asociadas a escándalos de corrupción, en un contexto general de opacidad, falta de información y ausencia de debate público sobre las prácticas de corrupción pública y privada. Para autores como Tamayo & Ariza, el problema va más allá de la mera improvisación legislativa, y es fruto de diseños constitucionales (que favorecen la concentración del poder, especialmente, en torno a la figura del Jefe de Estado) y de culturas políticas, que bloquean los procesos de determinación de responsabilidades, lastrando con ello las posibilidades de éxito de las estrategias de política criminal.

En segundo lugar, la introducción de algunos tipos penales excesivamente amplios que corren el peligro de convertir al derecho penal en parámetro de medición del desempeño de los funcionarios públicos y las personas involucradas en política. Así, la falta de taxatividad en algunos tipos penales puede permitir que sean utilizados por jueces y fiscales para reprochar penalmente a quienes abusan en cualquier forma de su función (las expresiones “politización de la justicia” y “judicialización de la política” hacen referencia a esta situación).

En tercer lugar, los problemas derivados de un excesivo *eficientísimo* en los mecanismos de aceptación de cargos y justicia premial (multas que apenas suponen, como en el caso Duarte, el 0,000008% del total de malversado parecen fomentar, más que prevenir, este tipo de comportamientos) y la ausencia de mecanismos procesales eficaces para hacer frente a la dilación en el tiempo de las actuaciones,

como consecuencia de la extensión de los elementos probatorios, el uso abusivo de los mecanismos de impugnación y de las estrategias de prescripción por la defensa, los obstáculos a la independencia judicial y la tipificación de los delitos relacionados con la corrupción con una técnica legislativa deficiente (que en algunas ocasiones pareciera ser más bien fruto de la “mala intención” del legislador).

Además, es también significativa la ausencia de una respuesta uniforme de los sistemas penales nacionales iberoamericanos ante las diversas manifestaciones de la corrupción pública y privada.

Un buen ejemplo de esta situación se puede encontrar en la diversidad de las medidas adoptadas para enfrentar el papel clave que juegan abogados y contables para hacer funcionar de manera efectiva los entramados corruptos a través de sus conocimientos técnicos. En particular, llaman la atención las diversas aproximaciones a los criterios éticos de ejercicio de la profesión y a la extensión con la que se regulan las obligaciones de confidencialidad resultantes de su mandato, cuestiones que como Hernández-Jiménez & Anzola afirmar es necesario reevaluar en aras de evitar los vacíos de impunidad que actualmente generan en numerosos países de la región.

Otro ejemplo de la mencionada falta de uniformidad se puede observar en relación con la prohibición y persecución penal de determinadas prácticas empresariales en el ámbito privado y en las relaciones comerciales internacionales, donde no se encuentran involucrados representantes de la administración pública. Así, mientras la mayoría de los países iberoamericanos tipifican las mismas, una minoría encabezada por Uruguay mantiene su rechazo a considerarlas como punibles. Sin embargo, como señala Galain, a diferencia de otras particularidades propias del ámbito iberoamericano, esta situación es fruto, en buena medida, de las notables diferencias entre la CICC y la CNUCC, porque mientras la CICC sólo exige a los Estados Parte que prohíban la corrupción en el ejercicio de la función pública para así proteger la democracia representativa y garantizar la paz, la estabilidad y el desarrollo en la región, la CNUCC exige la prohibición tanto de la corrupción pública como de la privada, y en particular de las prácticas corruptas desarrolladas en el marco de las transacciones comerciales internacionales.

Junto a estas particularidades propias del ámbito iberoamericano, se pueden también evidenciar algunas especificidades propias de cier-

tos sistemas jurídicos nacionales. Entre ellas, llama particularmente la atención el análisis de Casseb sobre el desempeño de la Justicia Militar del Estado de São Paulo con respecto a la investigación, enjuiciamiento y sanción de los actos de corrupción cometidos por la policía militar. Para ello, analiza las estadísticas sobre los crímenes que con mayor frecuencia son objeto de investigación y enjuiciamiento, así como los resultados de los procesos penales, lo que le lleva a concluir que hay una mayor efectividad en el control y la lucha contra las prácticas de corrupción de los miembros de la policía militar cuando la Justicia Militar (en lugar de la justicia común) conoce de las mismas, lo que ha sido fundamental para promover su disminución en el Estado de São Paulo.

Según Casseb, esta situación obedecería a varios factores, entre los que destacan su especialización por razón de materia (que genera conocimiento y experiencia en el tratamiento de los asuntos), su celeridad (que ofrece una respuesta inmediata ante los delitos de quienes tienen el deber de combatir el crimen) y la composición mixta de las salas de enjuiciamiento (conformadas por jueces con conocimientos jurídicos y jueces con formación militar, que tienen experiencia práctica sobre el funcionamiento de la policía militar). En consecuencia, para Casseb, este modelo, además de extenderse a aquellos estados de Brasil que todavía no tienen tribunales de Justicia Militar, podría resultar interesante para otros países iberoamericanos que buscan fórmulas más efectivas para controlar la actividad policial y limitar sus prácticas corruptas.

8. ¿PUEDE SER LA *FOREIGN CORRUPTION PRACTICES ACT* UN MODELO PARA LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS A LA HORA DE ARTICULAR UNA RESPUESTA DESDE EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL INTERNO A LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES? LECCIONES DEL CASO *ODEBRECHT*

Numerosos autores consideran a la *Foreign Corruption Practices Act* (FCPA) de los EE.UU. como la legislación nacional más eficaz en la lucha contra la corrupción transnacional, en particular aquella de-

sarrollada a través de las empresas multinacionales. Por ello, abogan por la adopción de leyes nacionales que exporten este modelo a los países iberoamericanos. Sin embargo, esta propuesta no deja de plantear cuestiones de difícil resolución.

La FPCA fue aprobada en 1977 por el Congreso de los EE.UU. con el fin de reprimir los actos de corrupción activa de empresas (multinacionales) norteamericanas con respecto a funcionarios públicos extranjeros, que afectaban tanto a la estabilidad de sus relaciones comerciales en el exterior (dañando además la imagen de la democracia estadounidense en el mundo), como al orden interno, porque, en lugar de competir sanamente para obtener la asignación de obras en el exterior, las empresas norteamericanas preferían recurrir a este tipo de prácticas.

Fue con base en la FPCA que el Departamento de Justicia de los EE.UU. activó la competencia de su sistema federal para perseguir penalmente a Odebrecht y Braskem (sociedades brasileñas que desarrollaban parte de sus operaciones en los EE.UU.) por su macroesquema de corrupción, lo que condujo en última instancia a sendos acuerdos de aceptación de responsabilidad, que, al tratarse de personas jurídicas, implicaron automáticamente la prohibición de que ambas sociedades participasen en proyectos públicos y firmaran contratos con el gobierno estadounidense. Además, como Fronza & Insolara subrayan, los acuerdos de aceptación de responsabilidad de Odebrecht y Braskem incluyeron también toda una serie de renunciaciones a ejercer determinados derechos, incluso algunos protegidos constitucionalmente en los EE.UU., como los derivados del transcurso de los plazos de prescripción, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y el derecho a conocer la acusación. Así mismo, recogieron la denominada cláusula *muzzle*, que prohibió a ambas empresas contradecir la reconstrucción de los hechos prevista en los acuerdos.

Según explican Fronza & Insolara, Odebrecht y Braskem asumieron también en sus respectivos acuerdos de aceptación de responsabilidad las siguientes obligaciones por un plazo de tres años (con la posibilidad de prolongarlo por otro año más si así lo decidía discrecionalmente el Departamento de Justicia en caso de advertir una violación de las condiciones del acuerdo): (i) no cometer ningún otro delito; (ii) ser siempre sincero con el tribunal federal competente pa-

ra conocer del asunto; y (iii) colaborar plenamente con el gobierno de los EE.UU. para implementar un programa de cumplimiento ético empresarial, tanto en el ámbito operativo (incluyendo las operaciones de los afiliados, agentes, socios comerciales, contratistas y subcontratistas), como con respecto a los mecanismos de control contable y las políticas y procedimientos recogidos en las disposiciones de la FCPA y en el resto de la legislación anticorrupción aplicable.

En particular, conviene destacar que, con el fin de asegurar un registro contable efectivo y transparente, y la implementación de políticas eficaces de lucha contra la corrupción, los mencionados programas de cumplimiento empresarial tuvieron que incluir: (i) la previsión de políticas anticorrupción globales y omnicomprendivas, que fueran conocidas por todos los empleados; (ii) el compromiso manifiesto y explícito de los directores y cargos ejecutivos del más alto nivel, de respetar las políticas anticorrupción y el correspondiente código de conducta; (iii) el nombramiento y designación de uno o más ejecutivos del más alto nivel para que asumieran la responsabilidad de la aplicación y el control de los planes anticorrupción (estos ejecutivos tenían el derecho a dirigirse a los órganos independientes de control, así como a los consejos de administración de las respectivas sociedades, y debían contar con la atribución de recursos suficientes para poder actuar de manera autónoma); (iv) la adopción de un plan de formación interno; (v) el establecimiento de un procedimiento para que se pudieran efectuar denuncias sin temor a represalias y para llevar a cabo investigaciones internas (incluyendo un mecanismo disciplinario); (vi) la aprobación de criterios de diligencia debida basados en la valoración del riesgo, dirigidos a los agentes y socios comerciales, incluyendo posibles objetivos de operaciones de adquisición y fusión; y (vii) la aplicación de controles periódicos y procedimientos de verificación sobre el grado de cumplimiento de las políticas anticorrupción.

Para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, ambos acuerdos de aceptación de responsabilidad introdujeron en el organigrama societario de Odebrecht y Braskem, la figura del *Monitor Empresarial Independiente* (MEI), nombrado por dichas sociedades, previo acuerdo con el Departamento de Justicia, con el mandato específico de evaluar y monitorear el respeto por ambas empresas multinacionales de los términos del acuerdo de aceptación de responsabilidad y de los programas de cumplimiento empresarial.

Además, para garantizar su máxima transparencia, Odebrecht y Braskem tuvieron que garantizar al MEI el acceso pleno a sus documentos, recursos, información y sedes, con el fin de que pudiera realizar un informe escrito con las recomendaciones para ambas empresas sobre cómo mejorar sus programas anticorrupción. El MEI dispuso, por tanto, de poderes muy amplios (superiores a los de un administrador delegado), que incluyeron la facultad de evaluar el grado de compromiso del consejo de administración y de los directores de las empresas afectadas, y el derecho a comunicar directamente su opinión sobre esta cuestión al Departamento de Justicia.

Con base en lo anterior, Fronza & Insolara consideran que la aplicación de la FCPA en el caso Odebrecht constituye un ejemplo sobre cómo reaccionar a través de medidas de carácter procesal y de la imposición de las sanciones penales recogidas en las legislaciones nacionales frente al fenómeno de la corrupción transnacional de las empresas multinacionales.

Sin embargo, en contraposición a su aparente eficacia, no son pocos los autores que alertan de los riesgos de una legislación como la FCPA, que contiene criterios muy amplios de aplicación extraterritorial, que la hacen aplicable a: (i) cualquier entidad emisora de una clase de valores registrados conforme a la *Securities and Exchange Act* de 1934; (ii) toda persona física o jurídica estadounidense, y toda entidad cuyo principal centro de negocios se encuentre en los EE.UU. o esté organizada en base a su normativa; y (iii) toda persona física o jurídica que mientras se encuentre en territorio norteamericano utilice los servicios postales o cualquier otro medio instrumental del comercio interestatal o cometa una acción dirigida a favorecer el esquema corruptor.

Esto hace que, si bien en sus orígenes la FCPA se diseñó para su aplicación a empresas multinacionales norteamericanas que operaban en terceros países, lo cierto es que, como su aplicación a Odebrecht y Braskem refleja, con el paso del tiempo su aplicación se ha dirigido cada vez con mayor frecuencia hacia empresas multinacionales extranjeras que cumplan con alguna de las tres condiciones arriba recogidas. Esto, además de reflejar la ineffectividad de la normativa interna de los Estados afectados (a menudo adoptada formamente en cumplimiento de las obligaciones impuestas por las convenciones

internacionales anticorrupción) y la mayor eficacia de los EE.UU. en la lucha global contra la corrupción transnacional mediante el uso de los mecanismos de justicia penal negociada que se recogen en la FCPA, pone de manifiesto el riesgo que entraña la deriva expansionista en la aplicación extraterritorial de la FCPA por la justicia federal norteamericana, fruto de una posición hegemónica global, que en la actualidad se encuentra cuestionada.

Además, si bien la lógica negociadora que subyace a la aplicación de la FCPA ha contribuido a obtener hasta el momento los mejores resultados en el plano de la efectividad, y a pesar de que los acuerdos evitan prolongadas actividades de investigación y costosos juicios orales, estas soluciones, acompañadas de los amplios beneficios mencionados, provocan una disminución sensible de los riesgos ligados a la elección consciente de los sujetos que deciden tomar parte activa en las prácticas de corrupción (los beneficios generados por la corrupción prevalecen netamente sobre los eventuales costos de los acuerdos, lo que no ocurriría si se impusieran penas privativas de libertad), con lo que no se brindan incentivos reales para desistir *ab initio* de las prácticas corruptas.

A la luz de estas críticas, y con el fin de evitar los desincentivos a desistir *ab initio* de las prácticas corruptas que pueden crear legislaciones como la FCPA, Fronza & Insolara proponen la adopción de las siguientes medidas: (i) sancionar de manera más severa a los dirigentes del más alto nivel (quienes dictan las políticas empresariales), mostrando así ante la sociedad la efectividad de las normas anticorrupción, y aumentando las probabilidades de prevenir futuras prácticas corruptas empresariales; y (ii) graduar proporcionalmente las sanciones con base en el importe de los sobornos recibidos por los funcionarios públicos, o en virtud de las ganancias obtenidas por las entidades corruptoras.

9. LA RESPUESTA A LA CORRUPCIÓN DESDE OTRAS RAMAS DEL DERECHO NACIONAL EN LOS PAÍSES DEL ÁMBITO IBEROAMERICANO

Como hemos visto, la corrupción pública y privada presenta múltiples causas y manifestaciones, lo que hace insuficiente cualquier respuesta que se plantee exclusivamente desde el Derecho penal y

procesal-penal. Un ejemplo significativo de esta situación nos lo presentan Ramírez-Montes & Peñafort al analizar el caso del cartel de la toga en Colombia, en el que por primera vez se ha podido identificar, judicializar e imponer medidas cautelares de prisión provisional a reconocidos abogados litigantes, magistrados de Altas Cortes, un Fiscal General de la Nación, un Vicefiscal General de la Nación, el director de la Unidad Nacional contra la Corrupción de la Fiscalía, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, fiscales de la Unidad Anticorrupción y ex magistrados de las mencionadas corporaciones, por su participación en una red criminal dedicada a operaciones de tráfico de influencias, utilización indebida de información privilegiada, prevaricato por acción y omisión, concusión y cohecho, que tenía como fin detener la expedición de órdenes de captura, medidas de aseguramiento y condenas contra senadores, congresistas, gobernadores departamentales y ex gobernadores, entre otros.

A pesar de estos logros, Ramírez-Montes & Peñafort subrayan las enormes dificultades para poder judicializar a quienes a puerta cerrada cometen este tipo de conductas desde el nivel más alto de la administración de justicia, lo que ha provocado que las investigaciones, en lugar de tener su origen en Colombia, hayan tenido que iniciarse desde los EE.UU como resultado de la colaboración de un ex-gobernador con la DEA norteamericana (esta última, con base en los tratados de cooperación y asistencia judicial mutua, solicitó a Colombia la realización de interceptaciones telefónicas, lo que terminó en última instancia con la apertura de investigaciones por parte de las autoridades competentes colombianas). Además, las dificultades para llevar a cabo la investigación han sido si cabe todavía mayores porque: (i) los ex magistrados que servían de enlace habían participado en la elección de los magistrados titulares investigados, lo que da a entender la existencia de un compromiso de los nuevos magistrados titulares con quienes han sido protagonistas en lograr un acuerdo interno para su elección; y (ii) los integrantes del cartel de la toga tenían el poder suficiente para influir en la elección de los magistrados de las Altas Cortes, lo que refleja una ausencia absoluta de respeto por el código deontológico en el ejercicio de la función judicial.

Para Ramírez-Montes & Peñafort, el caso del cartel de la toga muestra como la prevención, detección y represión de las prácticas corruptas de quienes se encuentran en los niveles más altos de la ad-

ministración pública o del sector privado (lo que en el DIP se conoce con el concepto de “máximos responsables”), no pueden ser afrontadas exclusivamente desde el Derecho penal y procesal penal, en cuanto que afectan también a otros ámbitos como los relativos a la administración y el acceso público a la información, los mecanismos de transparencia en los procesos de acceso a cargos públicos, los procesos de rendición de cuentas, la fortaleza del crimen organizado y las cuestiones de normatividad general.

Por ello, es necesario coordinar la respuesta penal y procesal penal, tanto a nivel nacional como internacional, con medidas adoptadas en otras ramas del Derecho, así como con otro tipo de medidas extrajurídicas. Esta es la única manera de combatir eficazmente un fenómeno que supera con creces el ámbito jurídico.

En este sentido, junto a las medidas penales y procesales mencionadas en la sección anterior, Fronza & Insolara recomiendan tanto el desarrollo de instituciones democráticas estables (estas son fundamentales para la lucha contra la corrupción con independencia de la reglamentación de las actividades de inversión, porque los réditos derivados de la explotación de los recursos naturales aumentan la corrupción si, y solo si, la calidad de las instituciones democráticas está por debajo de un nivel mínimo), como la adopción y aplicación de leyes nacionales de libertad de información, en cuanto que instrumento esencial para aumentar la transparencia de los gobiernos en el ejercicio de sus poderes (al aumentar el riesgo de exposición de los políticos, se reduce la utilidad potencial de las prácticas corruptas). Este último tipo de normas, que garantizan a los ciudadanos el derecho a acceder a la información manejada por los gobiernos a nivel nacional, incentiva la participación democrática, protege los derechos de los ciudadanos, mejora la funcionalidad de los órganos de gobierno y aumenta la posibilidad de acceder a la tutela jurisdiccional.

A la luz de lo anterior, los países iberoamericanos han introducido en los últimos años (con distinto grado de coordinación) medidas de lucha contra la corrupción en las distintas ramas de sus ordenamientos jurídicos internos. Así, con respecto a Chile, Hernández-Basualto subraya que su legislación ha incorporado en los últimos años toda una serie de mecanismos que complementan la labor de fiscalización de la legalidad del gasto público que tradicionalmente ha ejercido la

Contraloría General de la República: (i) el sistema de compras públicas, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública; (ii) los sistemas de selección de personal y de elección de directivos, a cargo, respectivamente, del Servicio Civil y del sistema de Alta Dirección Pública; (iii) las declaraciones juradas de patrimonio e intereses y de fideicomiso ciego; (iv) la Ley de Transparencia, cuya aplicación está a cargo del Consejo para la Transparencia; (v) la denominada *Ley de Lobby*; y (v) la limitación y control del gasto electoral y del financiamiento a partidos y campañas políticas, cuya aplicación está a cargo del Servicio Electoral.

Por su parte, en relación con Colombia, Restrepo subraya el especial desarrollo que ha tenido en su legislación la responsabilidad fiscal como mecanismo administrativo (susceptible de control judicial en lo contencioso-administrativo) dirigido a recuperar las afectaciones negativas sufridas por el patrimonio de la administración pública, tanto por la acción de terceros, como por las conductas dolosas o culposas de los funcionarios públicos (las cuales pueden corresponder a distintas formas de corrupción, o simplemente obedecer a errores incurridos por falta de planeación, inexperiencia o carencia de experticia en su gestión).

Así mismo, Suelst señala que, a pesar de los avances recogidos en la Constitución colombiana de 1991, la falta de responsabilidad política de los partidos frente a la corrupción electoral, y su constante deslegitimación ante una ciudadanía que desconfía de los mismos, ha provocado la introducción desde el año 2011 de toda una serie de reformas constitucionales y legales para fortalecer al sistema electoral, entre las que destacan las siguientes:

- i) La aprobación del Estatuto Anticorrupción, que, entre las normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, incluye la inhabilidad para contratar con quienes financien campañas políticas mediante aportes superiores al 2.5% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral (esta inhabilidad se extiende también a las sociedades cuyos representantes legales, o cualquiera de sus socios, hayan financiado directamente, o por persona interpuesta, campañas

electorales a la Presidencia de la República, a las gobernaciones departamentales o a las alcaldías);

- ii) La sustitución en 2011 del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción por la Secretaría de Transparencia, y la aprobación en 2013 del documento CONPES 167 que recoge una política pública integral anticorrupción a través de las siguientes estrategias: (a) mejorar el acceso y la calidad de la información pública, así como las herramientas de gestión pública, para prevenir la corrupción; (b) aumentar la incidencia del control social en la lucha contra la corrupción; (c) promover la integridad y la cultura de la legalidad en el Estado y la sociedad; y (d) reducir la impunidad de los actos de corrupción;
- iii) La aprobación en 2014 de la Ley sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública, que establece que cada entidad pública debe formular un *Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano* como instrumento preventivo de la corrupción; y
- iv) La reglamentación en 2017 de las Comisiones Regionales de Moralización, que, junto con la Comisión Nacional de Moralización, realizan acciones de coordinación de las acciones de los órganos de prevención, investigación y sanción de la corrupción.

Además, el Acuerdo para una Paz Estable y Duradera, firmado en noviembre de 2016, entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP, planteó abordar en su punto segundo los problemas de participación política (incluyendo los altos niveles de corrupción electoral), en cuanto que una de las causas estructurales del conflicto armado. En aplicación del mismo, se conformó en 2017 una Misión Electoral Especial (MEE), que, como explica Suelst, ha realizado una serie de recomendaciones con respecto a:

- i) El establecimiento de una nueva arquitectura institucional electoral con la creación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Electoral Colombiano y la Corte Electoral;
- ii) La reforma del sistema electoral, donde, entre otras cuestiones, se propone pasar de un sistema de voto preferente a un sistema de listas cerradas y bloqueadas (con ello se busca que las campañas de los partidos sean más unificadas y los candidatos se reúnan en torno a las características del partido y no a las de

una persona), con un mínimo de un 40% de candidatos de cada género en las listas; y

- iii) La reforma del modelo de financiamiento de la actividad política basado en un sistema mixto, en el que el aporte del Estado tenga un peso importante (con contribuciones directas e indirectas), y se reduzcan las fuentes privadas de financiación, sobre todo durante las campañas, recomendando además limitar los aportes propios que realizan los candidatos y sus familiares, restringir los montos que aportan las empresas e individuos, y convertir en obligación legal la entrega de información contable a través del mecanismo de cuentas claras.

Sin embargo, los resultados de las medidas extrapenales de lucha contra la corrupción no alcanzan con frecuencia los resultados esperados. Así, citándonos a los ejemplos que acabamos de mencionar, Suelto subraya que, si bien las recomendaciones de la MEE han servido de base para la presentación en los últimos dos años de cuatro proyectos de reforma constitucional y/o legislativa (la Reforma Política y Electoral, las Circunscripciones Especiales Transitorias de Paz, la Ley de Garantías y Promoción de la Participación Ciudadana y Ley de Garantías para la Movilización y la Protesta Social), ninguno ha sido aprobado, lo que ha llevado al Instituto Kroc de la Universidad de *Notre Dame* a afirmar que el punto segundo del Acuerdo de Paz es el que presenta los niveles más bajos de implementación normativa (solo el denominado Estatuto de la Oposición ha sido adoptado hasta el momento).

Por su parte, Restrepo subraya que a pesar de la importancia que podría llegar a tener la eficaz aplicación del mecanismo de responsabilidad fiscal por las entidades nacionales y territoriales de fiscalización (Contraloría General de la República y contralorías departamentales, distritales y municipales), se observa una enorme brecha entre el monto de los hallazgos con incidencia fiscal en el periodo 2014-2018 (4.141 procesos fueron iniciados por la Contraloría General por una cuantía de 7.200 millones de dólares) y los de las imputaciones (en 1.645 procesos se formuló imputación por una cuantía de 563 millones de dólares) y declaraciones de responsabilidad (se emitieron 691 fallos declarativos de responsabilidad fiscal por valor de 191 millones de dólares, de los que se sólo se pudo obtener un recaudo coactivo

por valor de la mitad). En opinión de Restrepo, esto se debe a las siguientes razones:

- i) La configuración híbrida de la responsabilidad fiscal en la Constitución colombiana de 1991, lo que provoca que las contralorías tengan que decidir sobre las responsabilidades de los gestores fiscales a través de procedimientos administrativos montados sobre estructuras procesales judiciales, cuyas decisiones están sometidas en todo caso a la revisión de su validez jurídica por parte de la rama judicial (sería por tanto deseable una reforma constitucional que se decida por uno de los dos modelos clásicos de control: tribunales de cuentas con atribuciones jurisdiccionales que puedan decidir con carácter de cosa juzgada sobre las responsabilidades de los gestores fiscales, o auditorías sin competencia para determinar tales responsabilidades, cuyos informes se trasladan a los jueces para que decidan sobre estas últimas);
- ii) Los celos institucionales y personales que han dificultado una relación armónica y permanente de colaboración entre contralorías y fiscales;
- iii) La falta de calidad de los hallazgos de auditoría, a los cuales las contralorías les atribuyen una incidencia penal, que al ser trasladados a los fiscales penales no contienen los elementos mínimos necesarios para contribuir a la persecución penal efectiva de la corrupción administrativa;
- iv) El fortalecimiento en los procesos de selección de los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito;
- v) El establecimiento de un período fijo e inamovible para el desempeño del cargo por los titulares de los organismos de control (lo que es particularmente necesario en el caso de las contralorías territoriales, en las cuales, salvo contadas excepciones, ha imperado la designación provisional sin concurso público de méritos para cargos que deberían ser provistos por los mecanismos propios de la carrera);
- vi) El fortalecimiento de la autonomía funcional de las contralorías frente a la administración (que se ha visto en la práctica bastante limitada porque, si bien los órganos fiscalizadores de-

finen el alcance de la fiscalización y los procedimientos para acceder a los documentos y a las oficinas de los entes vigilados, esa atribución no se ha visto acompañada de un procedimiento garantista y respetuoso del principio de legalidad frente a su entorpecimiento o desconocimiento por parte de las entidades vigiladas); y

- vii) La atribución a las entidades fiscalizadoras de la competencia para que puedan presentar su propio proyecto de presupuesto a la corporación de elección pública encargada de aprobarlo, o al menos entregarlo a la administración para que esta lo incorpore sin modificaciones al proyecto de presupuesto general (esta ha sido la mayor dificultad que se ha presentado en el nivel territorial para garantizar la independencia de los órganos fiscalizadores, lo que les ha impedido contar con los recursos necesarios para su modernización tecnológica).

En consecuencia, a la luz de lo anterior, se puede afirmar que la ausencia del necesario apoyo político para su adopción, los problemas de diseño técnico, la falta de articulación con otras medidas penales, procesales-penales y extrajurídicas adoptadas para combatir la corrupción (o la ausencia de estas últimas), la falta de transparencia en la selección de los funcionarios encargados de su aplicación, la precaria formación de estos últimos y la limitación de recursos financieros, son algunos de los factores que se han identificado en el presente volumen como causas que reducen en gran medida, cuando no eliminan, la eficacia de las medidas jurídicas extrapenales de lucha contra la corrupción.

10. DERECHO TRIBUTARIO: ¿UNA SOLUCIÓN BAJO ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y REGIONALES?

La respuesta del Derecho Tributario al fenómeno de la corrupción ha sido lenta. Esto puede obedecer a que su foco es otro. Sin embargo, como indican Buitrago Díaz & Hernández Rivera, existen dos grandes puntos de conexión entre la fiscalidad y la corrupción. Por un lado, en relación con la afectación del bien común debido a la disposición indebida de los recursos para alcanzar dicho fin. Esto es, la afectación de las arcas públicas y, por lo mismo, de los objetivos pre-

supuestarios. En este sentido, la corrupción frustra el bienestar social y el crecimiento económico, impactando incluso en las expectativas de inversión de los Estados.

Por otro lado, el segundo punto de conexión se advierte en el diseño progresivo de instrumentos que directa o indirectamente contribuyen a cerrar las puertas al fenómeno. En este aspecto, los autores resaltan la adopción de la Convención Internacional de la OCDE contra la deducibilidad de los sobornos que, si bien es cierto data de 1997, ha tenido una implementación lenta y, la cruzada por la transparencia, también liderada por la OCDE y el G-20. Como resultados de esta cruzada, destacan la lucha contra los paraísos fiscales que debido a su opacidad permiten tanto el anonimato como ocultar recursos y activos asociados a cadenas de delitos, incluida la corrupción, y la adopción medidas de carácter unilateral. Dentro de estas últimas se han contemplado restricciones a las transacciones con los paraísos fiscales, la inclusión de los Estados considerados paraísos fiscales y/o jurisdicciones de baja tributación o poca cooperación en listados, y el fomento del intercambio de información tributaria entre Estados. Estas dos últimas medidas también han encontrado eco a nivel internacional.

Aunado a lo anterior, los autores destacan la expansión del estándar de transparencia con el paquete de medidas contra la erosión de la base y el traslado artificial de utilidades (BEPS por sus siglas en inglés), la creación de foros globales liderados por la OCDE (el Marco Inclusivo y el Foro Global de transparencia e intercambio de información), y el establecimiento de nuevas respuestas a la elusión tales como el intercambio automático de información, la eliminación del secreto bancario y la revelación de estrategias de planeación tributaria agresiva resultado de asesoría de abogados y contadores. Si bien es cierto que estas medidas no fueron pensadas para atacar el fenómeno de la corrupción sino el de la elusión fiscal, pueden contribuir a cerrar las brechas a este flagelo.

Además de los avances internacionales indicados, Buitrago Díaz & Hernández Rivera hacen un recuento de medidas supranacionales al interior de la Unión Europea, tales como la adopción de políticas de buena gobernanza y mecanismos anti-elusión con la Directiva contra el Fraude, la evasión y la elusión, conocida como ATAD, y la Directi-

va de Cooperación Administrativa (en sus diferentes versiones). Estos mecanismos así como otras medidas unilaterales tales como las cláusulas antiabuso, de limitación de beneficios, de propósito principal, de beneficiarios efectivos y la publicación de las declaraciones de impuestos por altos dignatarios de los Estados tienen un impacto grande en la persecución de delitos tributarios y de otros ilícitos asociados, por ejemplo, a la corrupción. Los autores vislumbran la potencialidad de las medidas para el incremento de la lucha contra la corrupción si se da una mayor cooperación entre las autoridades con un marco normativo apropiado para hacer esto efectivo.

11. LA RESPUESTA A LA CORRUPCIÓN DESDE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN DE ÁMBITO UNIVERSAL Y REGIONAL

Con respecto a los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, es necesario comenzar por señalar, como subraya Benito, que la globalización de la corrupción, unida al secretismo en el que se mueven este tipo de conductas y a las dificultades para la identificación de víctimas individuales que puedan denunciar los hechos, requiere su abordaje desde una perspectiva e intervención multilateral. Es por ello que los acuerdos anticorrupción internacionales desempeñan un papel clave en la creciente persecución internacional de la corrupción, y obligan a los gobiernos a tomar medidas penales y procesales y a facilitar la cooperación y asistencia técnica internacionales.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, la respuesta internacional a la corrupción es un fenómeno relativamente reciente. Así, el primer instrumento en esta materia es la Resolución 3514 del 14 de diciembre de 1975 de la Asamblea General de la ONU, que condena las prácticas de corrupción de las empresas multinacionales en un momento en el que afloraban múltiples escándalos, como el protagonizado por la compañía Lockheed en los EE.UU. Al año siguiente, los Criterios Guía de la OCDE incluirían también recomendaciones para que las empresas multinacionales no corrompieran a los funcionarios públicos.

Tras estos primeros desarrollos en la década de 1970, habría que esperar casi veinte años hasta que el 29 de marzo de 1996 la OEA, adoptara el primer tratado multilateral contra la corrupción, la CICC. A partir de entonces, el fenómeno de la corrupción ha ocupado buena parte de las reflexiones y preocupaciones del mundo actual, constituyendo uno de los temas centrales dentro de la política criminal internacional. Esto ha traído como consecuencia que, desde mediados de la década de 1990, se hayan visto intensificados internacionalmente los esfuerzos dirigidos a procurar una mejor prevención de este fenómeno desde los ámbitos regional y global, y a asegurar una persecución y sanción más eficaz mediante una colaboración internacional, que hoy en día es imprescindible para poder combatir la corrupción y promover el sentido de responsabilidad, transparencia y legalidad.

Como consecuencia, varios tratados internacionales elaborados a finales de la década de 1990 y principios del siglo XXI, han tratado de establecer mecanismos jurídicos para incrementar la eficacia en la lucha contra la corrupción. Entre ellos destacan la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo), y los múltiples instrumentos de cooperación en el área específica de la lucha contra la corrupción, tanto en el ámbito universal (en particular, la CNUCC de 2003, también conocida como la Convención de Mérida), como en el ámbito regional (CICC de 1996; Convenciones Penal y Civil contra la Corrupción del Consejo de Europa de 1999; Convención contra la Corrupción de la Unión Africana de 2003; y los varios instrumentos internacionales aprobados en el seno de la Unión Europa contra la corrupción, entre los que destacan el Convenio PIF de 1995 y su Protocolo de 1996, el Convenio UE de 1997, la Acción Común 1998/742/JAI, el Corpus Iuris de 2000, la Decisión Marco 2003/568/JAI y la Directiva PIF de 2017). A esto hay que añadir la Convención OCDE de 1997 contra la corrupción de funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, los instrumentos internacionales anticorrupción de ámbito universal y regional no recogen un consenso sobre la definición de corrupción, ni sobre el contenido de los distintos tipos penales a través de los cuales se han de enfrentar sus múltiples manifestaciones. De hecho, mientras algunos de ellos, y en particular la CICC, se limitan a prohibir la corrupción en el ejer-

cicio de la función pública, otros, como la CNUCC, abordan tanto la corrupción pública como la privada, poniendo particular énfasis en la corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Ante esta situación, solo es posible, como Benito subraya, apreciar en estos instrumentos internacionales un limitado nivel de consenso internacional sobre ciertos delitos básicos en la persecución penal de la corrupción pública. Esto es especialmente grave porque, ante la ausencia de organismos internacionales independientes de aplicación directa, lo que se pretendía con los mismos hace dos décadas era superar la diversidad de opciones político-criminales a nivel nacional (esta diversidad había generado definiciones heterogéneas o paralelas de las conductas punibles en las legislaciones nacionales, y dificultaba, como consecuencia de la aplicación del principio de doble incriminación, la cooperación internacional a través de la extradición y el auxilio mutuo judicial en materia penal).

Por ello, para Benito, lo más rescatable de los instrumentos internacionales anticorrupción de ámbito universal y regional es el establecimiento de toda una serie de mecanismos para fortalecer la prevención, resolver las controversias relativas a la extraterritorialidad en la aplicación de las leyes penales internas y en la actuación de las jurisdicciones nacionales, y promover la cooperación procesal, incluyendo el desarrollo de la figura de la extradición. A esto habría que añadir, según la propia autora, el hecho de que el único instrumento de alcance auténticamente universal en la materia (la CNUCC, que cuenta en la actualidad con 170 Estados Parte), es precisamente el que aborda de manera más comprensiva el fenómeno de la corrupción en todos sus aspectos, refiriéndose no solo a la corrupción pública y privada en sentido estricto, sino también a otros delitos relacionados con ella, como el blanqueo de capitales o la obstrucción a la justicia.

Sin embargo, casi veinte años después de la aprobación y entrada en vigor de los acuerdos internacionales anticorrupción, se ha podido constatar cómo las notables limitaciones del actual sistema internacional de lucha contra la corrupción continúan contribuyendo a la constante expansión de las dimensiones, alcance y manifestaciones de las prácticas corruptas en los ámbitos público y privado. Ante esta situación, se han formulado diversas propuestas para incrementar su eficacia en materia de prevención, armonización de tipos penales,

responsabilidad penal de las personas jurídicas, extraterritorialidad en la aplicación de las leyes penales internas y en la actuación de las jurisdicciones nacionales, y asistencia y cooperación judicial.

Entre las propuestas formuladas, destacamos las planteadas por Benito en el presente volumen, que parten de dos elementos centrales: (i) la importancia de que los Estados implementen la CNUCC y creen un proceso de seguimiento para fomentar la puesta en práctica de la legislación adoptada y la cooperación y la asistencia técnica internacional (sin que esto signifique que los compromisos y mecanismos regionales contra la corrupción, como los asumidos en la CICC, hayan perdido su relevancia para fomentar la cooperación dentro de un entorno socio-jurídico más próximo); y (ii) la necesidad de que los principales países exportadores del mundo mantengan su cooperación mediante la aplicación de la Convención OCDE (ratificada en el ámbito iberoamericano por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España y México) contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros y su mecanismo de seguimiento, con el fin de limitar este tipo de prácticas en las transacciones comerciales internacionales (urge, por tanto, un cambio notable en las políticas anticorrupción de los Estados Parte de la OCDE, de manera que, además de cumplir con sus compromisos de adoptar legislaciones internas que prohíban este tipo de conductas, promuevan activamente su aplicación a las empresas nacionales que incurran en las mismas).

Sobre esta base, y a la luz de lo establecido en la CNUCC (siempre susceptible de ser mejorado en los ámbitos nacional y regional), Benito identifica las siguientes medidas para incrementar el limitado impacto del sistema internacional de respuesta a la corrupción en materia de prevención: (i) realizar campañas tendentes a la sensibilización cultural y la educación ciudadana para promover el reproche social de las prácticas de corrupción (ii) adoptar medidas de carácter administrativo y mercantil para establecer reglas que aseguren un funcionamiento claro y transparente de los sectores público y privado; (iii) realizar auditorías sistemáticas para evaluar periódicamente la eficacia de las medidas preventivas; (iv) prohibir las donaciones anónimas a partidos políticos y sus fundaciones; (v) incrementar los recursos financieros y de personal de los tribunales de cuentas para que puedan realizar una supervisión más detallada de los informes financieros de los partidos políticos, con el fin de verificar que las condonaciones

de su deuda por parte de entidades bancarias y proveedores privados no obedecen a un intercambio de favores; (vi) promover una cultura ética empresarial contraria al pago de sobornos para conseguir cuotas de mercado; y (vii) adoptar códigos de conducta en las empresas, que incluyan sanciones efectivas y canales internos de denuncia que garanticen la protección de quien los utiliza (el compromiso de Lima adoptado en la VIII Cumbre de las Américas celebrada en abril de 2018 recomienda, en este sentido, instar al sector privado a desarrollar códigos de conducta que contengan altos estándares de ética, probidad, integridad y transparencia, tomando como referencia los *Lineamientos para la Gestión de Políticas de Integridad en las Administraciones Públicas de las Américas*).

En relación con la armonización de los tipos penales y la responsabilidad de las personas jurídicas, Benito recomienda: (i) eliminar la distinción entre cohecho propio e impropio porque la obligación de imparcialidad se viola desde el momento en que se obtiene un beneficio indebido, con independencia de que la actuación que realiza el funcionario a continuación sea un acto ilícito (cohecho propio) o inherente a su cargo (al que además la persona que entrega el beneficio tiene derecho) (cohecho impropio); (ii) tipificar las prácticas asociadas a la corrupción como el tráfico de influencias u otros abusos de funciones del cargo; (iii) tipificar las prácticas de corrupción en el sector privado que afecten de manera grave al bien jurídico de la competencia leal en el mercado; (iv) sancionar las prácticas de corrupción (como el cohecho propio o impropio) y asociadas con la corrupción (como el tráfico de influencias) con penas disuasorias, efectivas y proporcionadas a la entidad y la gravedad del hecho ilícito²; (v) afirmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y prever penas eficaces, proporcionadas y disuasorias para las mismas, que incluyan en todo caso la multa (que debe calcularse de modo proporcional

² Esto debería incluir: (i) la privación de libertad, de manera que sea posible recurrir a la extradición con respecto a todas las prácticas de corrupción o asociadas a la misma; (ii) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas en casos de cohecho pasivo de funcionarios; (iii) la prohibición para participar en concursos o sistemas públicos de contratación en casos de cohecho activo cometido en nombre de empresas; y (iv) la prohibición de obtener subvenciones y beneficios fiscales.

al beneficio obtenido), la prohibición para participar en concursos o sistemas públicos de contratación y la prohibición de obtener subvenciones y beneficios fiscales; y (vi) emplear los recursos necesarios para evitar que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no permita eludir la responsabilidad de las personas naturales que hayan intervenido en las prácticas de corrupción.

En materia de asistencia y cooperación judicial, Benito propone que, en relación con el desarrollo de las funciones de investigación, se adopten las siguientes medidas: (i) promover la especialización de quienes las llevan a cabo; (ii) dotar de recursos suficientes para poder penetrar en las estructuras empresariales y económicas de la corrupción; (iii) aplicar técnicas internacionalmente admitidas en la lucha contra la delincuencia organizada, como los agentes encubiertos o las entregas vigiladas; (iv) solicitar en las comisiones rogatorias que se adopten medidas de investigación basadas en las nuevas tecnologías, como las videoconferencias, la vigilancia electrónica y las comunicaciones por internet; y (v) establecer las garantías necesarias para que se puedan desempeñar las funciones de investigación sin presiones indebidas.

Así mismo, con respecto a otros aspectos de la asistencia y cooperación judicial, así como en relación con la extraterritorialidad en la aplicación de las leyes penales internas y en la actuación de las jurisdicciones nacionales, Benito recomienda: (i) promover la supresión del principio de doble incriminación en los procedimientos de extradición para los casos de prácticas de corrupción transnacional, siguiendo el modelo de la orden europea de detención y entrega, y la posterior normativa en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales; (ii) promover medidas dirigidas a privar a quienes incurrir en prácticas de corrupción de las ganancias obtenidas con las mismas, y, en particular, fortalecer la asistencia y cooperación judicial en el ámbito de la recuperación y restitución de los activos procedentes de la corrupción, poniendo un énfasis especial en los mecanismos dirigidos a la confiscación de los sobornos y demás ganancias derivadas de la corrupción; (iii) fomentar la cooperación de los Estados a los que con frecuencia se envían, o por los que suelen circular, las ganancias derivadas de la corrupción (paraísos fiscales), rechazándose la invocación del secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca; y (iv) promover la extraterritorialidad en la aplicación de

las leyes penales internas y en la actuación de las jurisdicciones nacionales (si bien, como se vio en relación con los riesgos derivados de la amplia aplicación extraterritorial de la FCPA por la justicia federal norteamericana, no son pocos los autores que ven con desconfianza esta última propuesta).

Con respecto a la proliferación de regímenes fiscales laxos (o paraísos fiscales) que aumentan notablemente el riesgo de conductas de lavado de capitales, Fronza & Insolara subrayan también la importancia de fortalecer la prevención antilavado requiriendo una reglamentación más estricta de sus ordenamientos jurídicos (contrarrestando así la tendencia de los paraísos fiscales a profundizar la desregulación y a establecer controles menos estrictos para mantener alta su competitividad en la atracción de inversiones). En este mismo sentido, la propia OCDE ha subrayado que los estados miembros deben actuar individual y colectivamente para limitar la competencia fiscal nociva y combatir la proliferación de regímenes fiscales preferenciales, que, al facilitar el lavado y otras actividades financieras ilícitas, son vitales para el funcionamiento de la corrupción transnacional. Para incrementar la efectividad en este campo, Fronza & Insolara plantean la necesidad de establecer mecanismos internacionales para recompensar con tarifas mejoradas, ayudas financieras y otros beneficios a los gobiernos estén dispuestos a aplicar reformas anticorrupción y antilavado, excluyendo de los mismos a los Estados que no colaboren.

Finalmente, Olasolo & Mané consideran también conveniente establecer en América Latina, África y Asia, con las especificidades que los países de estas regiones geográficas consideren necesarias, instituciones que, siguiendo el ejemplo de Eurojust, se dirijan a: (i) reforzar la eficacia de las investigaciones y las actuaciones judiciales de los Estados Parte; (ii) promover la coordinación entre las autoridades nacionales a cargo de las mismas; y (iii) fomentar su cooperación con el fin de facilitar la ejecución de las medidas de asistencia judicial mutua y las solicitudes de extradición. En este sentido, si bien se encuentra todavía muy lejos de lo planteado por estos autores, se puede apreciar un incipiente movimiento en esta dirección a raíz de la propuesta realizada por Uruguay durante el XI Foro Global de Transparencia (2018) para la adopción de un acuerdo fiscal que fortalezca la lucha contra la corrupción en América Latina, intensificando la cooperación internacional y el acceso en tiempo real a la información que

tiene relevancia tributaria, con el fin de perseguir el fraude fiscal, la corrupción y los delitos financieros.

12. LA RESPUESTA DESDE LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL A LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL

La continua expansión del fenómeno de la corrupción (y en particular de su dimensión transnacional) a pesar de la aprobación, entrada en vigor e implementación en el ámbito interno de los principales instrumentos internacionales de prevención y lucha contra la corrupción, es un síntoma muy significativo de que el sistema no está dando los frutos esperados. Ante esta situación, se han formulado, como hemos visto, diversas propuestas para incrementar su eficacia en materia de prevención, armonización de tipos penales, responsabilidad penal de las personas jurídicas, extraterritorialidad en la aplicación de las leyes penales y en la actuación de las jurisdicciones nacionales, y asistencia y cooperación judicial. Sin embargo, no parece fácil que vayan a prosperar porque, como Benito y Olasolo & Mané señalan, el problema para controlar eficazmente las transacciones económicas transfronterizas radica, en última instancia, en que los Estados se resisten a tolerar que otros sistemas penales, y otras jurisdicciones nacionales, puedan actuar en el mismo espacio y sobre las mismas actividades.

Ante esta situación, algunos autores sostienen que el DIDH puede ser en ocasiones una herramienta idónea para enfrentar ciertas prácticas de corrupción que, desde una perspectiva convencional, causan violaciones graves de derechos fundamentales, como es el caso de la tortura o la desaparición forzada. Sin embargo, si bien desde la perspectiva de la prevención este enfoque puede ofrecer ciertas herramientas adicionales en la lucha contra la corrupción, en el ámbito de la protección no parece que la ineficacia en el combate a la corrupción vaya a poderse subsanar mediante de la aplicación de los mecanismos universales y regionales de protección de los derechos humanos, porque si su alcance es de por sí limitado (en particular, los sistemas de quejas individuales), todavía lo es más en relación con los casos relativos a las prácticas de corrupción constitutivas de violaciones graves

a los derechos humanos, que suponen solamente una pequeña parte de su actividad.

En este contexto, Olasolo & Mané señalan como algunos autores han propuesto acudir a los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal (tribunales internacionales penales, tribunales híbridos y principio de jurisdicción universal) con el fin de fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y las prácticas de corrupción que constituyen un aspecto central de sus actividades. En particular, un sector de la doctrina ha propuesto la extensión de la jurisdicción de la CPI a ciertos delitos transnacionales (incluidos los actos de corrupción), o la aplicación del principio de jurisdicción universal a este tipo de delitos.

Este tipo de propuestas ha tenido una cierta acogida en la Convención de Mérida, que, para ciertos autores, parece haber aceptado la posibilidad de aplicar, al menos de manera supletoria, el principio de jurisdicción universal en su artículo 42(4), al establecer que “[c]ada Estado Parte podrá también adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite”.

Así mismo, como señalan Tamayo & Prieto, la Unión Africana ha asumido también recientemente esta posición, aprobando en 2014 el Protocolo de Malabo, que atribuye a una Sala Especializada de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos jurisdicción penal sobre un buen número de delitos transnacionales (incluyendo, la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de personas, el tráfico de drogas, el tráfico de sustancias peligrosas o la explotación ilícita de recursos naturales), además de sobre varios crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

López-Velásquez & Sillitti nos recuerdan que esta posición es también acogida por quienes desde 2016 proponen la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen organizado transnacional (COPLA), si bien esta iniciativa, auspiciada por Argentina, presenta los aspectos novedosos de incluir una agencia supranacional de recogida y análisis de información, y de limitar su jurisdicción material a los delitos transnacionales (incluyendo las prácticas

relacionadas con la corrupción). Para estos autores, los índices de criminalidad crecientes en América Latina y el Caribe muestran la necesidad de crear una jurisdicción penal de ámbito regional que aborde los crímenes y corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional.

Sin embargo, como Varón, Sánchez-Sarmiento & Hernández-Cortés subrayan, por el momento, no hay una propuesta sólida, una práctica clara o un instrumento internacional que sirva de fundamento jurídico para la aplicación del principio de jurisdicción universal a este tipo de delitos. Para estos autores, si bien un pequeño número de Estados han incluido los delitos de corrupción en su regulación del principio de jurisdicción universal, lo cierto es que, al margen de los importantes obstáculos que han enfrentado para su aplicación efectiva, no se puede afirmar que exista en la actualidad una práctica generalmente aceptada como obligatoria. Además, en su opinión, tampoco el derecho internacional convencional establece una obligación jurídica en este sentido porque la Convención de Mérida se limita a establecer una obligación *aut dedere aut iudicare* en circunstancias muy limitadas (como hemos visto, no todos los autores concuerdan con esta interpretación). A lo que hay que sumar que la propia Comisión de Derecho Internacional no se ha planteado hasta el momento esta cuestión, lo que no constituye una sorpresa considerando que no ha podido hasta el momento adoptar una definición clara del principio de jurisdicción universal o de sus criterios de aplicación,

En este contexto, y a la luz de la nutrida oposición que el principio de jurisdicción universal ha enfrentado en los últimos quince años, lo que ha restringido de manera muy significativa su utilización, Varón, Sánchez-Sarmiento & Hernández-Cortés afirman que parece poco probable que en años venideros se vea un desarrollo favorable del principio en cualquier materia, y especialmente en relación con la corrupción, al ser este un delito que afecta a las altas esferas del poder público. Sin embargo, si lo que se buscara es perseguir la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (y a los dirigentes de las organizaciones que incurren en la misma), quizá, reconocen estos autores, la respuesta no sea tan clara.

Por su parte, Tamayo & Prieto señalan que, si bien ciertos aspectos del Protocolo de Malabo le confieren a la Sala Especializada el

potencial para responder efectivamente al fenómeno de la corrupción, otros elementos del mismo pueden afectar significativamente su idoneidad para combatirla eficazmente, incluyendo el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional de los jefes de Estado y de Gobierno de los países de la Unión Africana, la falta de claridad sobre los criterios para determinar su carácter complementario frente a las jurisdicciones nacionales y a los tribunales económicos regionales, y la escasez de sus recursos presupuestarios.

En el mismo sentido, López-Velásquez & Sillitti llegan a la conclusión de que, incluso si COPLA llegara a ser establecida (lo que en su opinión parece poco probable), serían muchos los obstáculos que enfrentaría (incluyendo, entre otros, la previsible falta de compromiso de los Estados latinoamericanos y caribeños para cooperar de manera efectiva con COPLA y sus presumibles limitaciones presupuestarias), lo que terminaría por comprometer seriamente la eficacia de sus actuaciones y su permanencia en el tiempo.

En consecuencia, como señalan Olasolo & Mané, las propuestas de acudir a los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal (tribunales internacionales penales, tribunales híbridos y principio de jurisdicción universal) con el fin de fortalecer la lucha contra la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, no han tenido hasta el momento, de manera efectiva, la acogida que en un principio podían esperar sus defensores. Esto se debe a dos razones principales. En primer lugar, la diversa naturaleza de los crímenes internacionales y los delitos transnacionales como la corrupción, y las distintas características del Derecho internacional penal (DIP) y el Derecho penal transnacional (DPT) en relación con su objeto, sus fuentes, sus instituciones y sus mecanismos de aplicación.

En este sentido, los crímenes internacionales (en particular, aquellos sobre los que tienen jurisdicción los tribunales internacionales penales, es decir, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y, en el caso de la CPI, el crimen de agresión) protegen, junto a bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos colectivos cuyo titular es la Comunidad Internacional (paz y seguridad internacionales, preservación de ciertos grupos humanos y de la población civil, y protección de los aspectos esenciales de la dignidad humana). Además, se caracterizan por la naturaleza de la violencia empleada,

su intensidad, escala y sistematicidad, al consistir en campañas de violencia dirigidas a destruir grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos (genocidio), atacar a la población civil de manera sistemática o a gran escala (crímenes de lesa humanidad) o afectar a aquellas personas y objetos que se encuentran protegidos en una situación de conflicto armado por encontrarse en posición de particular vulnerabilidad (crímenes de guerra). Por ello, quienes incurren en los mismos son considerados *hostis humanis* o ‘enemigos de la humanidad’.

Debido a la particular naturaleza de los crímenes internacionales, el DIP posee unas características propias que no son extrapolables al DPT, entre las que destacan: (i) su objeto (protección de los valores esenciales de la Comunidad Internacional posterior a la segunda guerra mundial, mediante la prohibición, bajo la amenaza de una pena, de aquellas conductas que más gravemente los menoscaban); (ii) sus fuentes (particular relevancia del Derecho internacional consuetudinario, y naturaleza imperativa o de *ius cogens* de una buena parte de sus normas, que ni admiten acuerdo en contrario, ni pueden ser derogadas por otras normas que no tengan su misma naturaleza); y (iii) sus instituciones y mecanismos de aplicación (tribunales internacionales penales, tribunales híbridos y principio de jurisdicción universal). Además, la aplicación de sus normas se dirige, en particular, contra aquellos dirigentes que instrumentalizan las estructuras de poder a su disposición para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer crímenes internacionales, recibiendo por ello el calificativo de ‘máximos responsables’.

En contraste, Olasolo & Mané y Tamayo & Prieto subrayan que los delitos regulados por el DPT (incluidas las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción), si bien tienen una dimensión transnacional que hace que superen en su desarrollo o en sus efectos el ámbito interno de las fronteras estatales (de manera que son objeto de interés para más de un Estado), no se dirigen a proteger bienes jurídicos colectivos de la Comunidad Internacional. Así, mientras el fenómeno de la corrupción se caracteriza por el abuso de la confianza encomendada, o del poder confiado, para obtener una ganancia privada, con fines de enriquecimiento personal o de otras personas, la categoría de los delitos transnacionales tiene por objeto transacciones económicas en mercados que han sido prohibidos debido a la importancia de su posible impacto económico en los Estados que han

promovido su prohibición (se trata, en definitiva, de transacciones de bienes ilícitos, como por ejemplo, drogas, armas, propiedad cultural, recursos naturales, materiales contaminantes y propiedad intelectual, o de ciertos servicios como el lavado de dinero, las prácticas de corrupción y los delitos cibernéticos, que son necesarios para facilitar y organizar las transacciones de bienes ilícitos).

En consecuencia, debido a que el bien jurídico protegido por los delitos regulados por el DPT es el interés estatal en el control regulatorio sobre ciertos bienes y servicios, el DPT está principalmente orientado al control del delito a través de: (i) definiciones de los tipos penales que permitan armonizar las legislaciones nacionales como condición necesaria para fomentar la asistencia y cooperación judicial (lo que incluye a su vez armonizar la extensión a las personas jurídicas de la responsabilidad penal por los delitos transnacionales); (ii) mecanismos que faciliten la resolución de las controversias sobre la extraterritorialidad en la aplicación de las leyes penales internas y en la actuación de las jurisdicciones nacionales; y (iii) nuevas formas de asistencia y cooperación judicial entre los Estados. Además, el DPT no pretende superar la soberanía estatal, sino que, debido a que los Estados son particularmente celosos de su poder para prohibir aquellas transacciones económicas que encuentran amenazantes, la reafirma adoptando definiciones muy flexibles de los delitos transnacionales (lo que también es aplicable a los tipos penales que recogen las prácticas de corrupción) para que los Estados puedan incorporarlas a sus legislaciones internas, conservando la capacidad de interpretarlas y adaptarlas según sus propias circunstancias nacionales. Además, su comisión no genera responsabilidad penal a falta de implementación interna.

Como Olasolo & Mané señalan, la segunda razón por la que no se ha acogido la propuesta de utilizar los mecanismos de aplicación del DIP para fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y sus prácticas de corrupción se refiere al limitado alcance que los mecanismos directos, indirectos e híbridos de aplicación del DIP han mostrado hasta la fecha para la persecución de los crímenes internacionales. Así, mientras los tribunales internacionales penales para la ex Yugoslavia (TIPY) y Ruanda (TIPR) apenas han podido concluir dos cientos casos en más veinte años de actuación (y eso que los mismos no se han limitado a aquel grupo de dirigentes considera-

dos como máximos responsables), el alcance de las actividades de la CPI durante sus primeros quince años de funcionamiento no ha tenido el alcance y desarrollo que se esperaba cuando se aprobó el ECPI en 1998. Asimismo, los resultados de los tribunales híbridos son muy dispares, habiendo conocido en quince años entre todos ellos alrededor de un centenar de casos relativos a autores materiales, mandos medios y máximos responsables.

La situación no es mejor en relación con el principio de jurisdicción universal porque, si bien es cierto que este principio tuvo un importante desarrollo en los años que siguieron al inicio en 1996 del caso contra el general Augusto Pinochet (ex Jefe de Estado de Chile) ante la Audiencia Nacional de España (llegándose a convertir en una de las principales herramientas de persecución de los crímenes internacionales), no es menos cierto que su ámbito de aplicación se ha visto seriamente limitado a raíz de la afirmación por la Corte Internacional de Justicia en el caso Yerodia (2001) del régimen de inmunidades de los más altos representantes del Estado frente a los tribunales penales extranjeros, y los posteriores cambios legislativos que endurecieron las condiciones para su ejercicio en varias de las jurisdicciones nacionales que con mayor frecuencia lo habían aplicado [en particular, Bélgica (2003) y España (2009; 2014)].

De esta manera, como Olasolo & Mané afirman, además de ser improbable que se pueda incrementar la eficacia de la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada transnacional mediante el recurso a los mecanismos de aplicación del DIP, es altamente probable que, en caso de adoptarse una política criminal de estas características, se reduzca todavía más su limitada eficacia para investigar y enjuiciar a los máximos responsables de los crímenes internacionales.

Esto no significa, sin embargo, que, no se pueda recurrir a los mecanismos de aplicación del DIP para perseguir penalmente a los dirigentes estatales, de organizaciones internacionales, de empresas multinacionales y de organizaciones del crimen organizado transnacional que incurrir en actos de violencia constitutivos de crímenes internacionales, y en particular de crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, la definición de los crímenes de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del ECPI y la amplia interpretación que del concepto 'organización' ha realizado hasta el momento la jurisprudencia de la CPI, no hacen

sino reafirmar esta posibilidad. En este sentido, es importante tener en cuenta que la jurisprudencia de la CPI ha afirmado que no solo los Estados en sus niveles nacional, regional o local, sino también organizaciones no estatales, sin vínculos con los Estados o enfrentadas a los mismos, pueden incurrir en crímenes de lesa humanidad, siempre que cumplan con algunas de las siguientes características: (i) disponer de un mando responsable o una jerarquía establecida adecuadamente; (ii) contar con los medios necesarios para lanzar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) ejercer un control sobre una parte del territorio de un Estado; (iv) tener como objetivo principal realizar actividades criminales contra la población civil; (v) expresar, de forma explícita o implícita, la intención de atacar una población civil; y (vi) hacer parte de otro grupo más importante que cumpla al menos con algunas de estas características.

De esta manera, el criterio clave para determinar si un grupo puede ser considerado como ‘organización’ es la capacidad de ejecutar sobre el terreno políticas o prácticas de comisión contra una población civil de actos graves de violencia a gran escala o que sigan un patrón de conducta. No es por tanto necesario, que el grupo tenga una estructura jerarquizada (o al menos esto no es lo que debe distinguir a la organización), sino que debe contar con un grado de estructura suficiente, que le permita una cierta capacidad de acción, concertación y coordinación para el cumplimiento de sus objetivos criminales, quedando en todo caso excluidos los actos aislados (aunque se repitan de forma accidental), aun cuando puedan ser calificados como ‘inhumanos’.

Ni que decir tienen que, como subrayan Olasolo & Mané, estas características se cumplen en particular en relación con las organizaciones de la delincuencia organizada transnacional, como los cárteles mexicanos, las bacrim colombianas o los yakuza japoneses, que, en cuanto estructuras empresariales clandestinas que se dedican a realizar transacciones económicas en mercados prohibidos, presentan, entre otras, las siguientes características: (i) hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y la desregulación de los mercados financieros globales, tratando de presentarse como empresas económicas lícitas y obteniendo unos beneficios anuales que superan al producto interior bruto de un gran número de países en vías de desarrollo; (ii) tienen la capacidad de actuar a través de redes en una multiplicidad de Estados, contando con una alta capacidad de

transformación; (iii) sostienen su acción recurriendo habitualmente a actos graves de violencia con el fin de obtener, y mantener, el poder económico y el control social en las áreas en las que operan; y (iv) poseen una conexión estructural con los poderes públicos y privados de los ámbitos material y territorial en los que operan.

13. ¿PUEDEN LOS MECANISMOS INTERNACIONALES INSERTADOS EN LOS SISTEMAS NACIONALES, COMO LA COMISIONES INTERNACIONALES CONTRA LA IMPUNIDAD PARA GUATEMALA Y EL SALVADOR, CONTRIBUIR A LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN ESTADOS COAPTADOS POR EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL?

¿Qué hacer para que los Estados coaptados por el crimen organizado transnacional puedan enfrentar la corrupción a pesar de la oposición de los intereses afectados y los poderes fácticos? ¿Cómo sería posible que un Estado, cuyas instituciones y sistema de justicia están capturados por la corrupción, pueda realizar un cambio cualitativo en el sistema de persecución penal para dismantelar la influencia dichos grupos criminales? En este contexto, surge la pregunta sobre el grado de contribución que puedan ofrecer los mecanismos internacionales insertados (o injertos, como los denominan Reus & Zamora) en las jurisdicciones nacionales (como las Comisiones Internacionales contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) y El Salvador (CICIES), o incluso la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras, MACCIH), que son fruto de acuerdos internacionales entre los Estados afectados y una organización internacional (ya sea la ONU en el caso de la CICIG, o la OEA en el caso de la CICIES), y que tienen como fin: (i) investigar en el territorio de dichos Estados, en cooperación con sus respectivas Fiscalías, los delitos transnacionales y las prácticas de corrupción allí cometidas; y (ii) asistir a estas Fiscalías en el ejercicio de la acción penal ante los tribunales internos.

Reus & Zamora responden a estas preguntas afirmando que los mecanismos internacionales como la CICIG, que son insertados en los sistemas nacionales para fortalecerlos y formar parte de los mismos (entrelazando por tanto elementos nacionales e internacionales), pue-

den generar cambios estructurales positivos en los sistemas de justicia, y por tanto pueden suponer una respuesta “sólida” siempre y cuando cumplan ciertas condiciones.

Para llegar a esta conclusión, los autores realizan un análisis pormenorizado de la CICIG, surgida como resultado de los esfuerzos continuados durante décadas de la sociedad civil organizada en Guatemala, y cuya base jurídica son los Acuerdos de Paz firmados en 1996 entre el Gobierno de Guatemala y las fuerzas revolucionarias, y el Acuerdo de 2006 entre las Naciones Unidas y Guatemala que establece la CICIG y le encarga las siguientes funciones: (a) “investigar la existencia de cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad que cometen delitos que afectan a los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos de Guatemala”; (b) “colaborar con el Estado en la desarticulación” de los mismos; y (c) “recomendar al Estado de Guatemala para la adopción de políticas públicas destinadas a erradicar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales de seguridad”.

Particular relevancia tienen para Reus & Zamora el artículo 3 del Acuerdo de la CICIG, que le faculta, entre otras cosas, para: (a) promover la persecución penal de presuntos integrantes de redes del crimen organizado como querellante adhesivo; (b) promover como tercer interesado sanciones administrativas contra funcionarios presuntamente involucrados en actos de corrupción; (c) proporcionar asesoría técnica a instituciones del Estado en la investigación y persecución penal de redes ilegales; y (d) publicar informes sobre sus actividades, incluyendo recomendaciones al Estado. Además, el Estado guatemalteco se comprometió a cooperar con la CICIG a través de la creación de una unidad especializada en el Ministerio Público (la Fiscalía Especial contra la Impunidad, FECI) para trabajar de forma coordinada con la CICIG.

Según Reus & Zamora, con un equipo mixto nacional e internacional-de abogados, investigadores, y especialistas forenses e informáticos en el rastreo de información financiera, la CICIG ha desarrollado su mandato en Guatemala durante doce años (2007-2019), en los cuales ha participado como querellante adhesivo en más de 120 casos penales contra integrantes de redes criminales, ha redactado y brindado constante asesoramiento técnico en muchos otros casos penales,

y ha promovido la elaboración de decenas de reformas a la justicia. Así mismo, el trabajo de la CICIG ha estado caracterizado por su íntima relación con las instituciones nacionales debido a tres factores principales: (i) su capacidad para participar en la persecución penal en tribunales nacionales; (ii) el sometimiento de sus actuaciones a las leyes procesales de Guatemala; y (iii) el desarrollo de sus investigaciones de la CICIG junto con las instituciones del Estado (especialmente, la FECCI)

Para los mencionados autores, la CICIG ha cambiado la visión a la gente, al tratar de animar a la sociedad a retomar la esperanza de que pueden recuperar sus instituciones públicas de los intereses corruptos. Para ello, ha buscado reconstruir un sistema de justicia confiable para la población de Guatemala, creando un cambio desde una situación de impunidad hacia el respeto del estado de derecho. Así mismo, ha dejado capacidades instaladas en las instituciones nacionales responsables de lucha contra de la corrupción (especialmente, en la Fiscalía, como entidad encargada de la persecución penal de las estructuras criminales, y en el Poder Legislativo, que juega un papel importante en la adopción de las herramientas para investigar, juzgar y sancionar tales estructuras por actos de corrupción). Además, la CICIG ha sido un mecanismo eficaz para alcanzar la justicia, el esclarecimiento de la verdad, la reparación de los daños y la provisión de garantías de no repetición de actos de corrupción vinculados con el crimen organizado transnacional, a través de la persecución penal de casos emblemáticos de altos mandatarios de las instituciones estatales de todos los niveles (alcaldes, ministros del Gobierno e incluso varios Jefes de Estado) y de todos los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). Como consecuencia de la diversidad de los casos que ha investigado la CICIG, se ha conocido la existencia de redes políticas complejas de corrupción con fuertes vínculos con las instituciones estatales.

Sin embargo, la abrupta salida de la CICIG de Guatemala (como consecuencia de la no renovación de su mandato en septiembre de 2019) y la ausencia de tiempo para que las instituciones nacionales retomen paulatinamente su responsabilidad de forma exclusiva, constituye un riesgo notable para el mantenimiento del legado de la CICIG, así como para los profesionales guatemaltecos que han colaborado con ella. Según Reus & Zamora esto se puede observar en que, desde que la CICIG se fue de Guatemala hace ahora un año,

han resurgido las propuestas legislativas para criminalizar a los defensores de derechos humanos, han incrementado las intimidaciones y denuncias penales contra los fiscales y jueces que han asumido un compromiso anticorrupción, y ciertos miembros del Congreso han presentado propuestas de reforma legislativa dirigidas a cambiar la narrativa sobre los hechos de corrupción revelados por la CICIG y a eliminar los nuevos mecanismos que han mejorado la persecución penal de estos delitos.

Por ello, Reus & Zamora subrayan la importancia de que la comunidad internacional siga involucrada en: (i) financiar a las instituciones estatales (la FECCI continúa necesitando fiscales capacitados, agentes de policía entrenados, un presupuesto para la protección de testigos y de su propio personal, y herramientas para analizar grandes cantidades de información) y a las organizaciones locales que siguen promoviendo el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad sobre los crímenes cometidos por las estructuras corruptas; y (ii) volver a impulsar el proceso de reforma del método de selección de las más altas autoridades de la justicia, que en la actualidad sigue en suspenso, lo que permite que se mantenga el tráfico de influencias en los tribunales, como una herramienta clave de las estructuras corruptas para conservar su impunidad.

Morales aborda, por su parte, las cuestiones arriba mencionadas en relación con la CICIES. Como explica este autor, el contexto nacional en el que ha sido creada en 2019 tiene su origen en el cambio inesperado que tuvo lugar a finales de 2018 en relación con la tradicional ausencia de debate público sobre las extensas prácticas de corrupción pública y privada existentes en El Salvador y sus devastadores efectos en la sociedad. La inesperada aparición de un tercer candidato en los comicios electorales que tuvieron lugar en dicha fecha, y su sorprendente capacidad para posicionar en la opinión pública el tema de la corrupción y sus perniciosos efectos —para lo cual se apoyó en las imputaciones por corrupción realizadas por la Fiscalía General de la República en los últimos años contra tres expresidentes del país (dos de ellos miembros del partido Alianza Republicana Nacionalista (Francisco Flores, 1999-2004 y Antonio Saca, 2004-2009) y uno del Frente Farabundo Martí para la Liberación nacional (Mauricio Funes, 2009-2014)—, provocaron su elección como presidente para el periodo 2019-2024.

Fruto de lo anterior, en septiembre de 2019, el nuevo gobierno de El Salvador y la Secretaría General de la OEA, respaldados por el amplio apoyo de la opinión pública salvadoreña a la iniciativa de crear un organismo internacional que investigue la corrupción existente en el sector público, con el fin de judicializar a los responsables ante los propios tribunales salvadoreños, suscribieron una carta de entendimiento para establecer la CICIÉS. Según esta carta, el mandato de la CICIÉS será apoyar, fortalecer y colaborar activamente con las instituciones salvadoreñas encargadas de prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción y otros delitos conexos, incluyendo, entre otros, los delitos relativos a la Hacienda Pública, el enriquecimiento ilícito, el blanqueo de capitales, y la delincuencia organizada nacional y transnacional. Así mismo, con el fin de dar cumplimiento a su mandato, la CICIÉS podrá firmar acuerdos con la Fiscalía General de la República y el Poder Judicial, mientras que el gobierno de El Salvador se compromete a crear una unidad especializada anticorrupción en el cuerpo policial.

Como Morales subraya, a pesar de no haber entrado todavía en funcionamiento en el momento de finalización de su trabajo, la CICIÉS ha sido objeto ya de serias críticas. En primer lugar, se cuestiona su autonomía, neutralidad, independencia y transparencia, debido a su creación a través de un decreto ejecutivo que no ha sido sometido a la ratificación de la Asamblea Legislativa, tal y como requiere la Constitución salvadoreña para atribuir competencia a organizaciones internacionales. En segundo lugar, se critica que las competencias de la CICIÉS se limiten al Poder Ejecutivo (bajo cuya dependencia parece que podría encontrarse directa o indirectamente), sin que pueda, por tanto, investigar y obtener información de las prácticas corruptas de los otros poderes del Estado. Finalmente, se cuestiona la posible intervención de la ONU, a instancia del gobierno salvadoreño, en la creación, dirección y soporte técnico de la CICIÉS, lo que puede generar confusión entre las funciones de la ONU y la OEA con respecto a la misma, poniendo en riesgo su eficacia.

Sin embargo, a pesar de estas críticas, Morales considera que la creación de la CICIÉS puede tener los siguientes efectos positivos:

- i) Una mayor percepción en la opinión pública de la voluntad del gobierno de combatir la corrupción en un contexto donde el 80,5% de la población salvadoreña tiene poca confianza para denunciar los delitos de los que es víctima;

- ii) Una mayor disuasión de las prácticas corruptas como consecuencia de: (a) la percepción por los funcionarios públicos de la existencia de un organismo autónomo de contraloría que opera al margen de las dinámicas interesadas y oportunistas de la política interna; y (b) una mayor presión sobre los órganos encargados de fiscalizar la Hacienda Pública y ejecutar los presupuestos, al establecerse un organismo externo que vigila e investiga a quienes manejan los fondos públicos y a quienes tienen el deber legal de auditar el uso y la gestión de los mismos;
- iii) El incremento en la capacidad de los órganos de fiscalización (Corte de Cuentas, Fiscalía General, Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal del Servicio Civil o Tribunal de Ética Gubernamental) al adquirir, mediante el intercambio y la cooperación internacional, nuevas herramientas para la lucha contra la corrupción;
- iv) El fortalecimiento de la transparencia en los procedimientos y decisiones de la administración pública, al tener la expectativa, con base en lo que han mostrado las experiencias de la CICIG y la MACCIH, de que la CICIÉS pueda sacar a la luz la manera en que se desempeña la función estatal;
- v) La puesta a prueba y evaluación de los instrumentos legales vigentes de lucha contra la corrupción, cuya eficacia no se ha podido todavía demostrar debido a su inaplicación o inobservancia; y
- vi) La identificación de posibles indicadores sistémicos y funcionales de la corrupción, lo que permitirá ofrecer una perspectiva más comprehensiva de este fenómeno, posibilitando así el replanteamiento de la actual política criminal, que se limita a abordar los daños provocados por los actos específicos de corrupción.

14. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, una estrategia de lucha eficaz contra la corrupción (incluyendo la corrupción asociada al crimen organizado transnacional) requiere coordinar la respuesta penal y procesal penal, tanto a nivel nacional como internacional, con

medidas adoptadas en otras ramas del Derecho, así como con otro tipo de medidas extrajurídicas.

El presente volumen analiza el alcance y limitaciones de las medidas penales y procesales-penales adoptadas en las dos últimas décadas en los sistemas nacionales iberoamericanos, muchas de las cuales han implementado aquellas recogidas en los instrumentos internacionales anticorrupción de ámbito regional y universal aprobados entre 1996 y 2003. Así mismo, también aborda la respuesta al fenómeno de la corrupción que se ofrece desde otras ramas de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, y las dificultades que se observan tanto en lo relativo a su aplicación efectiva, como en relación con su necesaria armonización con las medidas penales y procesales-penales de lucha contra la corrupción. Finalmente, el alcance y limitaciones del Derecho penal transnacional, el Derecho internacional penal y ciertos organismos de lucha contra la corrupción, como la CICIG o la CICES, son también objeto de estudio.

A la luz del análisis desarrollado, son numerosas las propuestas que plantean los autores para incrementar la eficacia de la lucha contra la corrupción. Unas son de naturaleza penal y procesal penal, como las relativas a la adopción de nuevas medidas de prevención, el incremento de los niveles de armonización de tipos penales, el reconocimiento y la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la promoción de una mayor extraterritorialidad en la aplicación de las leyes penales internas y en la actuación de las jurisdicciones nacionales, y el fortalecimiento de las medidas de asistencia y cooperación judicial en áreas tales como el desarrollo de las investigaciones, el rechazo del secreto bancario como causa de denegación de la asistencia judicial recíproca, la ejecución de las solicitudes de extradición, o la recuperación y restitución de los activos procedentes de las prácticas de corrupción, por poner solo algunos ejemplos.

Otras están más relacionadas con otras áreas del Derecho, como es el caso, a título de ejemplo, de la adopción de medidas dirigidas a fortalecer el sistema electoral e incorporar mecanismos que refuercen la eficacia en la fiscalización de la legalidad del gasto público, la aprobación y aplicación de leyes nacionales de libertad de información, el establecimiento de mecanismos internacionales para incentivar a los Estados con regímenes fiscales laxos para que reformen los mismos,

frenen su tendencia a profundizar la desregulación y adopten reformas anticorrupción y antilavado, o la asunción de mecanismos administrativos dirigidos a recuperar las afectaciones negativas sufridas por el patrimonio de la administración pública.

De igual forma, también se han planteado propuestas de naturaleza institucional, entre las que cabe destacar la adopción de medidas dirigidas a consolidar instituciones nacionales democráticas estables, el establecimiento en América Latina, África y Asia de instituciones con funciones similares a las de Eurojust, la posible ampliación del ámbito competencial de los tribunales internacional penales y de los tribunales híbridos para incluir los delitos transnacionales y las prácticas de corrupción transnacional, y el establecimiento de organismos de lucha contra la corrupción del tipo de la CICIG en Guatemala y la CICIÉS en El Salvador.

Sin embargo, y a pesar de todo lo que queda por avanzar en cada uno de estos ámbitos, el presente volumen deja para un futuro trabajo la siguiente cuestión: ¿hasta qué punto las medidas jurídicas (penales, procesales-penales o de otra índole) e institucionales pueden alcanzar el objetivo de luchar de manera eficaz contra la corrupción (y en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional), mientras se mantenga en su integridad un modelo de desarrollo económico neoliberal que, como hemos visto, constituye una de las causas principales, sino la principal, del fenómeno de la globalización de la corrupción?

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com