

CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS
PROYECTO: CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

**INTEGRANDO LOS DERECHOS HUMANOS EN
LA AGENDA ANTICORRUPCION:
DESAFIOS, POSIBILIDADES Y OPORTUNIDADES**

Christian Gruenberg

Enero 2008-01-15

© 2007, International Council on Human Rights Policy

Este es un documento de trabajo que no fue escrito para ser publicado, reproducido o citado.

El Consejo Internacional ha sólo formateado el documento sin hacer cambios editoriales de ninguna naturaleza al mismo y no asume responsabilidad por la veracidad de su contenido.

Nota: La versión en inglés de este documento es posterior a esta versión en castellano, por lo que algunas de las ideas contenidas en este informe han sido desarrolladas con mayor profundidad.

INDICE

Introducción.....	3
1. Poder, corrupción y derechos humanos.....	4
2. La agenda anticorrupción: origen, evolución y cambio.....	6
3. La buena gobernanza, los programas anticorrupción y los derechos humanos: posibles puntos de entrada para una reforma.....	13
4. Integrando los derechos humanos a cuatro temas centrales de la agenda anticorrupción.....	12
5. Incluyendo la perspectiva de género en los programas anticorrupción.....	42
6. Posibles tensiones y choques entre políticas anticorrupción y los derechos humanos.....	50
7. Conclusiones:.....	67
8. Recomendaciones:.....	68

INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe un amplio consenso entre el movimiento anticorrupción sobre el hecho de que durante la última década no se ha logrado reducir la corrupción¹. A pesar de la implementación de incontables diagnósticos y campañas públicas para despertar la conciencia sobre la corrupción y sus consecuencias; aunque los gobiernos hayan firmado numerosos tratados regionales e internacionales contra la corrupción; y a pesar de las masivas reformas institucionales y legales llevadas a cabo para mejorar los controles sobre la gestión pública, los estudios empíricos prueban que los cambios prometidos todavía no se concretaron. Inclusive los estudios de opinión pública sugieren que en la actualidad las personas son más pesimistas que antes sobre el futuro de la corrupción en sus respectivos países².

Esta misma sensación de pesimismo se respiró en el ambiente de la última Conferencia Internacional Anticorrupción celebrada en Guatemala en 2006. En donde un profundo sentimiento de frustración global moldeó la agenda del evento internacional más importante del movimiento anticorrupción, desafiando a los/as expertos/as a encontrar una respuesta urgente a la siguiente pregunta: *¿Por qué la corrupción todavía está bloqueando el camino hacia un mundo más justo?*³

Frente al reto impuesto por el propio movimiento anticorrupción a través de esta difícil pregunta, el Consejo Internacional propone buscar una respuesta a través del discurso y la práctica de los derechos humanos. Con este reporte, el Consejo Internacional plantea que los derechos humanos y las políticas anticorrupción están conectados y son complementarios. El Consejo Internacional apoya la idea de que la integración de los derechos humanos en la agenda anticorrupción tendría el potencial para mejorar el impacto de las políticas anticorrupción. Sin embargo, el reporte no sugiere que la perspectiva de los derechos humanos sea la única ni la mejor alternativa posible frente a los desafíos que enfrentan los activistas anticorrupción. En cambio, el reporte analiza cuándo y por qué la práctica de los derechos humanos podría mejorar el impacto en determinadas áreas y procesos.

El reporte introduce las principales cuestiones conceptuales y prácticas sobre los derechos humanos en conexión con la agenda anticorrupción. También identifica los puntos de entrada centrales para integrar los derechos humanos en las estrategias anticorrupción, con el objetivo de ayudar a mejorar su impacto; tomando en cuenta especialmente la situación de vulnerabilidad de los grupos marginados frente a la corrupción y las posibles estrategias de participación para incluirlos en el diseño e implementación de las políticas anticorrupción.

1. Poder, corrupción y derechos humanos

*La sección 5 fue desarrollada junto a Victoria Pereyra Iraola y la sección 6 junto a Pedro Biscay. Agradezco la colaboración invaluable de ambos.

¹ Ver entre otros autores que sostienen empíricamente esta posición Kaufmann (2003) y Michael (2007).

² Barómetro Global de Transparencia Internacional: www.transparency.org

³ Ver Landell Mills (2006)

La corrupción es esencialmente una actividad de grupos con poder. Consecuentemente, para poder diseñar y llevar a cabo políticas anticorrupción efectivas es necesario identificar y analizar la relación entre las prácticas corruptas y las distintas formas de operación del poder en la sociedad. Desde este punto de vista, el marco conceptual y las herramientas para estudiar y enfrentar la corrupción deberían incorporar una perspectiva estructural del poder⁴ capaz de explicar las causas sociales que le permiten a ciertos grupos de personas, gobiernos, y empresas controlar a otros económica, política y socialmente.

Desde este enfoque, la corrupción no se considera como un acto egoísta, aislado ni coyuntural, sino como una actividad profundamente social, moldeada por nociones culturales acerca del poder, los privilegios y el estatus social. Usando como lente esta perspectiva estructural del poder, la corrupción puede ser abordada como un instrumento que ayuda a definir, sostener, expandir, o reducir un orden social basado en relaciones desiguales entre diferentes categorías de personas: negro, blanco, pobre, rico, mujer, varón, heterosexual, homosexual, etc.

En este esquema social, la corrupción beneficia a aquellos con acceso al poder, mientras afecta y victimiza principalmente a las personas discriminadas en base a criterios de raza, clase, género, discapacidad, sexualidad, origen étnico, etc. Aunque la corrupción resulta igualmente peligrosa para todos estos grupos marginados, se vuelve especialmente peligrosa para las mujeres cuando se combina con la violencia física y sexual que ellas enfrentan cotidianamente. Así, en distintos contextos sociales y para diferentes grupos de personas, la corrupción puede llegar a ser fríamente mortífera.

En el marco de estas relaciones sociales desiguales, jerárquicas, fijas y rutinizadas, la manifestación concreta de la corrupción se origina con la captura del Estado por parte de las empresas privadas, a través de la influencia que estas ejercen sobre el diseño de regulaciones, leyes, decretos y sentencias judiciales. Y se extiende profundamente a través de redes clientelares que condicionan el acceso a los servicios sociales a cambio de votos y de tareas serviles. En términos generales, mientras la captura del estado le permite a un restringido grupo de empresas definir para beneficio propio la formulación de las reglas del juego que regularán las relaciones entre el estado y el mercado; el clientelismo le permite a los partidos políticos manipular la prestación de los servicios sociales en base a criterios discriminatorios. Desde esta perspectiva, la corrupción tiende a sostener y reproducir la explotación y la exclusión social de las personas, bloqueando la realización de sus derechos humanos.

Integrando la práctica de los derechos humanos en la agenda anticorrupción

Al incorporar un análisis estructural de la corrupción, el discurso y la práctica de los derechos humanos tienen mucho que aportar en el debate, el diseño y la implementación de políticas anticorrupción. Los derechos humanos focalizan su atención en las relaciones desiguales de poder y en las posibles estrategias para promover un cambio social que les

⁴ Para desarrollar el concepto de poder estructural seguimos el trabajo de Lukes (1974)

permita a los grupos marginados ejercer sus derechos para desafiar y resistir las prácticas corruptas. En este marco, la interpretación y la práctica de los derechos humanos se transforma en un proyecto político para promover la igualdad, eliminar la discriminación y remover los obstáculos económicos, legales y políticos que le impiden a los grupos marginados organizarse y movilizarse para enfrentar la corrupción.

Si bien no existe entre los organismos internacionales, los gobiernos, ni las ONGs una definición consensuada sobre cuáles son los atributos esenciales de un enfoque de derechos humanos; en términos generales podría afirmarse que aquellos atributos que agregarían más valor al diseño e implementación de una política anticorrupción consistirían fundamentalmente en:

1. abordar las causas económicas, políticas y sociales que promueven y reproducen la corrupción;
2. reconocer que los grupos marginados son titulares de derechos que obligan al Estado;
3. oponerse explícitamente a la impunidad, el abuso de poder, la discriminación y la violencia;
4. abordar la violencia de género y el racismo, y promover explícitamente los derechos humanos de mujeres y otros grupos discriminados por su género, identidad, raza, etnia, ideas, cultura, etc.;
5. promover el empoderamiento de las víctimas de la corrupción a través de la participación, la rendición de cuentas y el acceso a la información.
6. utilizar explícitamente las normas, los estándares y los principios del sistema internacional de los derechos humanos

Frente a la desafiante pregunta formulada por el propio movimiento anticorrupción, este reporte propone analizar críticamente el potencial de los derechos humanos para complementar y reforzar el impacto de los programas anticorrupción.

2. La agenda anticorrupción: origen, evolución y cambio

Las políticas anticorrupción de los últimos 20 años no se diseñaron ni se implementaron en un vacío institucional. Estas políticas fueron influenciadas por la agenda de la buena gobernanza diseñada e impulsada a partir de los 90s por instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el marco ideológico del Consenso de Washington. Los conceptos y las prácticas de la buena gobernanza moldearon el discurso y las herramientas de las primeras políticas anticorrupción. En términos generales, las políticas anticorrupción de la agenda de la buena gobernanza se concentraron en reformas “de arriba hacia abajo”, de corte tecnocrático y procesalista, reformando masivamente leyes e institucionales; pero sin abordar las causas sociales ni económicas que sustentan y reproducen la corrupción.

Sin embargo, la influencia ejercida durante los últimos 20 años por la agenda de buena

gobernanza sobre el diseño de las políticas anticorrupción no tuvo siempre la misma intensidad, ni fue siempre totalmente hegemónica. La aparición de nuevos actores de la sociedad civil, el fracaso de numerosas reformas, el creciente desprestigio del Consenso de Washington, y el propio paso natural del tiempo, le permitió al movimiento anticorrupción evolucionar y desarrollar una identidad propia; aunque nunca haya terminado de desvincularse ideológica ni financieramente de la agenda de la buena gobernanza⁵ ni de sus principales instituciones.

Desde esta perspectiva, podemos ver como la actual agenda anticorrupción hunde sus raíces en los principios de la buena gobernanza, mientras se despliega y evoluciona hacia nuevos tipos de estrategias y programas. Para comprender mejor la transformación de la agenda anticorrupción e identificar posibles puntos de entrada para integrar la práctica de los derechos humanos, es necesario hacer un repaso, aunque sea muy brevemente, sobre la identidad, los métodos y la evolución del movimiento anticorrupción. Y Analizar en detalle a uno de los actores más poderosos e influyentes de este movimiento: Transparencia Internacional.

El movimiento anticorrupción: actores y estrategias

¿En qué consiste actualmente el movimiento anticorrupción? Aunque se trate de una pregunta en apariencia simple, no es fácil responderla. El movimiento anticorrupción es producto de la operación de variadas y numerosas instituciones, locales, regionales y globales⁶; de naturaleza tanto pública como privada. Las cuales, con distinto grado, difieren en cuanto a sus agendas, estrategias, e inclusive sobre la forma de definir la palabra “corrupción”.

Heterogeneidad y diversidad

La trama institucional que forma este extenso y complejo movimiento incluye organizaciones tan dispares como el Consejo de Europa, Transparencia Internacional, el Consejo Nacional Anticorrupción de Honduras, la Universidad Central Europea, la Red para la Integridad de la Reconstrucción, la Comisión Independiente Anticorrupción de Hong Kong, y la Organización de Periodismo Anticorrupción de Yemen, entre otros cientos.. Por lo tanto, aunque se defina como un movimiento y aunque pueda tener apariencia de un movimiento homogéneo, no existe un consenso hacia adentro del movimiento sobre cuáles son los principales conceptos, mediciones y herramientas para analizar y enfrentar la corrupción.

Para algunas organizaciones una política anticorrupción debe tener como principal objetivo mejorar las condiciones institucionales para una buena gobernanza; para otras se trata exclusivamente de promover transparencia y rendición de cuentas; mientras otras organizaciones promueven el acceso libre de corrupción a los servicios públicos. Esta

⁵ Uno de las críticas más lúcidas sobre el origen, presente y futuro del movimiento anticorrupción puede leerse en Hindess (2004).

⁶ Ver Sousa, 2005

ambigüedad y controversia sobre el sentido del concepto “anticorrupción”, pueden tener implicancias concretas al momento de formular e implementar políticas “anticorrupción”.

Coaliciones multisectoriales

Como dijimos más arriba, el movimiento anticorrupción combina múltiples acciones de gobiernos, organizaciones de la sociedad civil y del sector privado. En general, es muy común que las acciones anticorrupción se apoyen en la conformación de amplias coaliciones entre estos 3 diferentes sectores. Dependiendo del contexto y del caso, los distintos tipos de relaciones que se pueden establecer a través de estas coaliciones pueden ayudar al éxito de los programas anticorrupción, como también pueden generar serios cuestionamiento sobre la independencia y la legitimidad de los actores involucrados y de las estrategias implementadas.

Trabajo en red

El movimiento funciona como una red para transferir y compartir conocimiento y experiencia. Si bien el movimiento nació con el objetivo de generar conciencia sobre las causas y los costos de la corrupción, diez años después se ha convertido en una plataforma de conocimiento a través de la cual se intercambian buenas prácticas, manuales y herramientas. Al menos en teoría, los gobiernos aprenden de la sociedad civil y viceversa.

Glocalización

El movimiento es global y local al mismo tiempo, y combina actores, jurisdicciones y estrategias a nivel local, regional e internacional. La globalización de los mercados influyó en la agenda del movimiento, obligándolo a desarrollar nuevas técnicas para entender y abordar la dimensión global de la corrupción en casos asociados al lavado de dinero, tráfico de personas, narcotráfico, etc. En este contexto, el despliegue de estrategias tradicionales como el monitoreo cívico sobre las transferencias públicas del sector educativo a nivel local, conviven con el desarrollo de novedosas técnicas para recuperar activos derivados de actos de corrupción, lo que implica cruzar múltiples jurisdicciones legales y coordinar gobiernos y bancos de diferentes países.

La Industria anticorrupción

La lucha anticorrupción se volvió global y dejó de ser un problema exclusivo de los países más pobres. La corrupción incluye a todos los países, a los ricos como a aquellos en desarrollo. También incluye un flujo de financiamiento suficientemente importante como para desarrollar y sostener una industria anticorrupción basada en consultores, programas, manuales y talleres. Se estima que esta industria mueve, como mínimo, un mercado de 100 millones de dólares anuales. En este escenario empieza a comprobarse una tendencia a través de la cual el criterio económico influye sobre el diseño y contenido de los proyectos, motivando el diseño y ejecución de programas costosos pero inadecuados e inefectivos para las necesidades locales⁷.

De la toma de conciencia a la acción

⁷ Ver Michael (2005)

El movimiento ha cumplido más de 15 años. Por lo tanto es necesario diferenciar, al menos, dos etapas. Mientras la primera etapa buscó despertar conciencia global sobre las causas y consecuencias de la corrupción, la segunda etapa (en pleno desarrollo) enfrenta el desafío de implementar los cambios. La operacionalización de la primera etapa recurrió intensivamente a campañas públicas, foros y seminarios internacionales, sanción de leyes, construcción de indicadores y elaboración de diagnósticos. La segunda etapa apunta a promover el cambio aprovechando los diagnósticos y el conocimiento consolidado durante la primera etapa. Debería priorizar los problemas, e identificar y apoyar a los actores pro-reforma de los tres sectores. En esta segunda etapa los programas anticorrupción tendrían que ser más estables en el tiempo y ser diseñados a medida para cada uno de los problemas identificados, evitando las recetas universales típicas de la primera etapa. Por último es necesario tener en cuenta que esta separación categórica entre la primera y la segunda etapa es artificial, y que por lo tanto, algunas situaciones particulares demandarán la combinación de ambas estrategias.

Transparencia Internacional: técnicas para la movilización global y una caja de herramientas para implementar el cambio

Aunque el movimiento global anticorrupción sea más amplio y extenso que Transparencia Internacional (TI), nadie dudaría en calificar a esta organización no gubernamental como a uno de actores globales más influyentes dentro del movimiento. Fundada en 1993 por un grupo de ex funcionarios del Banco Mundial, TI sería el producto de la intersección de tres variables históricas clave: la expansión de la democracia; la expansión y transformación de las organizaciones de la sociedad civil; y la evolución del tema de la corrupción desde un tema menor a convertirse en una preocupación global⁸.

TI irrumpió en la agenda de la nueva gobernanza con una propuesta desafiante: entender el problema de la corrupción como un fenómeno social complejo, trascendiendo el abordaje exclusivo sobre las instituciones estatales como causa y solución principal del problema. En este nuevo marco conceptual, la sociedad civil se transforma en la principal fuente de los cambios sociales. Desde esta perspectiva, la voluntad política necesaria para impulsar las reformas del estado no son tan necesarias como la participación de la sociedad civil para presionar, apoyar, promover y controlar la implementación de las reformas anticorrupción. TI propone un análisis sistémico de la corrupción y acciones de abajo hacia arriba apoyadas en amplias coaliciones entre el gobierno, el sector privado y la sociedad civil. Para implementar esta nueva agenda anticorrupción a escala global TI diseñó sus propias técnicas y una caja de herramientas. A continuación las analizamos en detalle:

Técnicas de TI para enfrentar la corrupción a escala global:

1. *Trabajo en red:* TI utilizó la técnica del trabajo en red para crear una organización que opera global y localmente al mismo tiempo. Con un secretaría ejecutiva ubicada estratégicamente en Berlín, TI trabaja en red con instituciones tan poderosas y diversas como el Banco Mundial, la OCDE, la Corporación Andina de Fomento, el

⁸ Ver Sousa (2005)

Foro Económico Mundial, las Naciones Unidas, etc. Y más de 90 capítulos nacionales le aseguran a TI una base local en países de todos los continentes tan diversos como Nepal, Estado Unidos, Guatemala, Korea, Marruecos y Papua Guinea. Esta red internacional le ha permitido a TI llevar a cabo acciones finamente sincronizadas a escala global, y al mismo tiempo compartir y difundir buenas prácticas implementadas por primera vez en India y replicadas al poco tiempo en México y Kenia.

2. *Desarrollo de diagnósticos e indicadores:* para generar conciencia sobre el problema de la corrupción e impulsar reformas a favor de la transparencia, TI diseñó un ranking mundial de corrupción, el cual rápidamente se volvió famoso a escala global. El ranking, oficialmente denominado Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), mide la corrupción a partir de la percepción de empresarios, periodistas, académicos, y analistas de riesgo. El IPC se publicó por primera vez en 1995 cubriendo 42 países hasta superar los 180 países en su versión 2007. Cuatro años después de su lanzamiento, en 1999, se publicó el Índice de Fuentes de Sobornos (IFS). El IFS complementa el IPC, mientras el primero mide la corrupción entre los estados más o menos corruptos, el segundo mide la corrupción teniendo en cuenta el origen nacional de las empresas que más o menos pagan sobornos. El IFS también permite identificar a los sectores más propensos a pagar sobornos, entre los que se encuentran el sector de la construcción y la industria armamentística. Finalmente, estos dos índices se complementan con el reciente Barómetro Global de la Corrupción (BGC), una encuesta de opinión pública a más de 40,000 personas en 47 países. El BGC busca evaluar y tomar en cuenta la percepción popular sobre la corrupción, antes que la opinión de los empresarios y tecnócratas. Aunque la metodología de estos instrumentos hayan sido criticados desde diversas organizaciones internacionales y gobiernos, han funcionado como una poderosa palanca para ubicar el tema de la corrupción en el centro de la agenda de prioridades globales.
3. *El Source Book o Libro de Consulta:* el Libro de Consulta, publicado por primera vez en 2000, representa el marco normativo de TI y tiene como objetivo ofrecer un marco conceptual para analizar de manera sistémica el problema de la corrupción, identificar sus principales causas y ofrecer una guía para diseñar estrategias anticorrupción efectivas. La idea central del Libro de Consulta es el Sistema Nacional de Integridad (SNI), descrito como un abordaje holístico al problema de la corrupción. El SNI opera sobre el supuesto de que la solución para enfrentar a la corrupción no es responsabilidad de una sola agencia pública de control. Por el contrario, un SNI se construye sobre once pilares que representan a las principales instituciones de una sociedad y que operan interdependientemente: el poder judicial, el Congreso, el poder ejecutivo, los medios de comunicación, el sector privado, la sociedad civil, etc. Para que el SNI reduzca la corrupción y promueva la transparencia, los once pilares deben funcionar equilibradamente. El SNI ofrece un marco conceptual que permite analizar la extensión y las causas de la corrupción en un contexto nacional determinado, como así también la efectividad de los programas anticorrupción. A través de este diagnóstico, el SNI puede mejorar las reformas anticorrupción. El SNI se ha convertido en una referencia estándar para

otras organizaciones anticorrupción e incluso para los gobiernos. Aunque por definición los derechos humanos son una parte esencial de cualquier SNI, los derechos humanos no se expresan explícitamente en el marco conceptual del SIN. Este último punto, como veremos más adelante, abre un espacio para la integración de los derechos humanos al SIN⁹.

Caja de herramientas para enfrentar la corrupción:

Si las primeras técnicas de TI sirvieron para despertar la conciencia mundial sobre las consecuencias de la corrupción y ofrecer un marco conceptual para pensar soluciones, la caja de herramientas ofrece una guía práctica para llevar a cabo acciones concretas para lograr el cambio. La caja de herramientas es una colección sistemática de experiencias anticorrupción llevadas a cabo por los capítulos nacionales de TI y otras ONG. Estas experiencias cubren un amplio rango de problemas, desde la corrupción en las contrataciones públicas, pasando por los programas de ayuda internacional, la explotación de recursos naturales, hasta llegar al financiamiento de la política. Las herramientas en sí, son un producto de la imaginación de los capítulos nacionales y utilizan diferentes técnicas participativas para alcanzar sus objetivos: desde la expresión artística, el uso de Internet, la implementación de monitoreos cívicos, la firma de Pactos de Integridad, hasta la realización de audiencias públicas. La caja de herramientas organiza las experiencias por temas, y las desarrolla de manera amigable pero sin dejar de ser rigurosa ni analítica, haciendo foco en información útil y práctica, de tal modo que las herramientas puedan ser adaptadas y replicadas en otros contextos nacionales.

Conclusión:

Transparencia Internacional irrumpió en la agenda de la buena gobernanza alterando la teoría y la práctica de las políticas anticorrupción dominadas hasta ese momento por la centralidad de las reformas del estado a través de un enfoque desde arriba hacia abajo, tecnocrático y apolítico. La propuesta de TI relativizó la exclusividad del estado como solución al problema de la corrupción, y promovió una agenda de reforma más inclusiva a través de amplias coaliciones conformadas por el gobierno, el sector privado y la sociedad civil. En este nuevo marco conceptual, la sociedad civil cumple un papel fundamental para impulsar y sostener las reformas anticorrupción. Desde este enfoque, con el objetivo de operacionalizar el cambio TI priorizó la participación de las ONG y el uso de herramientas de participación ciudadana para promover la rendición de cuentas desde abajo hacia arriba.

Aunque TI, las ONG y gobiernos que siguen sus estrategias no hayan incorporado explícitamente la noción ni la práctica de los derechos humanos en la implementación de sus principales técnicas y herramientas; otros arreglos institucionales clave de TI ofrecen puntos de entrada para la integración de ambos movimientos. La centralidad de la participación ciudadana en el discurso y la práctica de TI, la preocupación por el impacto de la corrupción sobre la pobreza, y el enfoque holístico de sus reformas

⁹ Ver estudio de Koechlin elaborado para el ICHRP (2007).

anticorrupción, ofrecen un ámbito de sinergia y complementariedad para la práctica de los derechos humanos. A continuación el reporte analiza e identifica los principios, las áreas y los procesos en donde la incorporación explícita de la perspectiva de derechos humanos podría contribuir a fortalecer el impacto de los programas anticorrupción.

3. La buena gobernanza, los programas anticorrupción y los derechos humanos: posibles puntos de entrada para una reforma.

En la primera parte de este reporte identificamos las semejanzas y diferencias entre las prácticas de los derechos humanos y las estrategias anticorrupción integradas en la agenda de la buena gobernanza. A primera vista, parecen ser más los principios compartidos que las diferencias. Palabras como participación, rendición de cuentas y transparencia son centrales para ambas agendas y son usadas con la misma intensidad por los activistas de ambos movimientos. Sin embargo, una análisis más atento a la teoría y a la experiencia concreta podría ayudarnos a descubrir profundas diferencias en el contenido de estas palabras, en sus implicancias políticas y en las prácticas de cada movimiento.

Cuadro: Principios y estándares compartidos

Principios/estándares	Buena Gobernanza	Derechos humanos
Participación	Si	Si
Rendición de cuentas	Si	Si
Transparencia y derecho a la información	Si (no como derecho)	Si
No discriminación	Si (implícitamente)	Si
Disponibilidad	No	Si
Accesibilidad	No	Si
Acceptabilidad	No	Si
Adaptabilidad	No	Si

Adaptado de ICHR, 2005

El Consejo Internacional sostiene que el uso compartido de estos principios, aunque puedan tener significados distintos, contienen el potencial para funcionar como un puente entre la práctica de derechos humanos y los programas anticorrupción; y como punto de entrada para integrar los derechos humanos al diseño e implementación de una nueva generación de estrategias anticorrupción.

A continuación vamos a analizar los tres principios comunes de participación, transparencia y rendición de cuentas desde la perspectiva de los derechos humanos y de las políticas anticorrupción. El análisis se va a concentrar en identificar las principales divergencias y mostrar cómo estos principios, renovados desde la perspectiva de los derechos humanos, podrían ayudar a mejorar el impacto de los programas anticorrupción. El principio de no discriminación, fundamental para los derechos humanos, pero implícito tímidamente en la agenda de buena gobernanza, será transversalizado para promover la inclusión de los grupos marginados durante la implementación de los otros tres principios.

Y por último, seleccionamos los estándares de disponibilidad y accesibilidad para usarlos como un mecanismo para exponer la corrupción en la prestación de servicios sociales básicos.

Renovando los principios a través de los derechos humanos

La relación entre los derechos humanos y la corrupción es una relación profunda y compleja. Muchos actos de corrupción violan de manera directa uno o varios derechos humanos; mientras otros derechos humanos funcionan como una condición para poder enfrentar y controlar la corrupción de un modo realista y efectivo. Desde este punto de vista, las políticas anticorrupción podrían mejorar su impacto integrando los derechos humanos a los principios comunes de participación, transparencia y rendición de cuentas. Sin embargo, esta maniobra presenta un desafío importante ya que no queda claro qué derechos elegir entre todo el repertorio de derechos humanos para llevar a cabo este proceso de integración. Ya que no todos los derechos humanos son igual de necesarios¹⁰ ni esenciales para el diseño de una política anticorrupción.

Para poder justificar y explicar mejor este proceso de selección es necesario y útil hacer una diferencia conceptual entre los derechos humanos. El marco conceptual desarrollado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2004) permite diferenciar entre los derechos humanos con relevancia constitutiva o instrumental para el control de la corrupción. Los derechos con relevancia constitutiva son en general derechos que garantizan el desarrollo de capacidades básicas necesarias para nuestra vida, por ejemplo; el derecho a la salud, a la educación y a la alimentación. Cuando la corrupción distorsiona la asignación de recursos públicos destinados a escuelas u hospitales, está obstaculizando la realización de estos derechos humanos con relevancia constitutiva. En cambio, otros derechos tienen relevancia instrumental porque pueden condicionar la efectividad y el impacto de las políticas anticorrupción.

En el marco de estas políticas, los derechos con relevancia instrumental son aquellos que tienen la habilidad para promover las condiciones institucionales que previenen o reducen la corrupción. En general, los derechos civiles y políticos de libertad de prensa, acceso a la información, participación, y libertad de asociación, son los más importantes dentro de este grupo. A su vez, estos derechos pueden clasificarse en causales o evaluativos. Mientras los primeros operan como una causa directa del control de la corrupción (por ej.: participación), los segundos son una condición necesaria para llevar a cabo procesos evaluativos o de consulta para poder diseñar políticas anticorrupción más efectivas y con mayor credibilidad (por ej.: acceso a la información). En algunos casos, un mismo derecho puede ser definido como causal o evaluativo, dependiendo de la estrategia anticorrupción que está siendo implementada.

Esta diferencia conceptual centrada en la relevancia constitutiva o instrumental que

¹⁰ Argumentar esto no significa violar el principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Este principio no implica que para diseñar una política pública en particular haya que relacionarla con todos los derechos humanos. Por ejemplo, la justificación de una política pública contra la corrupción se limitaría a incluir un grupo limitado de derechos civiles y políticos, pero no a todos.

tienen los derechos humanos en conexión con la corrupción, puede ser usada por los funcionarios públicos o activistas anticorrupción como una guía para identificar a los derechos humanos que son esenciales para incorporar a los principios de participación, transparencia y rendición de cuentas. De este modo, van a poder estar mejor equipados para orientar el diseño de políticas anticorrupción más efectivas.

Participación: de la participación sin voz, al control de los recursos

A partir de los programas de ajuste estructural de los 80's promovidos por el consenso de Washington, "participación" se transformó en una palabra ubicua en todas las áreas de políticas para el desarrollo. Esta moda tuvo una profunda influencia sobre la agenda de la buena gobernanza, la cual como hemos visto más arriba considera a la participación ciudadana como un proceso clave para controlar la gestión de políticas públicas y prevenir la corrupción. Sin embargo, esta conexión entre las reformas de la buena gobernanza y el enfoque participativo funcionó en muchos casos como una estrategia para despolitizar los procesos de participación, reforzando la autoridad oficial y las relaciones desiguales de poder. A nivel local, por ejemplo, esta estrategia muchas veces reprodujo las relaciones clientelares y profundizó la desigualdad en la distribución de los recursos, permitiendo a las elites reforzar su posición dominante.

Desde este punto de vista, la práctica de los derechos humanos tendría algo para aportar a las estrategias de participación en el control de la corrupción. Dentro de los derechos civiles y políticos, existen un grupo de derechos que hacen posible expresarse y participar en esfera pública. Se tratan de los derechos a la participación, libertad de expresión, derecho a formar partidos, derecho de acceso a la información, libertad de prensa, derecho de asociación, y el derecho al voto, entre otros. Todos estos derechos humanos combinados, aunque cada uno es valioso por sí mismos, tienen relevancia instrumental para las políticas anticorrupción; garantizando las condiciones necesarias para la participación autónoma e informada de los grupos marginados en los procesos de toma de decisión y en el control de los recursos públicos.

Derecho a la participación

El derecho a la participación se hunde en lo más profundo del sistema internacional de derechos humanos y ocupa un lugar central en la estrategia para enfrentar el abuso de poder: el derecho a la participación es básicamente el derecho a reclamar otros derechos.

El derecho a la participación en el sistema internacional de derechos humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

-Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

-Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

-Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

Además, la efectividad y consistencia del derecho a la participación se apoya en varios derechos de relevancia instrumental. Si se busca aumentar la participación de los grupos marginados en las políticas anticorrupción, estos grupos deberían tener la libertad de organizarse sin restricciones (derecho de asociación); de reunirse sin restricciones y libres de toda coacción (derecho de reunión); de expresar sin sufrir amenazas (libertad de expresión); y deben contar con información oportuna, útil y entendible (derecho de acceso a la información).

La combinación simultánea de estos derechos instrumentales genera amplitud y profundidad en los procesos participativos. Se entiende por amplitud el grado de diversidad y pluralismo de los individuos y grupos participantes, prestando especial atención a la inclusión a los grupos discriminados; y se entiende por profundidad el grado de incidencia de los participantes. La combinación de estas dos variables permite fijar estándares para guiar el diseño de procesos participativos abiertos, inclusivos y vigorosos. Desde el punto de vista de los derechos humanos, no resulta suficiente con incluir a los grupos marginados (amplitud), si no tienen voz en la toma de decisiones, ni capacidad para el control los recursos (profundidad). Al mismo tiempo, estas variables permiten evaluar los procesos participativos en términos cualitativos: ¿quién participó?, y ¿cómo participó?.

Idealmente, en la práctica, estos derechos se combinan y potencian para incluir a los grupos marginado en el control de la gestión pública. Por ejemplo, para que los grupos marginado puedan desafiar y resistirse a las prácticas corruptas de un gobierno, deben poder organizarse libremente y contar con suficiente información para expresarse, formular sus demandas y exponer la corrupción. Sin estas condiciones, resulta muy poco factible para estos grupos poder enfrentar y exponer la corrupción.

El derecho a la participación en el sistema internacional de derechos humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

-Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

-Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

-Artículo 22 (párrafo 1)

Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

-Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

-Observación general No 25 (1996): El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido y el derecho a tener acceso a la función pública (artículo 25 del Pacto)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

-Artículo 15 (párrafo 1)

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 7 y 8)

Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 13, 15 y 31)

Considerar a la participación como un derecho humano, antes que un instrumento para lograr mayor eficacia en la gestión, le permitiría a los funcionarios y activistas anticorrupción implementar procesos participativos que mejoren la profundidad y legitimidad de las experiencias participativas de la agenda de buena gobernanza.

El principio de no discriminación aplicado a la participación

El principio de no discriminación es uno de los principios fundamentales del sistema internacional de derechos humanos. Está incorporado a los principales instrumentos de derechos humanos, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos. En este marco legal, todos los seres humanos son iguales ante la ley (art.7) y tienen derecho a recibir igual protección de la ley contra tratos discriminatorios y arbitrarios por parte de agentes privados.

El principio de no discriminación en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

-Artículo 2 (párrafo 1)

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

-Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

-Artículo 24 (párrafo 1)

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

-Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derechos sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Observaciones generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos, en particular:

- Observación general No 28 (2000): La igualdad de derechos entre hombres y mujeres
- Observación general No 18(1989): No discriminación

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 2 (párrafo 2)

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

-Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Observaciones generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular:

- **Observación general No 16 (2005):** La igualdad de derechos del hombre y de la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3)
- **Observación general No 3 (1990):** La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

mujer y recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Existe una conexión directa entre la corrupción y la discriminación. La corrupción distorsiona los criterios para la asignación de recursos públicos, generando discriminación y arbitrariedad. Cuando una individuo o un grupo de personas no acceden a un servicio público porque no pueden o no aceptan pagar un soborno, o no son miembros de una red clientelar, el principio de no discriminación es vaciado de todo contenido. La corrupción se vuelve más peligrosa y perjudicial cuando se combina con la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, clase, discapacidad y estado de salud -incluido el VIH/SIDA- edad, orientación sexual u otra condición social. En este contexto, frente a las prácticas corruptas, las mujeres se vuelven más vulnerables por tener que enfrentar también la violencia física y sexual.

Para el funcionario público o el activista anticorrupción, el principio de no discriminación es una herramienta fundamental para garantizar la inclusión de los grupos marginados en los procesos de participación. Numerosas estrategias implementadas por el movimiento anticorrupción con el objetivo de prevenir la corrupción en la prestación de servicios sociales o en las contrataciones públicas han incorporado procesos participativos (audiencias públicas, comités de vigilancia, etc.). Estas estrategias participativas enfrentan el desafío de poder identificar las causas estructurales que restringen la participación de los grupos discriminados. Por esta razón, muchas veces estos procesos terminan por reforzar la asimetría de poder en la toma de decisiones y en el acceso a los recursos.

Evitar este tipo de resultados no buscados representa un desafío conceptual y práctico para los responsables de los programas anticorrupción. En este contexto, los derechos humanos pueden ayudar a mejorar la calidad de los proceso participativos. Usando el principio de no discriminación como una regla de oro, se puede desarrollar una clasificación y un análisis más completo sobre lo que usualmente se entiende de manera abstracta y genérica como “participación”.

Tomando en cuenta no sólo la amplitud de los sujetos incluidos en los procesos participativos, sino también la profundidad marcada por el grado de incidencia en la toma de decisión y el desarrollo del capital social de los participantes, se pueden diferenciar cuatro modelos de participación¹¹:

- ✓ **Instrumental:** Esta forma de participación restringe la incidencia a un grado mínimo de influencia en la toma de decisiones y la satisfacción de las demandas

¹¹ Ver Gruenberg y Pereyra Iraola (2007)

suele ser muy baja. La oferta de participación viene pre-establecida en el marco de programas y/o proyectos.. El flujo de información es unidireccional y los participantes sólo logran expresar una limitada definición de sus necesidades. Los resultados de estos procesos participativos no son vinculantes. Se trata más bien de proceso que buscan extraer información de los participantes.

- ✓ **Consultiva:** Esta forma de participación combina una mínima influencia en la toma de decisiones, con la identificación de las necesidades de los participantes. Existen o se generan canales institucionales a través de los cuales se recibe la opinión y posturas de los que participan respecto de un tema. La autoridad convocante retiene el control del proceso y los resultados no son generalmente vinculantes.
- ✓ **Gestionaria:** Esta forma de participación supone una mayor influencia en la toma de decisiones y un nivel razonable de satisfacción de las demandas. Los participantes son considerados como responsables o gestores de proyectos sociales para dar respuesta a problemas locales. Los participantes necesitan tener un buen nivel de organización e información para participar en un proceso de negociación, producto del cual se establecen acuerdos vinculantes con las autoridades.
- ✓ **Empoderamiento:** Esta forma de participación combina el grado máximo de influencia en la toma de decisiones, con un alto nivel de satisfacción de las demandas planteadas. De esta forma, la comunidad o el grupo desarrolla destrezas y capacidades, fortalece sus organizaciones, y construye o refuerza una identidad propia. El fortalecimiento de las organizaciones y el trabajo en redes facilita una acción eficiente y orientada al cumplimiento de sus metas y de proyectos.

En este contexto, la transversalización del principio de no discriminación puede ser usada por los funcionarios y activistas anticorrupción como guía para prevenir la manipulación de los procesos participativos. De otro modo, la implementación de canales de participación sin tomar en cuenta las estructuras locales de poder ni los conflictos pueden profundizar la exclusión de los grupos discriminados o generar su cooptación.

En la experiencia internacional y en la literatura especializada sobre los conflictos sociales alrededor del acceso a los servicios sociales este fenómeno se define con nombres tan variados como “la tiranía de la participación”¹², “la voz sin influencia”¹³, “participación como entusiasmo efímero”¹⁴, y finalmente como “maquillaje retórico”¹⁵.

¹² Cooke, B. and Kothari, Y. (2001). “Participation, the new tyranny?” Zed Books.

¹³ Goetz, A.M. and J. Gaventa (2001). ‘From consultation to influence: bringing citizen voice and client focus into service delivery.’ IDS Working Paper 138

¹⁴ Cohen, J. and Uphoff, N. (1999). ‘Participation’s place in rural development: seeking clarity through specificity’, World Development.

¹⁵ Cernea, M., (2001) ‘Knowledge from social science for development policies and projects’, in M. Cernea (ed.) Putting People First: Sociological Variables in Rural Development, Washington: 2001/Oxford: Oxford University Press.

Todas estas expresiones denotan un tipo de participación que no es auténticamente democrático ni autónomo, y a través del cual resulta muy poco probable poder identificar y atacar las causas estructurales de la corrupción.

Transparencia: información más derechos

Aunque la palabra “transparencia” no se encuentra escrita en ninguno de los pactos internacional de derechos humanos, el principio de la transparencia ocupa un lugar central en el sistema internacional de derechos humanos. Este principio contenido implícitamente en el sistema, se hace explícito y ocupa un lugar central cuando se lo conecta con el derecho de acceso a la información pública.

En el marco de los derechos humanos, el derecho de acceso a la información es interpretado como complemento de la libertad de expresión, porque posibilita que esta expresión sea una opinión informada sobre temas de interés público, y como presupuesto para el desarrollo de la autonomía personal y el ejercicio de los derechos ciudadanos. Se trata de un derecho esencial para los derechos humanos porque el efectivo acceso a la información pública funciona como una condición para la realización y exigibilidad de otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, como la libertad de expresión, la participación, la educación, y la salud.

Un ejemplo del potencial instrumental que tiene el derecho de acceso a la información se verifica en las diversas experiencias de monitoreos ciudadanos al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁶. Este principio obliga a los gobiernos a realizar progresivamente estos derechos. Consecuentemente, implica también la obligación de los gobiernos de no regresividad. Lo que significa que los gobiernos no pueden tomar medidas que empeoren la situación de los grupos marginados en el acceso a estos derechos. Sin embargo, para monitorear el cumplimiento de la obligación de no regresividad, se requiere de información completa, oportuna y cierta para poder realizar comparaciones en el tiempo sobre la situación social de diversos grupos marginados. Sin el acceso a esta información resulta prácticamente imposible verificar el cumplimiento del principio de progresividad.

El derecho de acceso a la información en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

-Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

-Artículo 19 (inciso 2)

¹⁶ Ford Foundation (2004)

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Convención Inter-Americana sobre Derechos Humanos

-Artículo 13 (inciso 1)

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Transparencia más derechos

¿Qué es la transparencia? Si bien no hay una definición común sobre qué es la transparencia¹⁷, la mayoría de las definiciones destacan que el incremento de un flujo de información accesible, precisa, entendible y oportuna es un factor fundamental para determinar el grado de transparencia en la gestión del Estado y en los mercados. Las definiciones varían según las instituciones que las enuncian, sea esta la OCDE, el FMI o la Organización Mundial del Comercio. Sin embargo, todas estas definiciones se refieren a la publicidad o al flujo de información pero no hacen ninguna referencia directa al derecho de acceso a la información pública.

Darbishire (2007) completa este cuadro de situación explicando que hasta hace muy poco tiempo el derecho a la información no era considerado por las organizaciones internacionales de derechos humanos como una obligación positiva de los gobiernos sino que se interpretaba como una obligación de los gobiernos a no interferir en el flujo de información. Recién en 2002 la Comisión Africana de Derechos Humanos introdujo más explícitamente esta noción de obligación positiva y en 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió sin ambigüedades a favor del derecho de acceso a la información pública.

Desde la perspectiva de los derechos humanos una sólida política de transparencia debería articularse en dos planos normativos. En un primer nivel normativo, debería sancionarse y aplicarse un estricto régimen de publicidad para los documentos administrativos que pudieran resultar claves para la toma de decisión de las personas y para el ejercicio del control social sobre la gestión pública. En un segundo nivel, debería sancionarse y aplicarse un régimen de derecho que garantice la realización del derecho subjetivo de todos/as las ciudadanas a poder acceder a la información pública sin necesidad de justificar la causa ni el interés e incluyendo mecanismos efectivos para reclamar administrativa y judicialmente por su incumplimiento.

La evolución del derecho de acceso a la información pública a nivel nacional se ha expandido y evolucionado en las últimas décadas. Entre 1946 y 2007 se sancionaron

¹⁷ Ver Gruenberg y Pereyra Iraola (2007)

más de 70 leyes nacionales. A partir de esta extensa experiencia legislativa acumulada podemos decir que, en términos generales, una ley de acceso a la información (LAI) ideal¹⁸ debería estar guiada por ciertos parámetros básicos. El siguiente cuadro ilustra estos principios:

Principios centrales¹⁹	Ejemplo de aplicación
Apertura máxima de la información	Las leyes de acceso a la información deben estar guiadas bajo los principios de máxima apertura informativa.
Obligación de transparencia	Las instituciones públicas deben estar bajo la obligación de hacer pública periódicamente información clave.
Promoción de gobiernos abiertos	Las instituciones deben propiciar e impulsar activamente el funcionamiento de gobiernos abiertos.
Alcance limitado de las excepciones	Las excepciones deben estar claras y estrictamente delimitadas y deben someterse a rigurosas pruebas de “daño social” e “interés público”.
Eficiencia en el acceso a la información	Las solicitudes de acceso a la información deben ser procesadas de forma expedita y justa y debe haber la posibilidad de una revisión independiente de todas las respuestas negativas.

¹⁸ Mendel, Toby. 2003. Freedom of Information Act: A Comparative Legal Survey. UNESCO, Nueva Delhi, India. Citado en Ackerman, John y Sandoval. 2005. Leyes de Acceso a la Información en el Mundo. Cuadernos de Transparencia 7. IFAI, DF, México.

¹⁹ Idem.

Principios centrales ¹⁹	Ejemplo de aplicación
Costos	Los/las ciudadanas no deben ser desalentados a causa de costos económicos excesivos. Los costos no pueden superar el de fotocopiado o envío postal.
Reuniones abiertas	Las reuniones en las instituciones deberían tener un carácter abierto y público.

Las nuevas leyes han aprendido del diseño e implementación de las leyes anteriores. Estos principios han sido tomados de distinta manera, siendo en algunas LAI más destacados que en otras. A pesar de que se han realizado reformas gubernamentales para promover la transparencia en muchos países, los impactos deseados son aún limitados. Muchas de las nuevas reformas²⁰ que se han llevado a cabo para mejorar la transparencia, han estado *orientadas más hacia fuera* (con la intención de establecer credibilidad internacional) que *orientadas hacia adentro* (logrando, así, incrementar y mejorar el acceso de información)

Sin embargo, la realización del derecho de acceso a la información pública requiere de algo más que reglas formales. El desafío de transparentar la gestión del Estado y de garantizarle a las personas el acceso a la información en poder del Estado implica que los gobiernos tomen una serie de medidas concretas. Para dar un ejemplo de esta secuencia de medidas podemos tomar el caso de México: cuando el Congreso mexicano sancionó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (11/6/2002) dejó en suspenso la aplicación de la ley por un período de 12 meses a partir de su entrada en vigencia para llevar a cabo las principales reformas administrativas necesarias. La efectiva aplicación de la ley requiere de funcionarios públicos capacitados y motivados, de una sociedad civil conciente de su derecho, de nuevos circuitos administrativos y de una agencia de aplicación independiente y autónoma. Y una vez puesto en su lugar todos estos cambios se requiere de un efectivo monitoreo a cada una de las distintas agencias públicas que conforman el Estado.

Pero la sanción de una ley es sólo la primer etapa de una reforma pro-transparencia, en general hace falta tener poder para inducir la apertura, difusión y entrega de información pública. Por esta razón, la clave para implementar políticas de transparencia es prestar atención a los incentivos de todos los actores sociales involucrados (Weil, 2002). En otras palabras, el hecho a tener en cuenta es que mientras estas políticas avanzan en la difusión de información pública, se generan costos concentrados para reducidos grupos de actores estatales y privados, y beneficios difusos para el resto de la

²⁰ Fox, J. 2004. Empowerment and Institutional Change: Mapping “Virtuous Circles” of State-Society Interaction en Ruth Alsop, 2004, Power, Rights and Poverty: concepts and connections.

sociedad. Esta particular estructura de costos-beneficios hace que los grupos que eventualmente puedan verse amenazados o comprometidos en su reputación por la difusión de la información, sientan fuertes incentivos para organizarse y restringir el acceso a la información o paralizar las reformas pro-transparencia; mientras que, por el contrario, los incentivos de los beneficiarios de estas reformas tienden a ser mucho más débiles, limitando así la acción colectiva de estos grupos y en algunos casos comprometiendo la sustentabilidad de las reformas pro-transparencia.

La aplicación de los principios de derechos humanos a las políticas de transparencia puede ayudar a los funcionarios y activistas anticorrupción a expandir la interpretación del derecho de acceso a la información como una obligación positiva de los gobiernos, e influir en la inclusión de este derecho en las constituciones y leyes nacionales en los países donde todavía este derecho no fue incluido. En segundo lugar, la operacionalización de los principios de derechos humanos, y en especial el principio de no discriminación, juegan un papel clave en la des-elitización de las políticas de transparencia, para garantizar el acceso a la información a los grupos marginados. Si bien no todos los países con LAI han evaluado su impacto ni han generado datos estadísticos sobre su desempeño, los escasos datos publicados hasta ahora reflejan una tendencia preocupante. Según Darbshire (2007), en Estado Unidos, después de 40 años de implementación de la ley, menos del 10 % de los pedidos de información son formulados por periodistas y ONG, mientras que la mayoría de los pedidos son realizados por empresas o abogados. En México se detectó un patrón similar, con un 10 % de los pedidos formulados por periodistas, un 20 % por ONG y un 30 % por empresas.

Finalmente, un reciente estudio comparado de Justice Initiative (2007) en 14 países comprobó que la discriminación contra grupos marginados afectó negativamente la cantidad de respuestas recibidas. Mientras las ONG recibieron un 32 % de respuestas a sus pedidos de información, los grupos marginados sólo recibieron respuestas positivas a un 11 % de sus pedidos. Estos resultados sólo confirman un dato obvio de la realidad, que en el contexto institucional de la mayoría de nuestras democracias la asimetría de información entre el gobierno y las personas se profundiza cuando la demanda de información proviene de grupos marginados.

El principio de la transparencia, cuando es interpretado y aplicado como un derecho humano, es más que un flujo discrecional de información estatal. El reconocimiento del derecho de acceso a la información le puede servir a las organizaciones anticorrupción como palanca para presionar a favor de la sanción de una ley de transparencia, o para monitorearlas cuando existe, exigiendo su cumplimiento efectivo; mientras que le exige a los gobiernos no hacer nada que puede obstaculizar el acceso a la información, y tomar medidas concretas para facilitarlos: traducir la información a dialectos indígenas, realizar campañas de interés público, etc.

Rendición de cuentas: los que ejercen el poder frente a los que no lo tienen

Las leyes internacionales de derechos humanos no se refieren directamente al concepto de rendición de cuentas. Sin embargo, toda la estructura del sistema internacional de

derechos humanos se apoya sobre la teoría y la práctica de rendir cuentas. Para los derechos humanos todas las personas son titulares de derechos y los gobiernos tienen la obligación de respetar, garantizar y realizar esos derechos. La lógica de los derechos humanos sólo tiene sentido práctico si los/las titulares de estos derechos pueden tener acceso a mecanismos institucionales para hacerlos exigibles. Consecuentemente, los gobiernos tienen la obligación positiva de organizar el sistema institucional para que todas las personas puedan acceder a los mecanismos de rendición de cuentas, como también tiene la obligación negativa de no impedir el acceso a los mecanismos de rendición de cuentas, especialmente a los grupos marginados.

Por otro lado, el discurso y la práctica de rendir de cuentas se ubica en el eje central de cualquier estrategia anticorrupción. Frente a la corrupción, las personas reclaman justificaciones y sanciones. En teoría, los sistemas de rendición de cuentas cumplen esta doble función de obligar a los que ejercen el poder a dar explicaciones sobre sus acciones, y de exponerlos a sanciones cada vez que incumplen sus obligaciones.

La rendición de cuentas es, en síntesis, una relación entre los que acceden y ejercen el poder y los que menos poder tienen. Es una manera de ofrecerle a las personas un medio concreto para controlar la conducta de los políticos a quienes se les delegó el poder.

En abstracto, la rendición de cuentas describe una relación en donde A le rinde cuentas a B, porque: A está obligado a explicar y justificar sus acciones a B, y/o A está expuesto a sufrir sanciones si su conducta o justificaciones no satisfacen las expectativas de B.

En la práctica, la operación de rendir cuentas se puede llevar a cabo a través de dos ejes espaciales²¹, el horizontal y el vertical. Los ejes espaciales indican el eje de operación de las instituciones de control. El concepto de rendición de cuentas horizontal está asociado a un sistema de controles intra-estatales, mientras la rendición de cuentas vertical implica la operación de controles desde la sociedad civil, externos al estado.

Esta clasificación resalta la direccionalidad del sistema de control y el ámbito en el que se operacionaliza la rendición de cuentas²². Mientras que la rendición de cuentas horizontal se implementa a través de una red de instituciones dentro del Estado, las cuales se controlan y equilibran mutuamente, la rendición de cuentas vertical se concreta desde afuera del Estado, a través de la movilización social.

En la práctica, las diferencias conceptuales entre los dos ejes espaciales de control no es una cuestión menor. La diferencia en cuanto a la naturaleza y desempeño entre los mecanismos de rendición de cuentas horizontal y vertical tiene implicaciones prácticas de primer orden para la inclusión de la perspectiva de los derechos humanos en el diseño e implementación de estrategias anticorrupción.

La agenda de la buena gobernanza impulsó reformas anticorrupción sobre el supuesto de que la corrupción era causada por el fracaso de las instituciones estatales. Esta agenda redujo la discusión sobre la rendición de cuentas a recetas tecnocráticas para reformar el

²¹ O'Donnell, (1997)

²² Ver anexo 1

Estado. La mayoría de estas recetas tuvieron la característica común de implementarse desde arriba hacia abajo, replicando modelos universales de reforma sin consultar a los grupos afectados por la corrupción.

Aunque la reforma del Estado es considerada una medida necesaria para mejorar la rendición de cuentas, la implementación de reformas institucionales aisladas de la participación social tienden en general a fracasar. La excesiva confianza que la agenda de buena gobernanza depositó sobre el Estado, el cual era visto como la causa y la solución al mismo problema, exageró la capacidad de las instituciones formales como instrumento para generar el cambio social. Desde la perspectiva de los derechos humanos la participación social también es capaz de reformar las instituciones estatales.

La práctica de los derechos humanos entiende a la rendición de cuentas vertical como un eje central de la vida de los grupos marginados para enfrentar a la corrupción ubicada estratégicamente entre ellos y el acceso a los recursos.

Los sistemas de rendición de cuentas horizontales: reformas sin resultados todavía a la vista

En la mayoría de los países el mapa de instituciones de rendición de cuentas es extenso y variado. Podemos encontrar al poder ejecutivo, el legislativo y el judicial ejerciendo y cumpliendo el clásico papel de frenos y contrapesos, tratando de garantizar una estricta y republicana división de poderes. El clásico proceso de frenos y contrapesos se basa en lo que James Madison visualizó como un sistema para neutralizar las ambiciones de poder entre las 3 ramas del estado: o sea, que la ambición de un poder tiende, al menos en teoría, a neutralizar la ambición de otro poder. En concreto, el poder ejecutivo le veta leyes al congreso; el congreso aprueba o no la ley de presupuesto y en raras ocasiones llama a juicio político al ejecutivo; mientras el poder judicial revisa la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por congreso y el ejecutivo. Estos son los instrumentos más importantes con que cuenta el sistema de frenos y contrapesos para controlar la concentración excesiva de poder en una sola rama del estado.

En las últimas dos décadas, bajo el paradigma de las reformas institucionales de la buena gobernanza, se han creado una serie de nuevas instituciones de rendición de cuentas en la mayoría de los países de América Latina, Asia y África: defensorías del pueblo, oficinas anti-corrupción, auditorías generales y fiscalías son algunas de las principales instituciones.

Pero la cantidad y variedad de instituciones de control no garantiza una mejor rendición de cuentas. Por el contrario, para que estas nuevas instituciones de rendición de cuentas puedan controlar la concentración y abuso del poder sin superponerse, competir ni neutralizarse, deben poder desarrollar la habilidad para coordinarse de tal modo que puedan operar como una red de agencias, y contar con un poder judicial comprometido con la práctica de rendir cuentas, para cerrar el sistema desde arriba²³.

Sin embargo, muchas de estas nuevas instituciones de rendición de cuentas no están equipadas con la autoridad jurisdiccional para aplicar sanciones. Por lo tanto, el impacto

²³ O'Donnell (1999)

de sus informes, dictámenes o resoluciones están condicionados, en última instancia, por el grado de compromiso y activismo que tengan los jueces frente a la corrupción. Esta proliferación y variedad de nuevas instituciones de rendición de cuentas horizontales creadas durante las dos últimas décadas, bajo la influencia de la agenda de la buena gobernanza, pueden agruparse en estas tres grandes categorías.

Instituciones supremas de auditoría

- *Contraloría General*
- *Tribunal de Cuentas*
- *Auditoría General*
- *Corte de Cuentas*
- *Fiscalización Superior*

Organismos de denuncia e investigación

- *Procuraduría General*
- *Ministerio Público*
- *Fiscalía General*

Organismos para la defensa de los derechos de los ciudadanos

- *Defensoría del Pueblo*
- *Procuraduría para la Defensa de los Derechos humanos*
- *Comisión Nacional de Derechos humanos*

Fuente: Carrillo, 2004.

El cuadro de arriba nos muestra que existe una amplia variedad de estas instituciones; y dentro de cada categoría, y entre categorías, vamos a encontrar una extensa diversidad de arreglos institucionales en función de la ubicación institucional, el grado de autonomía funcional, la fuente de financiamiento, las reglas para la selección y nombramiento de sus responsables, y el grado de vinculación de sus dictámenes, entre otras variables importantes de diseño institucional.

Sin embargo, ni la cantidad ni la variedad de estas nuevas instituciones de control fueron suficientes para reducir la corrupción durante las últimas 2 décadas de reformas. Estas reformas fueron sin duda importantes, pero no pueden llevarse a cabo exitosamente si no se logra involucrar a todos los actores interesados en mejorar la rendición de cuentas. La sociedad civil en general y los grupos marginados en particular tienen un papel fundamental que cumplir durante estos procesos, influyendo sobre el diseño y presionando para que las reformas se concreten.

La rendición de cuentas vertical: nuevas formas de resistencia frente a la corrupción

Tradicionalmente, la rendición de cuentas vertical se asocia a la dimensión electoral, a la posibilidad de que los ciudadanos a través de elecciones razonablemente libres y regulares puedan castigar o premiar a los gobernantes votando a favor o en contra de ellos en la próxima elección. Sin embargo, existe consenso entre los teóricos de la democracia sobre la idea de que el voto constituye un mecanismo demasiado imperfecto²⁴ para controlar la conducta de los funcionarios públicos.

En contraste, una interpretación más amplia desde la perspectiva de los derechos humanos sobre la teoría y la práctica de la rendición de cuentas vertical incluiría numerosos e innovadores mecanismos de rendición de cuentas social que están siendo implementados entre las campañas electorales, como una actividad permanente de distintos actores sociales: asociaciones civiles, ONG, cooperativas, universidades y movimientos sociales.

Existe un límite borroso entre este concepto de rendición de cuentas vertical y el concepto amplio de participación analizado en la sección anterior. De hecho, la rendición de cuentas vertical no es otra cosa que pura participación. Pero en el marco de este reporte vamos a optar por diferenciar estos conceptos para referirnos a la rendición de cuentas vertical como un tipo de rendición de cuentas social²⁵ que promueve la participación ciudadana orientada exclusivamente al control de la corrupción en la gestión de programas, acciones gubernamentales e inclusive agentes no estatales.

Para los derechos humanos, la práctica de la rendición de cuentas implica un cambio desde la exclusividad y el excesivo protagonismo de los sistemas horizontales de controles intra-estatales, hacia un modelo más amplio que incluya a las estrategias verticales de rendición de cuentas usadas por los grupos marginados que buscan enfrentar y exponer la corrupción.

Desde esta perspectiva, las estrategias de rendición de cuentas verticales están construidas y se desarrollan sobre la lucha cotidiana de los grupos marginados por el ejercicio de sus derechos humanos frente a la corrupción. Para estos grupos la corrupción representa una barrera para poder acceder a los recursos vitales como salud, educación, vivienda, trabajo, ingreso básico, agua, tierra y minerales.

Los derechos humanos, el acceso a los recursos y la rendición de cuentas frente a la corrupción

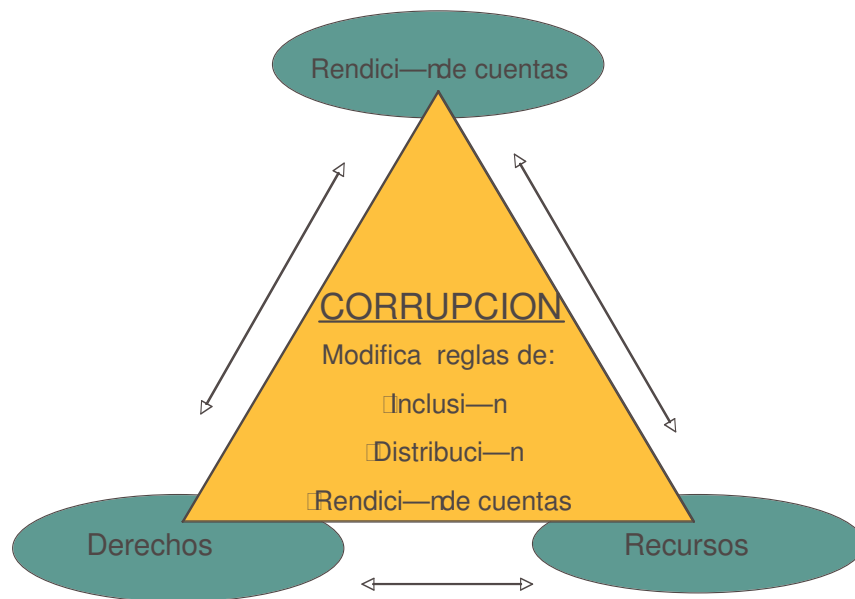
²⁴ Przeworski y Stokes sostienen que por una parte “las instituciones democráticas no contienen mecanismos de efectivización de la representación prospectiva” y, por la otra, “la votación retrospectiva, que toma como información sólo el desempeño pasado de los funcionarios, no es suficiente incentivo para inducir a los gobiernos a actuar con responsabilidad”. En un trabajo más reciente Przeworski insiste en que “las elecciones son inherentemente un instrumento burdo de control dado que los votantes sólo una decisión que tomar en relación con todo el paquete de políticas gubernamentales tomadas a lo largo de una gestión de gobierno” Przeworski, Stokes, y Adaptado de Manin (comps), *Democracy, accountability and representation*, Cambridge University, introd., 1999.

²⁵ El concepto de “rendición de cuentas social” es una traducción imperfecta del concepto anglosajón de “social accountability”.

La delicada relación entre los derechos humanos, el acceso a los recursos²⁶ y la rendición de cuentas es fundamental para la vida de los grupos marginados. El equilibrio que se establezca entre las tres variables condiciona la capacidad de estos grupos para dejar atrás la pobreza y la discriminación. Pero opera una cuarta variable desequilibrante. La corrupción se ubica estratégicamente en la intersección de las tres variables, negando los derechos, manipulando el acceso a los recursos, y capturando a las instituciones de rendición de cuentas.

La corrupción impacta sobre los derechos humanos a través de la distorsión de tres reglas básicas que regulan el acceso y la distribución de los recursos:

- 1) Regla de asignación: define los criterios de distribución de los recursos públicos;
- 2) Regla de inclusión: define quién participa, cómo, cuándo y en qué procesos; y
- 3) Regla de rendición de cuentas: la cual determina las responsabilidades de cada uno de los actores involucrados y los mecanismos para hacer exigibles los derechos de las víctimas.



²⁶ Usamos el concepto de “recursos” en sentido amplio para designar a todos los servicios y bienes sociales y recursos naturales necesarios para llevar una vida con dignidad, y sin privación de capacidades.

Fuente: adaptado de Newell and Wheeler, 2005.

Los derechos humanos y la rendición de cuentas frente a la corrupción

Para los derechos humanos las personas son titulares de derecho y los gobiernos junto a otros actores no estatales tienen la obligación de respetarlos. Para el sistema internacional de derechos humanos los gobiernos que crean y firman estos tratados son los principales responsables de proteger estos derechos. Para cumplir esta obligación los estados crean sistemas institucionales de rendición de cuentas; pero además deben tomar medidas concretas para garantizar el acceso universal e igualitario a estos sistemas. La corrupción, a través del soborno de jueces, fiscales, legisladores, policías, inspectores aduaneros y otros funcionarios centrales de las instituciones de control, sesga a favor de los más poderosos la regla de la rendición de cuentas (determina las responsabilidades de cada uno de los actores involucrados y los mecanismos para hacer exigibles los derechos de las víctimas) y la regla de inclusión (define quién participa, cómo, cuándo y en qué procesos). Este fenómeno perjudica desproporcionadamente a las mujeres que son víctimas de delitos cometidos por redes criminales que atraviesan múltiples instituciones de rendición de cuentas a nivel global, nacional y municipal. Por ejemplo, el tráfico y la trata de mujeres es una actividad liderada por varones que opera sobornando a otros varones simultáneamente: legisladores, jueces, policías, funcionarios de migraciones, etc., en uno o en varios países.

Cuando la corrupción del Estado se vuelve estructural, las instituciones terminan por omitir la demanda de los grupos marginados, como si esas demandas no existieran. Y en el peor de los casos, cuando estas demandas se hacen demasiado visibles para la opinión pública, el estado las reprime.

Como consecuencia de la corrupción en los sistemas de rendición de cuentas horizontales, las organizaciones de la sociedad civil, y en particular los grupos marginados, optan por combinar estrategias alternativas de rendición de cuentas social desde abajo para presionar y activar a las instituciones de control, o para monitorear de manera directa el acceso a los recursos en poder del Estado y de otros actores no estatales.

Los derechos humanos y el acceso a los recursos frente a la corrupción

Para Transparencia Internacional²⁷ la corrupción es el principal riesgo que enfrentan las Metas para el Desarrollo del Milenio. En la vida cotidiana de las personas pobres marginados el pago de un soborno a un policía puede significar la falta de ingresos para comprar alimentos. Durante el ciclo de las políticas públicas, la corrupción puede distorsionar el diseño y la asignación de los programas sociales contra la pobreza y desviar los fondos asignados a proyectos de infraestructura básica. En este caso, la corrupción altera la regla de asignación (define los criterios de distribución de recursos y servicios públicos), modificando los criterios de selección para acceder a los recursos sociales del estado, impidiendo así la realización de los derechos económicos y sociales

²⁷ Ver Transparencia Internacional: www.transparency.org

de los grupos marginados. Cuando la relación entre los derechos humanos y los recursos es mediada por la corrupción, esta relación se convierte en la fuente de numerosos conflictos sociales.

En los últimos años, las políticas neoliberales y la globalización aumentaron y en algunos casos escalaron la tensión de los conflictos sociales. A partir de las privatizaciones de los servicios públicos, muchos grupos marginados por la pobreza han sido excluidos del acceso al agua, la salud, la educación, la electricidad, etc. La explotación irresponsable de recursos naturales por empresas transnacionales que pagan sobornos para influir en la regulaciones del sector y desactivar los controles institucionales, es sin duda uno de los peores escenarios posibles para los derechos de las comunidades que dependen de esos recursos (grupos indígenas, campesinos, etc.). Frente a estas comunidades, las empresas son suficientemente poderosas como para comprar las decisiones de altos funcionarios públicos y para desorganizar y fragmentar la acción colectiva de las comunidades afectadas a través de la asignación de programas filantrópicos discrecionales y del chantaje económico a sus principales líderes sociales.

Los recursos y la rendición de cuentas frente a la corrupción

La naturaleza del recurso sobre el cual los grupos marginados reclaman sus derechos tiene implicaciones concretas para las estrategias de todos los actores involucrados. Las prácticas corruptas no operan de la misma forma sobre los recursos sociales (salud, vivienda, etc.) gestionados por el propio estado o por empresas privadas prestadoras de servicios públicos, o cuando se trata de recursos naturales no renovables explotados por empresas transnacionales. La gestión de cada uno de estos recursos involucra la operación de diversas instituciones de control. Un análisis más atento sobre el diseño y el desempeño de cada una de estas instituciones permite detectar algunas diferencias importantes para distintos los actores involucrados.

Algunas instituciones son menos transparentes que otras, más cerradas a la participación, más expuestas y más cercanas a los grupos afectados, más burocráticas, etc. Tomando en cuenta la historia, el desempeño y las características particulares de cada una de las instituciones de rendición de cuentas involucradas, el impacto de la corrupción tendrá diferentes efectos sobre la regla de inclusión (la cual define quién participa, cómo, cuándo y en qué procesos), y sobre la regla de rendición de cuentas (la cual determina las responsabilidades de cada uno de los actores involucrados y los mecanismos para hacer exigibles los derechos de las víctimas).

Para ponerlo en términos prácticos: para una empresa no implica los mismos costos económicos ni políticos influir en la decisión del Ombudsman, quien muy probablemente sea reconocido por la opinión pública; que influir sobre un desconocido funcionario de traje gris a cargo de una agencia reguladora, el cual muy probablemente haya rotado de la empresa a la agencia reguladora para volver a la empresa después de cumplir su mandato. Desde el mismo punto de vista, los grupos marginados tendrán acceso más directo a la oficina del Ombudsman, con quien muy probablemente hayan compartido información en algún caso anterior, en comparación a las trabas burocráticas que deberán afrontar

para acceder a información sensible en poder de una agencia reguladora de un servicio público privatizado.

Bajo esta misma lógica, la movilización de los grupos afectados por la corrupción en sectores asociados a recursos clave para la economía de un país enfrentará una mayor resistencia gubernamental y privada, llegando muchas veces hasta el extremo de la criminalización de la protesta social. Algunos ejemplos paradigmáticos son la extracción del petróleo en Nigeria, o el cultivo de soja en Argentina. La relación sobre los recursos y la rendición de cuentas está atravesada por preguntas esenciales sobre cómo se ejerce el poder y quién controla los recursos en una sociedad determinada.

Renovando la teoría y la práctica de la rendición de cuentas

Una interpretación tecnocrática y apolítica sobre la teoría y la práctica de rendir cuentas presenta muy pocas probabilidades de generar resultados a favor de las demandas de los grupos marginados. La conflictiva relación entre la corrupción y los derechos humanos se enmarca en profundas relaciones desiguales de poder que definen quién controla a quién, y a través de qué medios.

Repensar las estrategias de rendición de cuentas desde un abordaje más sensible a las relaciones desiguales de poder implicaría tomar en cuenta tres variables fundamentales: 1) el recurso en conflicto; 2) el derecho a ese recurso; 3) y la causa de la corrupción. A continuación desarrollamos cada una de estas variables por separado:

1) Los recursos en conflicto:

El acceso a los recursos ocupa un lugar central en la vida de los grupos marginados. De esto dependen la realización de sus derechos económicos y sociales. Alrededor del acceso a los recursos detonan los mayores conflictos sociales. La materialidad del recurso tiene implicaciones concretas sobre la forma y el contenido de los conflictos y las posibles estrategias para resolverlos. Así, cuáles son los principales actores en juego, el tipo de infraestructura y los procesos involucrados dependerán de la naturaleza del recurso en conflicto, según se trate de agua, tierra, salud, vivienda, alimentación, educación, trabajo, o minerales.

2) Derechos y obligaciones:

Por definición los derechos humanos implican la obligación de respetarlos. Un aspecto clave en la integración de los derechos humanos en una política de rendición de cuentas, es la posibilidad de identificar con claridad quién es el titular de un derecho y quién carga con la obligación de respetarlo. Dado que la corrupción involucra a múltiples actores, la clara asignación de responsabilidades facilita la rendición de cuentas. Este abordaje ayuda a identificar de manera más precisa a los principales responsables involucrados en actos de corrupción que afectan a los derechos humanos. Desde este punto de vista, los gobiernos tienen obligaciones como prestadores de servicios públicos y como reguladores del mercado. Mientras las empresas privadas, según sea el caso, tienen responsabilidades como prestadoras de servicios públicos y por el desarrollo de actividades riesgosas para la salud de las personas y el medio ambiente. Una definición precisa sobre quiénes son los titulares de derechos frente a los que cargan con las

obligaciones es un factor clave para diseñar e implementar una política anticorrupción con capacidad para prevenir o exponer la corrupción.

La inclusión de las empresas privadas en este punto es un tema delicado para el enfoque de los derechos humanos y por lo tanto requiere de un análisis más en detalle. Si bien es cierto que las leyes internacionales de derechos humanos fueron hechas por los estados y para los estados, igual de cierto es que este enfoque tradicional está cambiando, lenta pero consistentemente. En este contexto, las leyes de derechos humanos pueden ser usadas para exigirle a las empresas rendir cuentas por sus actividades de manera directa a través del estado, el cual está obligado a regularlas; o de manera directa sobre las propias empresas. Como veremos en detalle más adelante, la combinación de los estándares de derechos humanos con el marco legal internacionales anticorrupción abre nuevas oportunidades para exigirle directamente a las empresas rendir cuentas por sus actividades. La conexión directa que opera entre la corrupción y la violación de derechos humanos hace posible combinar y coordinar acciones desde el movimiento de derechos humanos y anticorrupción contra las empresas potencialmente responsables de violaciones de derechos humanos causadas por actos de corrupción. Para los dos movimientos se trata de un nuevo campo de investigación y activismo, que le permitiría a los derechos humanos utilizar nuevos instrumentos legales capaces de responsabilizar directamente a las empresas por los actos de corrupción; mientras que el movimiento anticorrupción podría complementar su enfoque tradicional sobre la cuantificación económica de los daños generada por la corrupción, con el peso moral del lenguaje de los derechos humanos articulado por las víctimas directas de la corrupción. Se trata de un nuevo campo para la experimentación que desafía la imaginación de ambos movimientos.

3) *Causas y consecuencias de la corrupción:*

Existe consenso entre el movimiento anticorrupción y de derechos humanos sobre la gravedad del impacto de la corrupción en la realización de los derechos humanos. El movimiento anticorrupción ha estudiado y diagnosticado²⁸ con precisión las causas de la corrupción en las principales áreas del estado directamente vinculadas con la realización de los derechos a la salud, educación, agua, vivienda, etc. Del mismo modo ha investigado la relación entre la corrupción y la explotación de recursos naturales, definiendo a la corrupción en esta última área como la principal causa de la degradación de los recursos naturales renovables²⁹. Aunque la corrupción sea difícil de detectar en estas áreas, eso no impide poder prevenirla. Con este fin Transparencia Internacional ha desarrollado una método para mapear los riesgos de corrupción en todas estas áreas. A través de este método se puede identificar de manera ordenada y sistematizada el conjunto de factores de riesgo que pueden dar origen a hechos de corrupción, identificar los aspectos vulnerables del proceso y prever los posibles daños. Este método ha sido aplicado extensamente a los procesos de contrataciones públicas de bienes y servicios, privatizaciones e inclusive a los programas internacionales de lucha contra la pobreza. La combinación de estas tres variables permitiría aplicar un nuevo marco conceptual a las estrategias de rendición de cuentas tradicionales centradas en los procesos inter-

²⁸ Ver Transparencia Internacional (2007, 2006)

²⁹ Ver Transparencia Intenational (2007)

estatales de rendición de cuentas horizontal. Sin necesidad de abandonar estas estrategias, ni las inevitables reformas institucionales para que la rendición de cuentas horizontal responda mejor a las demandas de los grupos marginados, es necesario explorar nuevas formas de rendición de cuentas para lograr incluir a las víctimas directas de la corrupción y modificar las relaciones desiguales de poder que facilitan la corrupción entre los gobiernos y las empresas privadas.

Por otro lado, este nuevo abordaje a la rendición de cuentas tradicional podría complementar las iniciativas de otras organizaciones del movimiento anticorrupción, como Transparencia Internacional, las cuales también priorizan en su agenda la implementación de estrategias de rendición de cuentas vertical.

Este nuevo marco conceptual presenta tres ventajas importantes para los programas anticorrupción: 1) facilita la identificación de los recursos y de los derechos afectados por la corrupción; 2) permite individualizar a las víctimas y a los principales responsables; y 3) analiza los factores de riesgo de corrupción durante las diferentes etapas de la contratación y prestación de servicios públicos, y en la explotación de recursos naturales.

Marco conceptual para guiar nuevas estrategias de rendición de cuentas vertical

¿Quien? Titular del derecho	Tipo de estrategia		Derecho reclamado	Recurso/servicio involucrado	Corrupción: factores de riesgo	Principales responsables
	Formal	Informal				
Organizaciones comunitarias, Brasil	Participación en Consejos de Salud	Monitoreo cívico sobre el presupuesto	Derecho a la salud	Servicios de salud adecuados	-Corrupción en las contrataciones -Sobornos para acceder al servicio	-Ministerio de Salud -Prestadoras de servicio
Asociación de inquilinos, Mombasa, Kenya	Tratados internacional	Bloqueando construcciones ilegales Alianza con los medios de comunicación Movilizando a los residentes	Derecho a la vivienda	Acceso a una vivienda digna	-Clientelismo en la asignación de títulos -Desvío de fondos	-Gobierno -Propietarios de tierra
Movimientos de desocupados, Argentina	Participación en consejos consultivos	Corte de rutas, piquetes urbanos	Derecho de inclusión social	Ingreso mínimo	-Clientelismo en la asignación de programas sociales	-Poder ejecutivo -Ministerio de desarrollo
Organizaciones comunitarias,	Reuniones oficiales con	Libreta de calificación.	Derecho a la salud,	Servicios públicos	Clientelismo y corrupción	-Gobiernos locales.

India, Bangalore	funcionarios	Alianza con medios	educación, agua.			-Prestadoras de servicios.
---------------------	--------------	-----------------------	---------------------	--	--	-------------------------------

Fuente: adaptado de Newell and Wheeler, 2005.

Los cuatro casos seleccionados en esta muestra son un ejemplo de cómo operan las estrategias de rendición de cuentas vertical desde la perspectiva de los derechos humanos. Los cuatro casos son liderados por los propias víctimas de la corrupción, o en alianza con una ONG, como en el caso de India. Este factor implica que los titulares del derecho en conflicto son los protagonistas centrales de la acción colectiva, lo que refuerza la legitimidad y la fuerza moral del reclamo.

En todos los casos se combinan estrategias formales e informales, colaborativas y confrontacionales. Este factor demuestra el dinamismo y la flexibilidad de este tipo de estrategias. El uso táctico de varias estrategias puede ocurrir de manera simultánea o aislada. Algunas estrategias pueden avanzar y retroceder al mismo punto de salida, para después empezar de nuevo con una estrategia diferente. El contexto social y político no es estable, las acciones se enmarcan en general en una serie de ciclos de conflictos y de negociaciones. Es importante remarcar este punto para mostrar que la rendición de cuentas vertical no rechaza a priori el uso de canales institucionales, sino que los incluye como una forma de ampliar y complementar su repertorio de acciones verticales para exigir una mejor rendición de cuentas frente al abuso de poder que caracteriza a la corrupción frente a los grupos marginados.

En los cuatro casos tratados, los conflictos están asociados a la disputa por acceder a recursos sociales básicos para la realización de distintos derechos humanos: agua, vivienda, salud, educación, e ingreso básico. Los derechos en disputa y la identificación precisa de los recursos ayuda a individualizar a los principales responsables involucrados en el conflicto.

Por último, la naturaleza de los recursos en disputa permite identificar y analizar los principales factores del riesgo de corrupción en cada uno de los servicio públicos, programas gubernamentales o procesos administrativo involucrados. Esto ayuda a diseñar estrategias a medida de cada uno de los problemas y de las instituciones involucradas, teniendo en cuenta sus principales arreglos institucionales, su debilidades y fortalezas, aumentando la efectividad de los programas anticorrupción.

Los principios de disponibilidad y accesibilidad aplicados como estándares para exponer la corrupción en los servicios públicos

La práctica de derechos humanos ha desarrollado herramientas para medir el cumplimiento de los derechos sociales. Estos 4 estándares: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, son usados por el movimiento de derechos humanos para medir el grado de implementación de los servicios de salud, educación, vivienda, comida, agua potable. Al mismo tiempo, estos servicios y otras obras de infraestructura

fundamentales para mejorar la calidad de vida de los grupos marginados son generalmente implementados localmente y susceptibles de ser manipulados políticamente. La corrupción puede distorsionar los criterios de asignación, los precios, el tamaño del proyecto, calidad del servicio o de la obra y su ubicación geográfica.

Tres grupos están normalmente involucrados en el proceso de contratación de servicios y obra pública. Los políticos y burócratas, los/as potenciales beneficiarios/as del servicio, y las empresas del sector privado. Sin ninguna duda, el grupo más vulnerable de los tres son los/as potenciales beneficiarios/as. Por asimetría de información, por corrupción o por falta de transparencia, sufren las peores consecuencias con efectos más graves para los grupos marginados

En este contexto, los estándares de disponibilidad y accesibilidad pueden transformarse en poderosas herramientas para exponer la corrupción en los servicios y obras públicas. Según el principio de disponibilidad, el servicio debe estar disponible en cantidad y calidad suficiente para alcanzar las necesidades de la comunidad en cuestión. Segundo, según el principio de accesibilidad, los servicios deben ser asignados y prestados a toda la comunidad sin discriminación. Esto implica también que el acceso físico a los lugares, bienes y servicios del sector es seguro y no discrimina a los grupos marginados, como también garantiza el acceso económico al servicio, el cual siendo público o privado, debe ser accesible para todos los grupos.

La corrupción en la prestación de servicios públicos afecta y distorsiona principalmente estos dos principios a través de una amplia variedad de formas: desde la subprestación de servicios, servicios de mala calidad, sub-utilización de materiales en perjuicio de la obra, obras incompletas o inexistentes, necesidad de pagar sobrepagos por la entrega del servicio público, o simplemente imposibilidad de acceder al servicio público por barreras burocráticas o discriminación son algunas de las formas de materializarse el impacto de la corrupción en la prestación de servicios de salud y educación, y en las contrataciones públicas en general.

Producto de más de 10 años de experiencia, el movimiento anticorrupción ha desarrollado herramientas y habilidades técnicas para monitorear complejos procesos de contrataciones públicas. Las organizaciones anticorrupción pueden aprovechar el discurso y la práctica de los derechos humanos para complementar el su trabajo técnico, basado en complejos pliegos licitatorios y procedimientos administrativos, para visibilizar la violación de derechos humanos causada por la corrupción en las contrataciones públicas. La complementariedad de ambos abordajes, uno técnico y el otro basado en el lenguaje y el ejercicio de los derechos, podría ayudar a mejorar las estrategias anticorrupción, prestando especial atención a los grupos más vulnerables.

4. Integrando los derechos humanos a 4 temas centrales de la agenda anticorrupción

A continuación presentamos un ejercicio para mostrar cómo se podrían integrar los principios de derechos humanos en los programas anticorrupción y cuál sería el valor

agregado. Para esto seleccionamos cuatro áreas de trabajo centrales en la agenda del movimiento anticorrupción, tomando en cuenta especialmente el diseño y la implementación de las principales herramientas de Transparencia Internacional en estas cuatro áreas: 1) Diagnósticos e indicadores; 2) Contrataciones públicas; 3) Financiamiento político; y 4) Clientelismo político. Vamos a analizar a cada una de estas áreas por separado:

Lo que no se mide, no existe.

El diseño de un programas anticorrupción es una actividad que demanda datos. Para enfrentar la corrupción de manera efectiva es necesario poder medir sistemáticamente las causas y las consecuencias del problema. El nivel de desagregación de los datos es importante para identificar con precisión a las víctimas, los daños y las instituciones más afectadas por la corrupción.

El movimiento anticorrupción es parte de una revolución de datos que se está desarrollando en el campo de las ciencias sociales. Desde distintas disciplinas, conceptos como libertad, democracia, violencia y desigualdad están siendo medidos y cuantificados a través de diferentes índices e indicadores. Estos datos son usados por organizaciones como Amnistía Internacional, el Banco Mundial o las Naciones Unidas para instalar debates, recomendar políticas y promover reformas. Las Metas para el Desarrollo del Milenio es una muestra perfecta de este fenómeno.

El movimiento anticorrupción es un actor central dentro de esta revolución de datos. Durante los últimos 10 años ha desarrollado una impresionante batería de datos a través de distintas herramientas de diagnóstico. La variedad de estas herramientas de análisis se extiende desde encuestas de opinión hasta los diagnósticos institucionales generales/sectoriales. Estos datos se usaron en una primera etapa para generar conciencia sobre el problema de la corrupción. En una segunda etapa, basada en nuevas técnicas cuali/cuantitativas, los datos están siendo aprovechados para diseñar e implementar estrategias mejor adaptadas a los contextos locales y a las necesidades reales de las personas.

En este escenario, los derechos humanos podrían hacer una colaboración concreta en el desarrollo de nuevas preguntas de investigación que le permitirían al movimiento anticorrupción ampliar el alcance de sus investigaciones. Para esto es necesario partir por conocer las presunciones conceptuales, metodológicas e ideológicas que están por debajo de los instrumentos de análisis. Un reciente estudio publicado por Transparencia Internacional y el PNUD (2006) puede servir para llevar a cabo este análisis. El estudio mapea más de 100 herramientas en 17 países. Cada una se describe en función de su alcance, fuente, metodología, propósito e impacto. El estudio también examina a cada herramienta en función de la medida en que la información capturada está desagregada por género y niveles de pobreza. Con respecto a este último tema, el informe explica que sólo un 20 % de las herramientas abordan las dimensiones de género y pobreza. Lo que implica que el otro 80% de los datos invisibilizan las causas y el impacto de la corrupción sobre las personas en situación de pobreza y sobre las mujeres en particular.

Para poder visibilizar los problemas y el sufrimiento de estos grupos marginados en las encuestas es necesario tomar una posición epistemológica sensible a las relaciones desiguales de poder. La epistemología, como teoría del conocimiento, define quién conoce y qué puede ser conocido. Las investigaciones conducidas desde la perspectiva de los derechos humanos podrían mejorar la captura de nuevos datos que ayuden a explicar mejor la conexión de la corrupción con la discriminación, la pobreza, y los prejuicios patriarcales. Concretamente, el movimiento de derechos humanos podría colaborar con los funcionarios y activistas anticorrupción en desarrollar marcos conceptuales y preguntas de investigación que permitan analizar con mayor precisión la relación entre los grupos marginados y la corrupción.

Las contrataciones públicas y los derechos humanos

La corrupción en las contrataciones públicas figura como uno de los 5 temas centrales de la agenda de transparencia internacional. Los gobiernos compran y contratan bienes y servicios para satisfacer la demanda social de bienes públicos como educación, salud, infraestructura y viviendas, entre otros. Por cada dólar extra que se paga sobre el precio más bajo posible, se reduce proporcionalmente la producción de estos bienes públicos.

En general los gobiernos gastan alrededor del 70 % del presupuesto nacional³⁰ en contrataciones de bienes y servicios, y si bien no existen datos estadísticos precisos sobre el porcentaje promedio de recargo que pagan los gobiernos debido a la corrupción, Transparencia Internacional hace una estimación conservadora del 20 al 25%. Pero además del precio, la corrupción en el sistema de compras y contrataciones distorsiona la asignación eficiente de los recursos públicos provocando que la inversión pública se realice en obras y servicios que no responden a las necesidades reales de las personas, sino a fuertes intereses particulares de funcionarios públicos y empresas del sector privado. En síntesis, los procesos de contrataciones son complejos, la transparencia es limitada y la corrupción difícil de detectar.

Transparencia internacional ha desarrollado numerosas herramientas para promover la transparencia en este importante sector. Sin duda alguna, el Pacto de Integridad (PI) es una de las herramientas más importantes y más extendidas a escala global. Países tan distintos como México, Pakistán, Korea y Nepal han adaptado el PI a sus contextos locales. En algunos países como Colombia se llegaron a implementar más de 100 pactos. La flexibilidad de la herramienta ha permitido su replicación masiva y cubrir diversos tipos de contrataciones, desde la construcción de aeropuertos hasta la concesión de servicios de recolección de residuos sólidos.

En términos generales, el PI es un acuerdo voluntario entre el gobierno que ofrece al mercado la oportunidad de provisión de un bien o servicio y las empresas que participan de la licitación. El gobierno asegura transparencia en el diseño de las bases para la licitación y en el proceso de adjudicación del contrato. También garantiza que ningún funcionario público exigirá el pago de sobornos. Las empresas oferentes, por su lado, se comprometen a no ofrecer sobornos y a denunciar a los empleados que lo hagan. A través

³⁰ www.transparency.org

de esta estrategia de autorregulación, el Pacto de Integridad establece nuevas reglas de juego frente a la sociedad civil en forma simultánea y consensuada entre el gobierno y los oferentes, con el objetivo de modificar los incentivos y las oportunidades para el pago de sobornos en una licitación pública seleccionada.

En términos legales, el Pacto de Integridad no es otra cosa que un compromiso de invocar y respetar las leyes existentes en el país; sin embargo, en términos operativos, este modelo ayuda a modificar gradualmente el complejo esquema de intereses políticos y económicos de las contrataciones públicas en sociedades donde la corrupción es un fenómeno estructural.

La participación de la sociedad civil durante la implementación de esta herramienta es relativamente limitada. En la mayoría de los casos, la sociedad civil es representada por un testigo social invitado por Transparencia Internacional y que debe combinar dos atributos clave: capacidad técnica, con integridad ética. El testigo social está presente durante todo el proceso de implementación del PI, o por lo menos en las etapas más relevantes. Algunas experiencias han incluido como testigos a actores colectivos: asociaciones de consumidores, universidades, ONGs, etc. Y en una cantidad muy limitada de experiencias el PI fue complementado con la realización de audiencias públicas para discutir más abiertamente el diseño de los pliegos de contratación.

Desde el punto de vista de los derechos humanos esta dimensión del PI podría ser fortalecida a través de la inclusión de otros actores sociales, identificando especialmente a los grupos potencialmente afectados por la corrupción en cada sector en particular. Este tema se vuelve más demandante cuando se trata de privatizaciones de servicios públicos, o se licitan grandes obras públicas de infraestructura, como la construcción de una represa. Este tipo de contrataciones son muy propensas a la corrupción, y son generadoras de grandes conflictos sociales.

La integración de los derechos humanos al marco teórico y práctico del PI podría ayudar a complementar el rol del testigo social, identificando e incluyendo a las potenciales víctimas de la corrupción en este tipo de contrataciones. La participación activa de estos grupos y la identificación de los derechos en conflicto, podrían reforzar la transparencia, la rendición de cuentas y la legitimidad de los resultados del Pacto de Integridad. Como lo demuestra la experiencia de algunos capítulos nacionales de Transparencia Internacional, las audiencias públicas pueden ser usadas como complemento de los PI para aumentar la amplitud y profundidad de la participación. Tomando medidas concretas para incluir a grupos discriminados o con dificultades para participar en espacios públicos a causa de barreras de lenguaje y culturales.

Por último, las nuevas reglas de ética que son impuestas por PI ejercen su mayor influencia y efectividad durante las etapas de evaluación y selección de los oferentes hasta llegar a la adjudicación del contrato. Pero su efectividad disminuye gradualmente a medida que el servicio o la obra se ejecuta y avanza en el tiempo. Esto representa un nuevo desafío para los funcionarios y activistas anticorrupción. Porque el control de la corrupción durante la etapa de ejecución se vuelve más costosa y complicada. La

participación de los grupos potencialmente afectados cumple en esta etapa un papel fundamental en el monitoreo del cumplimiento de los estándares de disponibilidad y accesibilidad en la prestación del servicio público, y en el control del impacto social generado por las grandes obras de infraestructura.

Así, la participación de estos mismos grupos en la etapa temprana del proceso, a través del monitoreo de la convocatoria, la selección de los oferentes, y la adjudicación del contrato, cierra un círculo virtuoso cuando se combina con el monitoreo permanente de la segunda etapa de ejecución, reduciendo las oportunidades de corrupción.

El financiamiento político como causa de desigualdad

La transparencia en el financiamiento de la política es uno de los temas centrales en la agenda de Transparencia Internacional. A través de los capítulos nacionales se han monitoreado decenas de campañas políticas y elaborado informes sobre la falta de transparencia en los procesos electorales. Recientemente se publicó un estudio comparado que avanza sobre todo lo que se ha hecho hasta el momento en esta área de investigación, el cual permite evaluar la transparencia en 8 países a través de indicadores cuali/cuantitativos que miden diez dimensiones de la transparencia en el financiamiento político. En base a la acumulación de estas experiencias de monitoreo y a la publicación de rigurosos informes, Transparencia Internacional ha logrado reformas concretas para mejorar la transparencia en varios países.

Sin embargo, estas estrategias se han focalizado centralmente en la transparencia en regulación del dinero en la política y se han desarrollado con menor intensidad otros temas centrales. La influencia del financiamiento ilegal en la competencia política también afecta y distorsiona la igualdad política con las siguientes consecuencias. Por un lado, el flujo y la distribución de recursos económicos en el proceso político afecta directamente la igualdad entre los partidos políticos y las candidaturas. Dado que el gasto electoral se traduce, de manera inmediata, en comunicación política, la mayor capacidad financiera de algunas candidaturas para informar más y mejor, puede llegar a suprimir o asfixiar la capacidad de comunicación política de otras con menor capacidad financiera.

Por otro lado, la desigual distribución del poder económico en la sociedad puede afectar la igualdad política entre las personas para participar y ejercer influencia durante el proceso electoral. Cuando la desigualdad económica influye en los procesos electorales y se combina con la corrupción, se restringe la participación. Las personas con menos poder económico, especialmente las personas pobres y otros grupos marginados, pierden la oportunidad de influir en el diseño de políticas públicas para mejorar su situación y que se les reconozcan sus derechos. Desde este punto de vista la desigualdad política y la corrupción en la competencia electoral perpetúan la distribución desigual de la riqueza y excluye a las personas pobres del debate político.

Las experiencias de Transparencia Internacional han avanzado en el estudio y el control del financiamiento político con el objetivo de reducir la corrupción política. Pero este enfoque ha cubierto hasta ahora sólo una parte del problema. En general, los estudios sobre la transparencia en el financiamiento político no han tenido demasiado cuenta las

implicancias del financiamiento en el sostenimiento de la exclusión social. La integración de la perspectiva de los derechos humanos en este componente central de la agenda anticorrupción podría ayudar a destacar el rol del financiamiento político en la promoción de la equidad de género y en la inclusión de los grupos marginados.

Para alcanzar este objetivo, el financiamiento de la política puede ser regulado para garantizar la participación política de grupos marginados y asegure un porcentaje de mujeres candidatas. Los altos costos de las elecciones y la corrupción que favorecen siempre a los partidos políticos vinculados al sector privado o al candidato oficial, al mismo tiempo que representan un obstáculo para las candidatas mujeres y para los grupos marginados sin acceso al financiamiento privado. En este contexto, la regulación del financiamiento público puede ser utilizado como un instrumento de cambio social para apoyar la inclusión de estos nuevos actores políticos. Una vez adentro de la competencia política probablemente tengan fuertes incentivos para apoyar las reformas pro-transparencia como una estrategia política para reducir la corrupción, las ventajas económica de los partidos mayoritarios y, al mismo tiempo, abrir nuevos espacios para los grupos excluidos.

El clientelismo político más allá de las campañas electorales.

El clientelismo ocupa un lugar central en los estudios sobre el financiamiento político. Transparencia Internacional ha desarrollado a través de distintos capítulos nacionales diferentes formas de diagnosticar y de monitorear la práctica del clientelismo durante las campañas electorales. El concepto de clientelismo utilizado en el marco de los programas anticorrupción se limita a definirlo como un método de movilización política a través de la práctica de intercambiar dinero por votos durante las campañas electorales. En cambio, desde el punto de vista de los derechos humanos el clientelismo es algo más que el intercambio de dinero por votos. El clientelismo opera como una la relación que se construye sobre la base de la extorsión y que obstaculiza la implementación de cualquier política social universal. Se trata entonces de una relación asimétrica de poder a través de la cual una persona controla las necesidades de otra en base a su estatus y un mayor acceso a los recursos públicos o económicos. Así, un concepto más amplio sobre el fenómeno del clientelismo va más allá de los procesos electorales e incluye también a las empresa privadas.

Desde este punto de vista, una variante permanente de clientelismo se construye sobre el diseño y la implementación de políticas sociales, especialmente en la gestión de programas sociales focalizados. La manipulación clientelar de los programas sociales bloquea la realización de los derechos sociales de diversas formas. La asignación de un programa social está condicionada a la entrega de una parte del subsidio, reduciendo drásticamente el ingreso del/la titular del programa social para cubrir necesidades básicas. Otra modalidad del clientelismo exige a cambio de un programa social tareas humillantes o serviles. En el caso de las mujeres, el clientelismo se combina con el machismo y suele transformarse en clientelismo sexual: así, el acceso a los programas sociales queda mediado por el sexo. Mientras el clientelismo entre varones opera como

una relación de subordinación, entre un varón con poder y una mujer pobre se vuelve una relación de dominación.

El clientelismo no es una práctica exclusiva de los estados ni de los partidos políticos, también lo practican las empresas privadas. La práctica del clientelismo está muy extendida entre las empresas que enfrentan conflictos sociales con los grupos marginados como consecuencia del impacto social de sus actividades. Estas empresas copian el modelo clientelar del estado para fragmentar la movilización social. Imitando al estado y muchas veces aprovechando las mismas redes clientelares estatales, las empresas diseñan sus propios programas sociales para establecer relaciones clientelares con las organizaciones locales y desactivar la acción colectiva.

En este contexto, la perspectiva de los derechos humanos puede complementar el concepto que los programas anticorrupción tienen sobre el clientelismo político como un fenómeno confinado a las campañas electorales. El clientelismo es un ejemplo paradigmático de cómo se construyen y operan las relaciones desiguales de poder en nuestras sociedades. En este contexto, la centralidad del abuso de poder en las estrategias de los derechos humanos podría ayudar a ensanchar el alcance de los programas anticorrupción a nuevas formas de clientelismo en las relaciones sociales.

Incluyendo la perspectiva de género en los programas anticorrupción

Los primeros programas anticorrupción se diseñaron sobre el supuesto de que la corrupción era neutral al género, y que por lo tanto afectaba de la misma manera a varones y mujeres. Sin embargo, a medida que los estudios académicos e investigaciones empíricas sobre la conexión entre la pobreza y la desigualdad de género se expandieron, la perspectiva de género comenzó a filtrarse tímidamente en la teoría y la práctica de los programas anticorrupción.

Desde esta nueva perspectiva, la desigualdad de género también deja su marca en el diseño y en la operación de las instituciones públicas. En estos ambientes institucionales patriarcales³¹, las mujeres no tienen suficiente poder para desafiar la corrupción ni las prácticas clientelares. En consecuencia, las mujeres pueden ser víctimas de formas especiales de corrupción y clientelismo basadas en la desigualdad de género, como el abuso sexual de las mujeres pobres como condición para poder recibir un programa social o acceder a un servicio público.

En la actualidad existe un consenso general³² sobre el hecho de que la corrupción impacta diferenciadamente entre varones y mujeres. Sin embargo, la incorporación de la perspectiva de género en el diseño de los programas anticorrupción sigue siendo baja y excepcional. En este sentido, la integración de los derechos humanos podría ayudar a incorporar y a fortalecer la perspectiva de género en el diseño de los programas

³¹ Entendemos por patriarcado al sistema de dominio masculino en los puestos de decisión en el gobierno y en el sector privado, utilizado para perpetuar los privilegios de los varones y mantener las relaciones desiguales entre varones y mujeres. Estas relaciones se caracterizan por el lugar de dominio que ocupan los varones y la posición subordinada de las mujeres.

³² Ver Goetz, A. M. (2003) y Baden, S. (2000).

anticorrupción. El marco internacionales de derechos humanos y el principio de no discriminación podrían ser usados como una guía para alcanzar este objetivo.

¿Qué implica incorporar la perspectiva de género?

La incorporación de la perspectiva de género se refiere al “proceso de examinar las implicaciones para mujeres y hombres de cualquier tipo de acción pública planificada, incluyendo la legislación, las políticas o los programas, en cualquier área. Asimismo, es una herramienta para hacer de los intereses y necesidades de hombres y mujeres una dimensión integrada en el diseño, implementación, monitoreo, y evaluación de políticas y programas en todos los ámbitos políticos, sociales y económicos. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros.”³³

Más mujeres, ¿menos corrupción?

A finales de los años '90, una nueva ola de investigaciones comenzó a estudiar la conexión entre corrupción y las relaciones de género, analizando como podrían contribuir las mujeres a la lucha contra la corrupción. Una serie de análisis estadísticos y econométricos publicados por el Banco Mundial, entre otros, mostraban que las instituciones públicas con un mayor número de mujeres eran menos corruptas. Esto parecía ser cierto tanto en estudios macro (que correlacionaban variables de corrupción con la proporción de mujeres en el poder legislativo y ejecutivo en distintos países³⁴), como en el análisis de experiencias empíricas de instituciones públicas formadas íntegramente por mujeres como una estrategia de lucha contra la corrupción³⁵. Ambos análisis se sustentaban en el mito sexista de que las mujeres son menos corruptas, más íntegras y más honestas que los varones.

A pesar de lo tentador de este argumento, el mismo presenta varios problemas. Irónicamente, la noción de las mujeres como más virtuosas que los varones es la misma que utilizaron por siglos filósofos y políticos de la Grecia antigua y de la Europa moderna para mantener a las mujeres fuera de la vida pública. La imagen de la mujer como madre, guardiana del hogar y cuidadora es redefinida en los años '90 como una virtud instrumental para la lucha contra la corrupción. En este sentido, el desafío de incluir a las mujeres en la vida pública ya no es defendido como un derecho humano, sino que se lo reduce a un argumento instrumental. Así, al intentar incluir a las mujeres en las instituciones públicas, se las vuelve a estereotipar bajo las mismas razones por las que fueron excluidas del poder político durante siglos.

³³ Ver Montaña, Sonia, **El buen gobierno desde una perspectiva de género**, Seminario internacional Paridad de género y participación política, en América Latina y el Caribe, Santiago, Chile, 5 y 6 de octubre del 2006, Comisión Económica para América latina y el Caribe (CEPAL).

³⁴ Ver Dollar, Fishman and Gatti (1999), también Hung-En Sung, 2003.

³⁵ Estas experiencias buscaron feminizar agencias notoriamente corruptas como una estrategia para luchar contra la corrupción. Este es el caso, por ejemplo, del gobierno del Presidente Fujimori en Perú que en 1998 creó una fuerza policial para manejar el tránsito, formada en su totalidad por 2,500 oficiales mujeres. Otro ejemplo fue la creación de una fuerza de oficiales anticorrupción enteramente femenina para los Servicios Aduaneros de tierra y mar en México en el año 2003. En Uganda una visión similar guó la selección de mujeres para ocupar la mayoría de los cargos en la tesorerías de los gobiernos locales. (Goetz, 2003)

Además, el argumento presenta varios problemas metodológicos³⁶. Aunque existe una correlación general negativa entre el número de mujeres en el gobierno y la incidencia de la corrupción, esto no implica causalidad. Es más, la misma exclusión de las mujeres del poder político y económico, puede ser una explicación racional que da cuenta de su exclusión, también, de las redes de corrupción. Tanto el acceso al poder político como las oportunidades de corrupción funcionan y se crean principalmente a través de redes formadas y sostenidas por varones. El acceso al poder político de los varones en países en desarrollo se basa a menudo en la creación y el sustento de redes clientelares que son manejadas y dominadas principalmente por varones. De esta manera, las relaciones de género pueden estar limitando las oportunidades de las mujeres de involucrarse en prácticas corruptas.

Las oportunidades de las mujeres para involucrarse en actividades de corrupción también están limitadas por “controles sexuales”, es decir, por el peligro de ser discriminadas por conductas sexuales inapropiadas. Este es el caso, por ejemplo, de las mujeres empleadas como policías de tráfico en Perú, quienes se niegan a aceptar sobornos por miedo a ser discriminadas como prostitutas. Si esta reacción se mantendrá en el tiempo o es simplemente una respuesta transitoria a la inclusión de las mujeres en la vida pública es una pregunta aún sin respuesta.

El foco de la discusión debería estar, entonces, no tanto en las virtudes imaginadas y asignadas a los roles de género sino en analizar y profundizar sobre el impacto de las relaciones de género en las estructuras de oportunidad de las prácticas corruptas. Las estructuras de oportunidad para ejercer la corrupción (la inclusión y/o exclusión de las redes de corrupción, los controles sexuales, entre otros) son distintas para varones y mujeres, y esto explica, en gran parte, porque las instituciones políticas formadas por mujeres tienden a ser menos corruptas que las de varones. Pensar en las estructuras de oportunidad para la corrupción desde una perspectiva de género nos obliga a explorar nuevas preguntas. ¿La corrupción de funcionarios públicos incide de la misma manera a varones y mujeres? ¿Enfrentan las mujeres distintos tipos de prácticas corruptas de parte de los funcionarios públicos que los varones? La siguiente sección explora brevemente estas cuestiones.

El impacto de la corrupción sobre las mujeres

Todavía más importante que estudiar qué pueden hacer las mujeres para combatir la corrupción es preguntarnos si la corrupción afecta de manera distinta a varones y mujeres. Esto implica estudiar el impacto de la corrupción en las mujeres y los desafíos que enfrentan las estrategias contra la corrupción para incluir la perspectiva de género y para proteger los derechos humanos de las mujeres.

³⁶ Uno de las críticas más consistentes a este tipo de políticas para la incorporación de las mujeres al espacio público se puede leer en: Aloisio y Muñoz, (2006)

La mayoría de las personas en situación de pobreza que vive con menos de un dólar al día son mujeres³⁷. Esto no sólo se debe a que las mujeres reciben salarios más bajos que los varones en el mercado formal e informal sino que también ven reducidas sus oportunidades de acceso a la educación, la tierra, el crédito y otros bienes productivos como consecuencia de la discriminación de género. Además, las mujeres tienden a asumir las responsabilidades domésticas de cuidado de los/las niños/as y adultos/as mayores lo que implica mayores gastos y mayores dificultades para obtener un empleo. Otro aspecto esencial para entender cómo afecta la corrupción a las mujeres es que enfrentan no sólo coerción económica sino que también están expuestas a violencia física y sexual, dentro y fuera del hogar.

Como consecuencia de su rol social de cuidadoras, las mujeres enfrentan mayor vulnerabilidad a los riesgos y/o dependencia de los servicios públicos. A diferencia de los varones, las mujeres toman mayor responsabilidad en la provisión del cuidado de la salud y la educación de los/las niños/as, y a menudo también en la de los/las adultos/as mayores de la familia. También necesitan cuidados especiales y consultas en los hospitales públicos durante el embarazo. La corrupción afecta a las mujeres por su dependencia de los servicios públicos de varias maneras. La corrupción distorsiona el presupuesto asignado a los servicios sociales, en especial salud y educación, lo que reduce la cantidad y la calidad de los bienes y servicios públicos. Por otro lado, la corrupción afecta a las mujeres casi diariamente cuando tienen que pagar un soborno para obtener un turno en el hospital, para inscribir a los/las niños/as en la escuela o lograr una receta de medicamentos para los/las adultos/as mayores a su cargo. Al interior de una familia, también, la corrupción gubernamental incide en las decisiones discriminando y reduciendo las oportunidades de las mujeres. De esta manera, una familia en situación de pobreza que tiene que pagar un soborno para mandar a sus hijos/as a la escuela pública es probable que priorice la educación de los varones.

Pero los efectos de la corrupción en las mujeres trascienden a los servicios sociales. La falta de acceso de las mujeres a recursos de poder político y económico, las excluye de las mismas redes que permiten y perpetúan el acceso al poder gubernamental. Por un lado, la corrupción en los poderes legislativos y ejecutivo permiten que sigan vigentes leyes que discriminan a las mujeres y sostengan la violencia psicológica, sexual y física contra las mujeres. Además, la corrupción en los poderes judiciales pueden discriminar a las mujeres que no tienen la posibilidad de pagar sobornos para acceder al sistema de justicia.

Las mujeres y la corrupción en los servicios sociales

1. Salud

El derecho a la salud define el derecho de las personas de gozar el más alto estándar posible de salud física, mental y social. La salud es un derecho humano básico de las personas, que debe ser garantizado a través de acciones que aseguren que todos los miembros de la sociedad accedan a una cobertura médica adecuada, en especial los

³⁷ Ver: www.un.org/womenwatch/daw/followup/session/presskit/fs1.htm

sectores de menores recursos y con mayores riesgos de contraer enfermedades. Además de brindar una atención médica de buena calidad, el derecho a la salud debe asegurar el acceso a los recursos capaces de afrontar las demandas de la población, incluyendo camas hospitalarias, fármacos e insumos sanitarios. Por su inmediata asociación con el derecho a la vida, el derecho a la salud es uno de los derechos humanos más enfatizados y reconocidos por el sistema internacional de los derechos humanos

La corrupción gubernamental es una amenaza letal contra este derecho en la mayoría de los países en desarrollo y afecta de manera desproporcionada a las mujeres. La práctica de corrupción más común en el sector de la salud es el pago de sobornos a enfermeras y doctores para obtener prestaciones médicas en las salas de primeros auxilios y hospitales públicos. En hospitales saturados de consultas, el soborno es la única manera de evitar las largas colas burocráticas para ser atendido por un médico. Aún en casos de emergencia, profesionales de la salud pueden descuidar a los pacientes al menos que se les otorgue una recompensa. En la ciudad de Bangalore, al sur de India, una de cada dos mujeres que va al hospital maternal debe pagar extra si quiere que un médico este presente en el momento que del parto. Una encuesta independiente realizada por la ONG Centro de Asuntos Públicos revelo que los/las pacientes en esta ciudad pagan un promedio de USD 22 en sobornos para recibir una atención adecuada. Otra práctica común relacionada con las anteriores es la de demandar un pago de dinero extra para obtener una cama en un hospital cuando se debe realizar una internación. Si no se paga un soborno a las enfermeras o doctores, las/los pacientes corren el riesgo de dormir en el suelo del hospital sin colchón. Esto aumenta el riesgo de infección para las mujeres embarazadas.

Un estudio cualitativo realizado en Ghana³⁸, revela hasta que punto la corrupción en los hospitales públicos afectan los derechos de las mujeres. *“Las mujeres enfrentan la mayor carga de los sobornos. Las mujeres embarazadas, con problemas reproductivos pero sin dinero para pagar los sobornos, no son atendidas. Así, abandonan el hospital frustradas y no vuelven a buscar atención médica pre o post-natal. La mayoría de las mujeres en Ghana dan a luz en su casa por esta razón. Se puede observar un aumento en los riesgos de infecciones para la madre y el bebe cuando este no nace en el hospital.”* Según el mismo estudio, los sobornos en el sector de la salud ha provocado que el 80% de todos los partos se realicen en el hogar, con un tercio de los nacimientos afectados por la muerte prematura del bebe, y 30% de las mujeres fallecidas durante el parto debido a complicaciones en el embarazo.

Otra práctica de corrupción en el sector de la salud es el desvío de medicamentos e insumos hospitalarios a las clínicas y farmacias privadas de los profesionales de la salud, en donde los medicamentos e insumos son vendidos a precios más altos y crean escasez en las facilidades gubernamentales. Los prestadores de la atención médica tienen una amplia variedad de oportunidades de participar en prácticas de corrupción debido a la gran influencia que ejercen sobre las decisiones médicas para, por ejemplo, prescribir medicamentos, determinar la permanencia de un paciente en un hospital, solicitar exámenes, derivar pacientes a consultas o servicios externos adicionales. Una práctica

³⁸ Ver el estudio desarrollado por el ICHRP en: Alolo N., 2007

común, derivada de las anteriores, es la de solicitar sobornos para prescribir el medicamento adecuado bajo el seguro social obligatorio. Un médico puede prescribir un medicamento equivocado de menor valor económico para así asegurar el desvío de las “drogas correctas” hacia su práctica privada y, así, venderla al público a un precio mucho mayor. El impacto de esta práctica en las mujeres es mayor, ya que ellas son las que más frecuentan los hospitales públicos- ya sea por su propia necesidad o para atender la salud de los/las niños/as y adultos/as mayores en el hogar. *“Los sistemas de compras públicas en un hospital pueden ser manipulados por los empleados del sector de la salud. Los médicos pueden recetar medicinas falsas (...) el impacto de género es que los derechos de las mujeres sufren más, especialmente en clínicas ginecológicas y maternas. Las medicinas y suturas falsas provocan muertes prematuras durante el embarazo y el parto. Este tipo de corrupción vulnera el derecho de vivir de la mujer”*³⁹

Fuertemente relacionado con el derecho a la salud está el derecho al agua, en particular, el derecho a obtener agua potable. El derecho a acceder a agua potable es bloqueado por la corrupción de varias maneras. Una de los más comunes es la demanda de sobornos para ser conectados a los canales de agua corriente potable, a riesgo de depender exclusivamente de la recolección de agua contaminada de ríos y represas. En muchos países en desarrollo, las mujeres son las encargadas de recolectar el agua para la familia, y son las que más sufren si el funcionario local decide desconectar su casa de las fuentes de agua corriente. Un estudio realizado en Ghana describe esta situación: *“Aunque ambos sexos sufren las consecuencias de la corrupción en el sector del agua, las consecuencias de la corrupción se manifiestan de distinta manera para varones y mujeres. En Ghana, la recolección del agua es responsabilidad de las mujeres. Si las fuentes de agua son interrumpidas, las mujeres tienen que caminar hasta cinco kilómetros para buscar agua.”*

2. Educación

El derecho humano a la educación propone que la educación primaria debe ser gratuita para todos y que la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. El derecho a la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La corrupción en el sector educativo vulnera este derecho de varias maneras. El sector educativo abarca uno de los mayores ítems presupuestarios de un gobierno, y las oportunidades de corrupción son múltiples. Los casos más comunes pueden incluir desde sobornos para obtener un puesto de profesor/a a los sobornos para realizar una inscripción en la escuela o pasar un examen. Esto genera una situación de inequidad, ya que los/las estudiantes que no realizan un buen examen final para entrar al colegio secundario o la universidad pero tienen recursos logran pagar el soborno y asegurarse la

³⁹ Ver Alolo N., 2007

prioridad en la admisión. Como en general las vacantes son limitadas, los/las estudiantes con pocos recursos, independientemente de su buen record académico, son rechazados/as de las mejores instituciones educativas públicas a favor de los/las estudiantes que pagan sobornos. Esto causa, a su vez, mayor inequidad para las mujeres. En 1999, en Pakistan, se reporto que sólo 47% de las mujeres de la provincia de Sindh iban a la escuela a pesar de que la escuela en este país es gratuita, no es obligatorio llevar uniforme escolar y los libros de texto son entregados sin costo. Sin embargo, los padres reportaron que la principal razón para no enviar a las niñas a recibir educación se debía a los costos (no oficiales) de la escuela y los materiales escolares. Al tener que decidir como invertir los bajos recursos de la familia para pagar los sobornos, se priorizaba la educación de los hijos varones⁴⁰.

El impacto de los sobornos en el sector educativo también promueve la violencia física y sexual de las mujeres. Las mujeres de bajo recursos son sometidas sexualmente a cambio de lograr la admisión en las escuelas, o evitar ser reprobadas en los exámenes. Un estudio sobre violencia sexual en Botswana (2001) revelo que el 67% de las mujeres encuestadas reportaban haber sido acosadas sexualmente por sus profesores. 11% de las mujeres habían considerado dejar la escuela debido al acoso sexual que sufrían de sus profesores y 10% consentía tener relaciones sexuales por miedo a que si se negaba, esto repercutiría negativamente en sus notas académicas⁴¹

3. Sector Judicial

El sector judicial es una de las áreas más vulnerables a la corrupción, negando el acceso a la justicia y el derecho humano básico a un juicio imparcial y justo, o incluso a veces, simplemente a un juicio. Una de las prácticas de corrupción más comunes es la obligación de pagar sobornos, en términos monetarios y no monetarios, a los jueces, fiscales y otros operadores del sistema judicial para sentenciar a favor del que paga, invalidar pruebas o simplemente lograr un juicio de apelación. Otros oficiales de la corte, como empleados de los registros y expedientes judiciales, son sobornados para hacer desaparecer los expedientes. Con menor acceso a los recursos económicos necesarios para pagar estos sobornos, las mujeres sufren desproporcionadamente. Como en el sector educativo, la corrupción judicial también promueve la violencia física y sexual de las mujeres. En un estudio sobre la corrupción y el género en Ghana⁴² se describe como algunos jueces varones pueden abusar sexualmente de las mujeres a cambio de una sentencia favorable. *“Las mujeres sufren injusticias porque no tienen suficiente dinero para acceder a la justicia. La justicia en Ghana es cara porque se debe pagar un soborno. Las mujeres que no pueden pagar en efectivo, lo pueden pagar con favores sexuales.”*

Pero los sobornos no son la única manera por la cual la corrupción judicial vulnera los derechos de las mujeres. Un sistema de justicia corrupto viola los derechos humanos en general, pero es aún más grave cuando promueve y protege los delitos que se basan en el

⁴⁰ Ver CIET, 1999^a

⁴¹ Ver CMI, 2006

⁴² Ver Alolo N., 2007

ejercicio de la violencia física, emocional y sexual contra las mujeres. Un estudio sobre el sistema penal de justicia en Nepal realizado por la Comisión de Derechos Humanos en Asia (AHRC) mostró que el 21% de las víctimas del tráfico de mujeres y/o violación reportaron que los sospechosos habían sido excarcelados antes de completar las investigaciones y que, en la mayoría de los casos, el testimonio de la víctima había sido ignorado. En el 60% de los casos, no se les había informado a las víctimas cuando debían presentarse ante la Corte. Si las víctimas, a pesar de todo, aparecían a testificar, un 56% de los entrevistados afirmó que se les realizaban entrevistas ofensivas, interrogatorios intimidatorios por parte de la policía y el personal judicial y recibían un tratamiento injusto por parte de los jueces⁴³. Un tratamiento similar ocurre para los casos de violencia domestica y familiar⁴⁴

4. Sector Legislativo y Ejecutivo

La corrupción política en el sistema legislativo es especialmente perjudicial para las mujeres cuando genera que se sancionen y/o no se reformen las leyes y normas que discriminan y vulneran los derechos de las mujeres, por ejemplo, en el caso de leyes penales y civiles que contradicen el principio de igualdad, las leyes de acoso sexual, violación, violencia domestica, y trata y tráfico de mujeres. Otro caso claro es cuando las decisiones presupuestarias sistemáticamente discriminan en contra de las mujeres.

Dentro de la corrupción judicial, legislativa y ejecutiva el caso de mayor gravedad es, sin duda, el caso de la trata y tráfico de personas. El negocio de la trata y tráfico de personas está en incremento alrededor del mundo. Se estima que al menos dos millones de personas, de las cuáles un 85% son mujeres, son vendidas para el trabajo de explotación, la prostitución, matrimonios arreglados, venta ilegal de órganos, entre otros. Las Naciones Unidas estiman que este mercado genera un margen de ganancia anual de USD 7 billones- de magnitud similar al tráfico de drogas y armas. Los destinos más importantes son Europa, Japón y los Estados Unidos, pero también se realiza dentro de las fronteras de Asia, África, América Latina y el Caribe⁴⁵.

Todo el mercado criminal que promueve el tráfico y la trata de personas se sustenta en una red de corrupción que atraviesa todos los niveles del poder ejecutivo, legislativo y judicial tanto en los países de origen, tránsito y destino. Esto implica tanto prácticas de corrupción en los niveles locales (que permitan preparar los documentos de viaje, residencia y trabajo de las mujeres secuestradas como la habilitación de los locales de prostitución en los países de destino) como corrupción en las esferas más altas que prevengan la efectiva regulación y aplicación de la leyes contra la trata y el tráfico de personas. Los casos de tráfico de personas que involucran a funcionarios públicos, incluyendo funcionarios judiciales, policiales, diplomáticos, entre otros son incontables. En el año 2005 Amnistía Internacional denunció el caso de una mujer moldova y otras mujeres de Europa del Este, víctimas del tráfico de mujeres con fines sexuales, en el que están implicados políticos, jueces, policías y funcionarios civiles montenegrinos.

⁴³ Ver GTZ (2004).

⁴⁴ Ver PACO (2004).

⁴⁵ Ver GTZ (2004)

Políticos, jueces, policías y funcionarios de Montenegro fueron denunciados por torturar y violar a varias mujeres de Europa del Este que eran retenidas como esclavas sexuales. Otro ejemplo del alcance del involucramiento de funcionarios públicos en la trata de personas fue relatado por víctimas de la trata y tráfico de personas en Birmania. Varias mujeres denunciaron la complicidad directa tanto de funcionarios birmanos como tailandeses en la trata de mujeres. Algunas mujeres informaron que fueron transportadas a los complejos turísticos de Tailandia por policías uniformados, armados y con frecuencia en vehículos de la policía. Una vez en Tailandia, los policías protegían y eran clientes de los burdeles que las explotaban⁴⁶.

6. Posibles tensiones y choques entre políticas anticorrupción y los derechos humanos

La tensión entre los derechos humanos y las políticas anticorrupción presupone que un control penal eficaz de la corrupción implicaría cierto grado de afectación a estándares de derechos humanos, pero que quedarían relativizados desde el punto de vista de las políticas anticorrupción. De hecho, hay suficiente evidencia que apoya esta presunción: los estándares consensuados por la comunidad internacional que autorizan la inversión de la carga de la prueba en contra de los acusados, el uso de presunciones como prueba de cargo en cuestiones criminales, el uso de modelos de inmunidad y privilegios penales a favor de los acusados que ofrezcan información, etc.

Esta cuestión plantea problemas en dos niveles de análisis diferentes pero no excluyentes. En primer lugar, enfrentamos la pregunta sobre qué medidas adoptar para fortalecer al mismo tiempo los estándares de derechos humanos y los estándares anticorrupción, con el objetivo de lograr que la investigación de corrupción sea efectiva respetando los derechos humanos de las partes involucradas: acusados, testigos, víctimas y expertos forenses que intervienen en los casos. Este primer nivel de análisis presenta dificultades de distinta naturaleza, especialmente porque en países con baja calidad institucional y altos niveles de corrupción política y económica, los grupos más poderosos tienen la capacidad suficiente para influir en todo el proceso de investigación distorsionando la operación del sistema de justicia en su favor y en contra de las víctimas individuales y colectivas. Esta situación, que da lugar a un funcionamiento distorsionado de los estándares de protección de derechos humanos, sobreprotegiendo los derechos de acusados de corrupción y desprotegiendo a testigos y víctimas, promueve las prácticas corruptas y desalienta la participación activa de la sociedad civil.

En un segundo nivel de análisis, las tensiones que existen entre los tres factores implícitos en la pregunta sobre cómo combatir la corrupción respetando los derechos humanos (1. medidas anticorrupción; 2. estándares de protección de derechos humanos y, 3. eficacia investigativa) implican replanteos esenciales sobre el fundamento político-criminal del modelo de investigación y persecución penal de la corrupción implementados en los diferentes países preocupados por este problema. Estos replanteos se justifican por dos razones puntuales:

⁴⁶ Ver AATW (2003).

a. El rechazo a la utilización de modelos de investigación que minimizan el respeto de los estándares esenciales sobre derechos humanos a cambio de políticas y herramientas de investigación y persecución penal e debilitan el sistema de garantías procesales a favor de la eficacia de la investigación. Esta aceptación de modelos de investigación que relativizan el respeto de los derechos humanos y garantías fundamentales del proceso penal se puede identificar en parte de los instrumentos internacionales, en las legislaciones locales y, en la justificación de algunos jueces, policías y políticos cuando sostienen que frente a delitos que se concretan en secreto y con la complicidad del gobierno, es necesario relativizar el alcance de algunos estándares de derechos humanos.

b. A diferencia del punto anterior, la tensión entre estos tres factores puede regularse de manera diferente implementando un enfoque de modelos de investigación de la corrupción que fortalecen la variable eficacia investigativa sin arriesgar la variable derechos humanos. En la última parte de esta sección abordamos este tema.

Diseños legales vs. garantías procesales.

Una primera dimensión de la tensión en juego, se centra en el diseño legal de herramientas destinadas a perseguir los delitos de corrupción. Sobre este tema, de manera preocupante, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) establece que “...cada Estado parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción...”⁴⁷. Este ámbito de discrecionalidad es preocupante si se lo analiza en el contexto de otras medidas anticorrupción que están previstas en la convención y que ponen en tensión el respeto de estándares básicos de derechos humanos.

En este sentido, la figura delictiva de enriquecimiento ilícito prevista en la CNUCC es un caso paradigmático de normas con impacto directo sobre estándares de derechos humanos. La regulación de este delito en las leyes locales evidencia un claro choque con el principio de inocencia y la prohibición de invertir la carga de la prueba.

Estos dos principios representan reglas esenciales para el principio del debido proceso y en ningún caso pueden ser restringidas por parte del Estado. El principio de inocencia es la garantía de mayor importancia dentro del proceso, porque protege al imputado frente a la posibilidad de ser considerado culpable antes de que exista una sentencia de condena en su contra. Esta garantía es irrenunciable porque tiene como meta evitar que el Estado castigue a las personas sin pruebas del hecho o con pruebas insuficientes o inválidas. El principio de inocencia está directamente relacionado con la inversión de la carga de la prueba. No es el acusado sino el Estado quién tiene el deber de probar que se ha cometido un delito y que el acusado es responsable del mismo. Si la obligación de demostrar la inocencia fuera del acusado entonces el principio de inocencia perdería sentido constitucional. Del mismo modo, el imputado siempre cuenta con el derecho a no

⁴⁷ CNUCC: Art. 65.2

declarar contra sí mismo porque está protegido constitucionalmente mediante la prohibición de auto incriminación. Este encadenamiento de principios fundamentales es muy importante para el debido proceso legal. Sin estos principios no hay juicio criminal válido, no hay posibilidad normativa de aplicar una condena, no hay condena basada en ley previa, ni hay legalidad en el proceso penal

El delito de enriquecimiento ilícito, tanto en las convenciones como en las leyes locales anticorrupción, se justifica por la necesidad de facilitar la sanción de funcionarios públicos involucrados en casos de corrupción cuando la prueba de los medios de adquisición de la riqueza injustificada (cohecho, soborno, peculado, malversación) es de difícil o imposible de producir. Ante esta situación que hace evidente una debilidad por parte del Estado, el enriquecimiento ilícito funciona como una figura penal subsidiaria que prioriza la eficacia de la investigación por sobre la protección de los derechos del imputado dentro del proceso penal. El costo de esta estrategia de persecución es el debilitamiento de todo el sistema de garantías procesales y por lo tanto, el debilitamiento del Estado de Derecho

El diseño normativo de éste delito adopta en general redacciones que obligan al acusado a justificar el origen de la riqueza patrimonial. En este sentido, el problema no reside tanto en el hecho de que el funcionario tenga que justificar, sino en que su justificación incompleta, poco creíble o manifiestamente falsa, desemboque en una condena penal que implica privarlo de su libertad. Lo primero debe hacerlo como consecuencia de su cargo pero su omisión no puede generar consecuencias punitivas sobre él, porque sencillamente no es aceptable constitucionalmente invertir la carga de la prueba, ni afectar el principio de inocencia.

Frente a este problema se han ofrecido diferentes soluciones. La primera rechaza la validez legal de la figura argumentando su inconstitucional por afectar los principios fundamentales que acabamos de mencionar. Esta primera respuesta es técnicamente válida pero neutraliza el uso de la figura penal.

Para evitar esto, algunos autores sostienen que el delito es una figura compleja compuesta por una acción (*enriquecerse*) y una omisión (*no justificar el enriquecimiento*). Esta respuesta sostiene así que el delito no afecta principios ni garantías procesales básicas debido a que el funcionario público tenía un deber expreso de justificar el incremento patrimonial porque el ejercicio de la función pública le ordena a rendir cuenta de sus actos. Bajo este argumento se puede sostener que el funcionario público al asumir el cargo “*renuncia*” tácitamente a ciertos derechos constitucionales tales como el principio de inocencia y la prohibición de auto incriminación: la función pública lo somete a un nivel de rendición de cuentas mayor frente a la sociedad. En el caso de ser requerido por la justicia para que explique el origen de un incremento patrimonial no justificado, no podrá alegar violación a principios de derechos humanos porque sería actuar contra sus propios actos. Si asumió el cargo lo hizo con todos los alcances y consecuencias que se derivan de esa decisión.

Para evitar invertir la carga de la prueba y afectar el principio de inocencia es necesario reformar la estructura del tipo penal eliminando las cláusulas que exijan al funcionario público justificar el origen de bienes y activos. Y reconstruir la figura como un tipo penal que sanciona la conducta de enriquecerse indebidamente y no la de no brindar justificaciones satisfactorias a la justicia.

Dentro de esta misma lógica, también se analizó el problema relacionado con la inversión de la carga de la prueba. El estándar de derechos humanos prohíbe su inversión en juicios penales, no así en juicios civiles y administrativos. De esta manera, autorizar legalmente la inversión de la prueba para obtener una condena implica diseñar un modelo contrario a los derechos humanos.

Por otro lado, la discusión sobre la inversión de la carga de la prueba encierra sutilezas conceptuales que analizadas teniendo en cuenta de la redacción del delito de enriquecimiento ilícito refuerzan la idea de que la mejor respuesta institucional consiste en eliminar del tipo penal la carga de justificar el origen del incremento. La carga de la prueba involucra dos tipos de tareas: *producir* y *persuadir*. La primera consiste en producir y presentar la prueba necesaria para el planteo de una cuestión fáctica dentro del juicio, mientras que la segunda involucra las acciones, estrategias y recursos destinados a convencer al juez sobre el modo en que los hechos tuvieron lugar. En materia penal la parte que acusa es responsable de producir la prueba y persuadir al juez. En algunos casos podría ser lógico que el acusado deba cargar con la producción de la prueba, especialmente cuando alegue en su favor alguna situación que lo libera de responsabilidad (legítima defensa, inimputabilidad, desconocimiento, buena fe, etc.) Sin embargo, en ningún caso sería aceptable que el imputado esté obligado de convencer al juez de su inocencia, en el caso, que no se enriqueció indebidamente.

En este contexto, la solución más adecuada frente al diseño de esta figura consiste en eliminar la exigencia de justificación como un deber del funcionario público, no solo porque no tiene obligación legal de hacerlo, sino porque los estándares de derechos humanos lo prohíben.

Reformas organizacionales y persecución de casos emblemáticos

La independencia del Poder Judicial es un aspecto esencial de la democracia y cumple una función clave en el control de la corrupción. Este principio también es extensivo al Ministerio Público: si éste no cuenta con la independencia e integridad suficiente, las investigaciones quedan condicionadas a la discrecionalidad del gobierno. Fortalecer de la independencia judicial exige tomar medidas sobre las condiciones estructurales que sostienen la corrupción dentro del sistema judicial.

Aquí hay dos planos de intervención que deben ser analizados. Empecemos por la confianza perdida. Recuperar la confianza de la sociedad en los jueces y fiscales requiere de cambios visibles en su desempeño en casos concretos. La altísima ineficiencia frente a los casos de corrupción y criminalidad económica, demuestra que los jueces están lejos de lograrlo. Se debe implementar una estrategia rigurosa y sustentable trabajando en la

resolución definitiva de casos de corrupción paradigmáticos porque esto produce mayores niveles de credibilidad a través de una señal de baja tolerancia frente a corrupción. Esta estrategia es popular y globalmente conocida como “atrapar un pez gordo”

En segundo lugar, intervenir sobre las condiciones que promueven y facilitan la corrupción implica trabajar en el plano de la reforma estructural del sistema de justicia. No es suficiente con mejorar los mecanismos de selección de jueces, sistemas de evaluación de desempeño, sistemas de disciplina, tiempos de permanencia en el cargo, etc., si se deja intacta la organización verticalista, el ritualismo escrito y secreto, la ineficacia estructural en la gestión de casos, la ausencia de modelos de investigación que utilicen estrategias complejas y dinámicas para resolver casos de corrupción y criminalidad económica, y la asignación de un mayor protagonismo a las víctimas reales en cada caso.

Estas medidas son esenciales para fortalecer la independencia judicial, especialmente cuando se investiga casos de corrupción. Como se sostuvo al principio de este reporte, la corrupción es una actividad de grupos con poder con capacidad económica y política para generar presiones para condicionar el trabajo de jueces y fiscales y aplicar estrategias de impunidad a favor de los acusados.

Transparencia judicial y acceso a la información

Los sistemas judiciales deben ser lo suficientemente transparentes para permitir que la sociedad pueda monitorear sus actividades y promover acciones de rendición de cuentas sobre el cumplimiento de la gestión. La regla de la transparencia debe aplicarse sobre todas las dimensiones que forman la estructura del sistema judicial: nombramientos, ascensos, disciplina, investigación, resoluciones, sentencias, desempeño, presupuesto, remoción, etc.

En dos casos concretos la transparencia judicial y el conocimiento de información sobre las causas que justifican las decisiones de los jueces y fiscales son importantes para la relación entre las políticas de investigación de anticorrupción y los derechos humanos

Por un lado, frente al supuesto de detenciones arbitrarias de personas en el contexto de investigaciones de corrupción. Se han podido detectar casos en que este tipo de medida es realizada con el objetivo de amenazar a denunciantes o extorsionar a personas involucradas en los casos que cuentan con información que no han revelado a la justicia

Por el otro, en muchas investigaciones por corrupción, algunos acusados contando con la complicidad de jueces y fiscales, han iniciado denuncias falsas contra los denunciantes y testigos principales de los hechos de corrupción investigados, buscando generar miedo en a las víctimas.

Frente a estas situaciones, contar con mayores niveles de transparencia y acceso a la información es una condición básica para poder evaluar la razonabilidad de

determinadas medidas restrictivas de los derechos humanos de las víctimas y acusados en los casos.

Mayores niveles de transparencia combinados con acceso a la información y difusión pública de este tipo de medidas restrictivas y contrarias al debido proceso pueden contribuir a reducir el abuso de poder por parte de los operadores del sistema de justicia.

Protección de testigos y de las víctimas.

La persecución eficaz de los delitos de corrupción no sólo requiere de normas penales que definan conductas delictivas y de investigaciones independientes sobre las personas vinculadas en este tipo de delito. Esto no es suficiente porque la corrupción opera a través de mecanismos secretos que sólo conocen los involucrados directos. Por esta razón la participación activa de testigos que aporten información sobre aspectos esenciales como el destino del dinero pagado en sobornos, la estructura del cohecho en el caso, la forma de documentar contablemente las operaciones simuladas que encierran la entrega de dinero, y otros aspectos de importancia para la reconstrucción del hecho ilegal, resulta fundamental para mejorar los niveles de eficacia persecutoria. Al mismo tiempo esta clase de delitos tiende a combinarse con prácticas extorsivas e incluso violentas para garantizar que la verdad de los hechos permanezca en el secreto y sea imposible su descubrimiento. Quebrar el secreto y silencio que hay detrás de corrupción, es la estrategia más efectiva para controlar la corrupción y aplicar sanciones a los verdaderos responsables.

Sí, un testigo clave puede aportar información esencial para el avance de las investigaciones pero, al mismo tiempo, puede tener buenas razones para guardar silencio si siente que pone en peligro su vida, su integridad física o la de sus familiares. El Estado debe implementar políticas sólidas para crear las condiciones de protección y seguridad para los testigos y denunciantes y su entorno social más directo.

Los instrumentos internacionales le exigen a los Estados a tomar medidas para crear programas oficiales de protección a testigos en casos de corrupción⁴⁸. El diseño de un programa de protección de testigos de hechos de corrupción debería responder a una serie de variables fundamentales:

- Determinación del tipo de agresiones o amenazas pertinentes (represalias, tipos de discriminación, amenazas físicas, amenazas psíquicas, venganzas, represalias, hostigamientos, etc.)⁴⁹
- Creación de mecanismos para evaluar la veracidad de la información reportada por el testigo o denunciante: la CNUCC expresamente se refiere a este punto bajo las cláusulas “...*in good faith and on reasonable grounds...*” Art. 33.1)
- Creación de sistemas sancionatorios para casos de mala fe.

⁴⁸ Véase CNUCC, artículos 32 y 33

⁴⁹ http://www.afdb.org/portal/page?_pageid=473,18222281&_dad=portal&_schema=PORTAL

- Mecanismos de evaluación de riesgos o amenazas alegados por los testigos o denunciantes: de esto dependerá el tipo e intensidad de la medida de protección por parte del Estado.
- Sistemas de clasificación de medidas según criterios de corto, mediano y largo plazo.
- Identificación y diseño de principales sistemas de protección según el tipo e intensidad de amenaza: asignación de custodias policiales, medidas de protección de integridad física, resguardo de identidad, reubicación laboral, reubicación por ciudad, región o país.
- Diseño de programas de inmunidad para miembros de organizaciones delictivas
- Mecanismos procesales para facilitar declaraciones y los testimonios a distancia
- Sistemas y políticas de acuerdo promover la cooperación con otros Estados a los fines de la reubicación recíproca de testigos
- Mecanismos de compensación ante casos de victimización de testigos, familiares y personas cercanas.
- Medidas de contención y asistencia psicológica.

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (NUDC) ha elaborado una serie de documentos presentados como una caja de herramientas en donde se sistematizan los aspectos principales de los programas de protección de testigos. El documento, titulado “*The global programme against corruption – UN Anticorruption toolkit*” (numeral 33) sintetiza estos aspectos de manera precisa. En el mismo documento se mencionan algunos modelos legales que pueden ser útiles para el diseño de un programa de protección adecuado (*Australia: Whistleblower Protections Bill, 1992 (New South Wales) – Whistleblower Protections Act, 1994 (Queensland); UK: Public Interest Disclosure Act 1998, UEA: Whistleblower Reinforcement Act of 1998*)

Al margen de los programas estatales destinados a brindar protección a víctimas, testigos y denunciantes de casos de corrupción, organizaciones de la sociedad civil han desarrollado iniciativas para la regulación de estos mecanismos. En la República de Paraguay una ONG creó un programa de Protección al Denunciante de Hechos de Corrupción⁵⁰. El programa tuvo por objetivo generar iniciativas y medidas de protección al denunciante mediante el uso de nuevas tecnologías.

Con este objetivo se creó una base de datos interactiva en donde se reciben denuncias de hechos de corrupción en la Administración Pública Nacional. La principal fortaleza consiste en que el denunciado no es individualizado por su identidad sino por un número generado automáticamente por el sistema. El sistema de protección funciona mediante tres mecanismos secuenciados: 1. mecanismo de ingreso de denuncia de hechos mediante correos electrónicos; 2. buzón de denuncias; 3. Software de gestión de denuncias con sistema de encriptación de datos de denunciante

⁵⁰ Véase <http://www.inecip.org.py>

Estas bases de datos se implementaron mediante proyectos piloto en tres instituciones públicas relacionadas con el sistema judicial: a. Dirección General de Contrataciones Públicas del Ministerio de Hacienda; b. Dirección General de Registros Públicos dependiente de la Corte Suprema de Justicia; c. Inspectoría General del Ministerio Público.

Esta iniciativa de la sociedad civil permite promover acciones orientadas a la creación o mejoramiento de los sistemas de protección, independientemente de las políticas estatales que se estén (o no) desarrollando sobre el tema. El proyecto destaca que el uso de nuevas tecnologías, especialmente las que funcionan mediante sistemas de plataformas on line y bases de datos instaladas facilitan romper con el paradigma del modelo de aislamiento del denunciante de hechos de corrupción.

Recuperación de activos vs. derechos humanos.

Los instrumentos anticorrupción más modernos incluyen entre sus herramientas diferentes mecanismos de recuperación de activos –*asset recovery*– destinado a atacar la generación de ganancias ilícitas producidas mediante delitos de corrupción. En este sentido, la CNUCC reconoce que la recuperación de activos es una de las finalidades principales de la convención (Artículo 1) y, por ello, dedica un capítulo específico en donde se regulan los principales sistemas, procedimientos y etapas que involucra cualquier proceso de recuperación de activos (Capítulo V)

Esta clase de herramientas ofrecen la posibilidad de obtener resultados concretos a partir del decomiso de los activos sustraídos fraudulentamente mediante casos de corrupción, ofreciendo la posibilidad de reparar, parcial o totalmente, el perjuicio producido a la sociedad y el Estado por estos delitos.

A pesar de la eficacia que estas medidas tienen sobre el control real del fenómeno corrupto, cierto es que en muchos casos el dictado de órdenes restrictivas sobre el patrimonio (sean de congelamiento, incautación o decomiso) puede generar conflictos con estándares de derechos humanos. Aquí hay dos niveles posibles de conflicto: a. Recuperación de activos vs. Derechos de Propiedad; b. Recuperación de activos vs. Principio de inocencia.

Recuperación de activos vs. Derechos de propiedad de terceros

Un proceso estándar de recuperación de activos está compuesto por cuatro etapas secuenciadas. Una primera etapa de **localización de activos**: en esta etapa se toman medidas de investigación para identificar y rastrear activos estudiando movimientos financieros, operaciones, reportes y cuentas consideras sospechosas en diferentes jurisdicciones territoriales. Una segunda etapa, de **congelamiento e incautación**: aquí se toman medidas restrictivas sobre activos como el congelamiento temporario (*bloqueo de cuentas bancarias por parte de una autoridad de investigación administrativa – FIU'S-*),

o medidas más graves como la incautación que se instrumenta a través de embargos de propiedad. Esta medida es más restrictiva que la primera, requiere un estándar probatorio mayor y sólo puede ser tomada por una autoridad judicial. La tercera etapa consiste en el **decomiso definitivo**: una vez rastreados los activos y asegurado que los mismos no serán “fugados” hacia jurisdicciones de difícil acceso, su recuperación se realiza mediante una orden judicial de decomiso de bienes. La cuarta y última etapa consiste en definir el destino de los activos decomisados en beneficio de la sociedad y el Estado.

En cualquiera de estas tres etapas hay conflictos potenciales con estándares de derechos humanos⁵¹. Pero, la mayor afectación sobre derechos de propiedad se concentra en la etapa tres porque es donde se produce la pérdida definitiva de los activos que pasan a manos del Estado.

La legislación comparada y los instrumentos internacionales regulan dos modelos distintos de decomiso⁵² según recaiga sobre objetos o sobre valores⁵³. En general se sostiene que el decomiso aplicado sobre objetos equivale a una sanción criminal poderosa que consiste en ordenar una transferencia de propiedad a favor del Estado quién pasa a transformarse en el propietario de ese objeto desde el momento mismo de la comisión del delito. Cuando este modelo de confiscación se aplica a los instrumentos del delito (*se refiera a los medios materiales utilizados para la comisión del delito: el arma, el pasaporte falso, el automóvil utilizado para transportar estupefacientes, etc.*) no genera demasiados problemas porque el fundamento es la imposición de la misma sanción penal por la comisión del delito.

El mayor problema se presenta cuando los efectos de este modelo se extienden sobre el producto del delito (*o sea: los bienes generados mediante la comisión del delito: el dinero obtenido mediante la solicitud de un soborno, los intereses generados por su deposito a plazo en una entidad financiera, etc.*). Debido a que la decisión de decomiso recae sobre un objeto identificado, sí este fue transferido a otras personas de parte de la persona involucrada en el delito que le dio origen, la medida podrían afectar los derechos de esa tercera persona. Esta situación se puede dar sí el Estado realiza una aplicación exagerada de la herramienta de recuperación.

⁵¹ En la primera de ella se podría poner en riesgo el derecho a la privacidad de las personas investigadas. Sin embargo, los instrumentos internacionales han privilegiado la transparencia financiera como un valor esencial para investigar delitos tales como el lavado de activos y los fraudes económicos. Estas decisiones instrumentadas mediante políticas de prohibición del secreto bancario, fiscal, comercial, etc., procuran quebrar el anonimato que garantizan la impunidad de los delitos económicos y la corrupción. Sin estas herramientas los casos exitosos de recuperación no habrían podido resolverse a favor de la sociedad. Estamos aquí frente a un *derecho calificado*, susceptible de sufrir restricciones razonables en pos del fortalecimiento de una sociedad democrática. Este nivel no presenta mayores problemas excepto por el uso de técnicas especiales de investigación tales como agentes encubiertos o escuchas telefónicas cuya autorización siempre debe ser ordenada por el juez competente que tome la decisión, con base en una norma previa que autorice tal nivel de restricción y, siempre que establezca reglas claras para la intervención.

⁵² En sistemas de *common law* se habla de confiscación, pero equivale al decomiso regulado en sistemas continentales.

⁵³ Véase Guy Stessens, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, 2000, pp. 29 y ss.

Frente a este problema - *producido por el carácter transferible de la propiedad* – se deben fortalecer los derechos de la tercera persona de buena fe (CNUCC: 55.9 – CNU Viena: 5). La confiscación puede producir la pérdida definitiva de propiedad siempre que la transferencia a terceros **no haya sido de buena fe**: sí el tercero conocía el origen ilícito del bien o tenía razones suficientes para conocerlo no podrá argumentar que tuvo buena fe. La protección de los derechos de propiedad no es absoluta y no se extiende a quien no sea considerado como dueño inocente.

La solución más adecuada sería establecer reglas claras sobre el alcance del término “terceros de buena fe”, sumado a la creación de instancias de participación procesal que garantice a los terceros el acceso efectivo a los tribunales, el derecho a ser oídos y a apelar el fallo ante un tribunal superior. Estas son medidas necesarias para proteger sus derechos.

El decomiso basada en valores es el otro modelo: no implica transferencia alguna de propiedad sino una orden judicial de pagar una cantidad de dinero determinada. Mediante ésta orden se afectan bienes y activos con independencia del origen o forma de adquisición. La admisión de este tipo de medidas, aún contra bienes de procedencia lícita, es válida siempre que no supere el valor equivalente al producto del delito. En aquellos casos en que se supere el valor equivalente al producido, el decomiso podría derivar en una especie de multa criminal. Si bien ambas son similares en cuanto establecen la obligación de pagar una suma de dinero a favor del Estado, tienen marcadas diferencias, especialmente respecto de la determinación del monto imponible. Sí la orden de decomiso corresponde al valor equivalente del producido del delito, la multa criminal puede incluir cargos adicionales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del acusado. Por esta razón, sí la orden confiscatoria de valor supera irrazonablemente el valor equivalente al producido del delito podrían verse afectados derechos de propiedad.

El principal inconveniente en este modelo se genera cuando la orden se dirige contra personas insolventes o que no tienen suficientes bienes. Frente a estos casos, la orden podría redireccionarse hacia terceras personas pero no en cualquier caso. Hacerlo descontroladamente implicaría también afectar derechos de propiedad. El único camino posible para hacerlo es demostrar que entre la persona insolvente y el tercero existió algún tipo de complicidad y por lo tanto la transferencia de la propiedad es de mala fe. Probada la mala fe del tercero, se dicta una medida revocatoria que declare inválida la transferencia de propiedad. Aquí también se plantean problemas similares que deben ser resueltos mediante mecanismos procesales que garanticen al tercero el acceso a la corte para demostrar que no existió complicidad de su parte.

Las convenciones internacionales antes mencionadas prevén ambos modelos de decomiso pero tienen a privilegiar el modelo basado en el valor. Este último, ofrece una mejor plataforma para articular acciones de recuperación de activos porque es menos riesgosa para los derechos de propiedad.

Recuperación de activos vs. principio de inocencia

Los conflictos posibles entre el uso de mecanismos de recuperación de activos y el principio de inocencia pueden tener lugar frente a dos situaciones. La primera de ellas, sí la orden de decomisar se produce con anterioridad al dictado de una condena definitiva. La segunda, sí se invierte la carga de la prueba.

Si bien los problemas están relacionados, son diferentes. El dictado de órdenes de decomiso antes de la condena podría afectar el principio de inocencia sí la sentencia definitiva es absolutoria. Aquí se podría sostener que la recuperación de activos afectó el principio de inocencia por el hecho de que jurídicamente no se probó la participación de la persona acusada en el delito (*siempre que el decomiso se dirija contra bienes de esa persona*).

Por otro lado, sí la decisión de decomisar bienes identificados se fundamenta en una inversión de la carga de la prueba, el titular de los mismos estaría obligado a tener que dar explicaciones sobre el origen lícito de los bienes. En este supuesto, sí el titular del bien es la misma persona que está siendo investigada por delitos de corrupción se produciría una situación similar a la planteada para el caso de enriquecimiento ilícito.

Tanto en el primer como el segundo supuesto, los posibles choques con el principio de inocencia se explican por la articulación de acciones de recuperación de activos bajo formas penales. En líneas generales, en el derecho comparado existen dos grandes métodos para recuperar activos: penales y civiles⁵⁴. Cuando los procedimientos de recuperación (*basados en valor o en objeto*) se inician como acción penal de decomiso (*criminal forfeiture*) se presentan problemas en afectación al principio de inocencia.

Evitar choques en estos casos es imposible porque el sistema de garantías procesales siempre priorizará la presunción de inocencia y la prohibición de inversión de la carga de la prueba, estos son dos principios incuestionables del derecho penal liberal. Aunque los diseños legales tienden a forzar el sistema de garantías, como sucede con la figura de enriquecimiento ilícito. Pero esta no es una solución aceptable ni desde un punto de vista político criminal ni desde un punto de vista constitucional. **Nunca se pueden cargar los costos de la ineficacia del Estado por perseguir la corrupción sobre el sistema de garantías.**

Una respuesta posible para evitar choques con el sistema de garantías es que la orden de decomiso de bienes se dicte como consecuencia de una condena penal. Pero en este caso, no estaremos frente a un procedimiento de recuperación sino a un decomiso de bienes aplicado como consecuencia accesoria a la sanción de una condena.

La tradición del derecho penal liberal reguló la figura del decomiso de bienes como una pena accesoria y, por tanto, aplicable sólo sí existe una condena por el hecho principal. Lo cierto es que la complejidad, la flexibilidad y el fin lucrativo de los delitos de poder

⁵⁴ Idem ant; Dee R. Edgeworth, *Asset Forfeiture. Practice and Procedure in State and Federal Courts*, ABA Publishing, 2004, USA

(criminalidad económica, narcotráfico, crimen organizado, corrupción) han demostrado que la mejor política de control de esta dimensión del crimen, no es mediante la imposición de condenas sino a través de la persecución de los circuitos financieros que sostienen la reproducción de la criminalidad. Por esta razón, el decomiso de bienes ha venido, lentamente, a ocupar un papel central en la persecución del delito y va perdiendo sentido el lugar que tradicionalmente ocupó en el código penal.

El problema se produce porque se confunde recuperación de activos con decomiso de bienes. Si bien los procedimientos de recuperación incluyen una instancia de decomiso, tanto el fundamento político criminal, como la articulación procesal del mismo, son diferentes que el simple decomiso. Por ello, si el decomiso se instrumenta dentro del proceso penal y no respeta las reglas del sistema de garantías que lo organizan, se afectan derechos constitucionales. Como la opción más adecuada en términos de eficacia no es mantener el decomiso en el proceso penal ni dictarlo violando garantías constitucionales, el camino recomendado es instrumentarlo bajo métodos civiles de recuperación.

La instrumentación de procesos civiles de recuperación (*civil forfeiture*) puede entablarse mediante acciones civiles dirigidas contra personas o contra los bienes⁵⁵. En cualquiera de los dos casos la ventaja principal es que no operan las reglas procesales del derecho penal. Este factor implica que la carga de la prueba puede ser dinámica o estar compartida entre las partes y, que la orden de decomiso puede dictarse en cualquier momento siempre que se haya demostrado una conexión razonable entre el bien y su origen ilícito. Por esta razón, la exigencia de contar con una condena penal por el hecho principal desaparece como condición para la legalidad de la medida. La acción de recuperación de activos no busca establecer la responsabilidad penal sino realizar un juicio sobre el origen del bien: si es lícito, entonces la acción no avanza, sí es ilícito se produce el decomiso y la pérdida definitiva del bien a favor del Estado.

La mejor solución para implementar modelos eficientes y, a la vez respetuosos de los estándares de derechos humanos, consiste en instrumentar civilmente la recuperación de activos. Que esto tenga lugar dentro o fuera del proceso penal no es lo importante, siempre que se respeten reglas claras de procedimiento en cada caso. Si se investiga el **origen de los bienes** estamos frente a un juicio de responsabilidad sobre los bienes; por el contrario, si se investiga la **comisión de delitos** estamos frente a un juicio de responsabilidad personal por el delito cometido.

Hacia una redefinición del problema

Las tensiones generadas por el impacto potencial de las políticas anticorrupción sobre los estándares de derechos humanos deben ser enfocadas desde un marco conceptual distinto. La principal razón consiste en reconocer que nunca, bajo ninguna circunstancia, es una buena solución debilitar el sistema de garantías constitucionales a cambio del fortalecimiento de la eficacia persecutoria. Tomar este tipo de decisiones implica cargar los costos sobre los derechos fundamentales de las personas. Además, a pesar de lo que

⁵⁵ Véase Dee R. Edgeworth idem ant., pp. 7

pueden creer los funcionarios anticorrupción, priorizar la eficacia persecutoria a cambio de debilitar el sistema de garantías tampoco asegura resultados exitosos sobre el control de la corrupción.

El mismo diseño de las principales leyes anticorrupción es la fuente de tensión entre las políticas anticorrupción y los estándares de derechos humanos. Sin embargo, esta tensión podría superarse si se adoptan modelos persecutorios orientados a fortalecer la eficacia sin afectar estándares de derechos humanos. En este sentido los modelos de persecución de la corrupción deberían adoptar tres medidas estructurales básicas. A continuación se presentan las principales ideas:

Redefinir estratégicamente los métodos de persecución

Los delitos de corrupción se investigan considerando el caso de corrupción como un hecho aislado del contexto en que éste se produce. Este tipo de enfoques dificulta la posibilidad de operar más sistemáticamente sobre el fenómeno criminal porque privilegia los hechos del caso y minimiza la estructura, es decir, el conjunto de patrones comunes que le dan forma al fenómeno de la corrupción en un determinado sector de mercado y del Estado. Si bien los delitos de corrupción se manifiestan en casos puntuales, siempre involucran a una diversidad de actores, circuitos, lógicas y prácticas que hacen del fenómeno algo más complejo que un simple caso. Concentrar la atención sobre el hecho desatendiendo la estructura, podría en el mejor de los casos producir efectos sobre las personas que tomaron parte en el hecho, pero en nada altera la estructura que lo sostiene y reproduce. En términos más directos, no es efectivo perseguir un caso de corrupción concentrando la investigación en determinar si un funcionario cobro/ofreció sobornos, si se deja fuera del foco la red de empresas ficticias utilizadas para ocultar transferencias de dinero, la forma de participación de una determinada área del Estado, las dinámicas propias del sector de mercado en que el hecho tuvo lugar, etc. El pago de sobornos, el cohecho, el enriquecimiento ilícito más que hechos ilícitos configuran procesos de interacción delictivos asociados a otros fenómenos criminales como la evasión impositiva, el fraude empresarial, los delitos financieros, los fraudes contra el Estado, el lavado de dinero, la trata de personas, y otras formas asociativas vinculadas al crimen organizado.

Redefinir estratégicamente los métodos de persecución implica que el Estado toma la decisión de perseguir la corrupción tratando de dismantelar los componentes que definen la estructura de la corrupción. Perder de vista el conjunto de patrones y procesos informales que regulan la corrupción hace que los fiscales y jueces queden atrapados en la tensión entre políticas anticorrupción vs. derechos humanos: cargar los costos de esta tensión sobre los derechos humanos no ayuda a fortalecer la eficacia porque la persecución penal sigue sin un rumbo estratégico claro. Es necesario redefinir este rumbo fijando objetivos de políticas anticorrupción que reorienten la persecución penal de los casos en función del control de la corrupción estructural - *donde la sanción de los autores sea un medio para y no un fin en sí mismo* –podría ayudar a superar esta tensión.

Fortalecer los sistemas de producción de información

Dado que los delitos de corrupción son producto de una estructura de poder, es necesario desarrollar nuevas técnicas para generar y gestionar la mayor cantidad de información posible sobre los procesos, acciones, instituciones y actores que sustentan la corrupción. Para esto se necesita diseñar herramientas sofisticadas para almacenamiento, procesamiento y análisis de información sobre cuestiones financieras, fiscales, comerciales, patrimoniales y criminales de las personas físicas y jurídicas que, directa e indirectamente, participan de las prácticas de corrupción. Fortalecer los sistemas de producción de información mediante el empleo de bases de datos consolidadas, es una condición necesaria para superar el modelo de persecución penal de casos de corrupción y reorientar la estrategia hacia un modelo que se enfoque en la operación de corrupción como un fenómeno social estructural.

Este segundo nivel de trabajo también puede ayudar a superar la tensión entre derechos humanos y política anticorrupción porque la producción de información captada mediante distintos métodos y técnicas permite avanzar más allá de los mecanismos procesales de producción de pruebas (testimonios, pericias, registros documentales). Si bien la determinación de la existencia del delito y la responsabilidad penal por el mismo, solo puede definirse dentro del proceso penal, la investigación de la corrupción no puede quedar rígidamente limitada dentro de estos márgenes. La producción de información puede usar diversas fuentes tomadas directamente de la realidad social. Una vez producidas se discutirá su modo de ingreso al proceso y la validez legal de las mismas.

Implementar nuevos mecanismos para la persecución de casos.

Cuando se analizaron los posibles choques entre recuperación de activos y derechos humanos remarcamos la importancia de maximizar los procedimientos civiles de recuperación porque ofrecen mejores ventajas para recuperar activos respetando derechos humanos. Esta opción se justifica en la necesidad de aprovechar otras instancias del sistema de justicia para procesar un conflicto social (la corrupción es un conflicto social que expresa la distribución desigual de recursos y poder entre distintos sectores y grupos sociales) que el derecho penal no puede canalizar ni adecuada ni eficientemente.

La impunidad producida por la baja tasa de condenas en este ámbito es la mejor prueba de este fenómeno. Es evidente que el uso de mecanismos punitivos no aportan de por sí grandes soluciones, porque en primer lugar no se traducen en condenas que simbólicamente expresen la falta de tolerancia estatal de la corrupción, y, en segundo lugar, porque no satisfacen la reparación de los daños económicos ni del daño social causado por la corrupción.

El empleo de mecanismos reparadores del daño producido ofrece respuestas más efectivas en términos preventivos y sociales. Privar a los corruptos de las ganancias ilícitamente obtenidas tiene un claro efecto desalentador sobre la estructura de corrupción. Por otro lado, cortar los circuitos de financiamiento ilícito que re alimentan la corrupción permite dismantelar la estructura de corrupción. Estos objetivos pueden

lograrse mediante otros mecanismos distintos que no tiendan al castigo penal sino a la reparación bajo formas civiles.

Rearticulando demandas sociales desde la perspectiva de los derechos humanos.

La corrupción no solo expresa el comportamiento ilícito de funcionarios públicos sino también de empresarios que corrompen. Sin la participación directa de las empresas la corrupción sería un problema marginal porque son las empresas las principales protagonistas del problema. Claro que el funcionario público cumple un papel clave para materializar la corrupción, pero son las empresas y no éste último las que tienen capacidad económica de influir en el producto bruto nacional y el desarrollo económico. Como dijimos antes, la corrupción expresa un conflicto alrededor de las formas de distribución de los recursos entre sectores poderosos y débiles de la sociedad. Este conflicto, que indirectamente se manifiesta como apropiación de lo público o de defraudación de confianzas delegadas, hace de la corrupción una herramienta efectiva dentro del mercado, pero más especialmente para aquellas empresas que definen el carácter oligopólico de este último.

La experiencia acumulada en el desarrollo del fenómeno de la corrupción en países en vías de desarrollo, demostró que los recursos naturales constituyen sectores estratégicos para las empresas, porque en ese sector se genera la mayor riqueza social de los países. La falta de regulación adecuada sobre los mecanismos de licitación de licencias de explotación, de concesiones, prórrogas, sistemas de control de ejecución de obras, de control sobre extracción de recursos naturales, de evaluación de impacto ambiental y defensa de derechos de pueblo originarios, representan claras oportunidades para el desarrollo de negocios empresarios de alta rentabilidad. Las debilidades regulatorias en estas áreas, generan ventajas adicionales porque permite que la inversión extranjera directa de las empresas tome control de recursos naturales estratégicos (petróleo, gas, minería, agua) y, al mismo tiempo, elimine o minimice los costos económicos que implica ajustar su operación a estándares de derechos humanos.

Así, existe una relación directa entre corrupción y recursos naturales: las empresas corrompen para apropiarse y controlar los recursos de los países, negando el impacto social generado mediante su extracción irresponsable. Desde la perspectiva de los derechos humanos la corrupción genera un daño sobre derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales, todos condición necesaria para reducir la pobreza y lograr un desarrollo sustentable. Este es otro plano en donde la corrupción afecta los derechos humanos: las empresas que pagan sobornos afectan los derechos humanos cuando se apropian de los recursos naturales de los países pobres (*pero paradójicamente ricos en recursos*).

A partir de este reconocimiento sería interesante explorar los nuevos mecanismos que se están desarrollando a nivel global sobre Responsabilidad Social Empresaria (RSE), porque permiten ser utilizados para rearticular las demandas anticorrupción con las demandas de protección de derechos humanos de grupos marginados (pobres, mujeres, indígenas, niños, etc.), desde la doble perspectiva del rol de las empresas en el desarrollo

de la corrupción y del impacto que tienen sobre los derechos humanos. Estos mecanismos pueden ser útiles para los activistas anticorrupción porque promueve la acción colectiva de los afectados directos por la corrupción.

En el marco de la OCDE funciona una plataforma de RSE a partir de una serie de principios, recomendaciones y normas voluntarias que forman las **Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales**⁵⁶. Las Directrices tienen por objetivo garantizar que las empresas participen en los mercados respetando políticas públicas y principios fundamentales que hacen al Estado de Derecho y la democracia. Por esta razón, están conformadas por diferentes principios que fijan pautas de buenas prácticas en materia laboral, medioambiental, fiscal, derecho de consumidores, competencia, corrupción y otros temas.

Las Directrices no solo son un documento de buenas intenciones sino que los Estados adherentes a ellas cuentan con una instancia de articulación para que grupos de afectados canalicen reclamos contra empresas multinacionales. De este modo, las Directrices también facilitan la creación de **Puntos Nacionales de Contacto** en cada uno de los países adheridos a las guías, que pueden o no ser países miembros de la OCDE. Este mecanismo no tiene como objetivo determinar la responsabilidad legal de las empresas sino desarrollar un espacio de diálogo y participación entre las empresas y los reclamantes para poder arribar a soluciones que garanticen un comportamiento empresarial respetuoso de la legislación de los países y de los principios enunciados por las guías.

La ventaja de estos mecanismos consiste en priorizar el desarrollo de mecanismos de solución de los conflictos y daños producidos por las empresas sobre aspectos esenciales para la vida de las poblaciones donde las empresas desarrollan sus actividades. También permite que los grupos afectados canalicen acciones reclamatorias directamente contra las empresas en un marco institucional que, como dijimos, no tiene por objetivo imponer sanciones sino promover soluciones en base a un diálogo entre partes.

Si bien el uso de este tipo de herramientas es todavía muy reciente, los activistas anticorrupción deberían prestar atención a las potencialidades que ofrece para canalizar reclamos, visibilizar los conflictos y para lograr respuestas concretas para los afectados. Todavía queda mucho por explorar en ésta área. Las Directrices ofrecen la posibilidad de articular derechos humanos y control de corrupción porque éste último fenómeno no es – como dijimos antes – un hecho aislado sino un proceso articulado de acciones como la evasión fiscal, la discriminación (por género, clase, etnicidad, edad, etc.), la afectación medioambiental, la competencia y regulación del mercado, expresando todas estas acciones una dimensión específica del daño social y económico producido por la corrupción.

De la auto-regulación de las empresas a la litigación

La ley norteamericana sobre prácticas corruptas en el extranjero (Foreign Corrupt Practice Act – FCPA), fue creada en el año 1977 para sancionar el ofrecimiento o

⁵⁶ Véase <http://www.oecdwatch.org/>

entrega de cualquier tipo de pago a funcionarios públicos por parte de cualquier⁵⁷ individuo, firma, directivos, empleado o agentes de empresas estadounidenses o que coticen acciones en la bolsa de valores norteamericana, siempre que este dirigido a obtener o mantener un negocio.

Esta situación abre un abanico de oportunidades para entablar litigios contra empresas que, valiéndose del pago de sobornos ocasionen afectaciones a derechos humanos durante la ejecución de los proyectos. Tal podría ser el caso de una empresa que pagando sobornos obtiene una concesión (o mantiene una previamente concedida) para explotar recursos hídricos y genera un impacto ambiental por el desvío natural del curso de ríos aledaños a la zona de explotación licenciada. El desvío del cauce no solo daña el medio ambiente, también impacta sobre las comunidades autóctonas del lugar. En esta situación, estaríamos frente a afectaciones medioambientales y de derechos de poblaciones originarias, ocasionadas por el pago de sobornos. Sí la empresa es de capitales o cotiza en la bolsa de valores norteamericana, una opción a evaluar sería presentar acciones en las cortes de los Estados Unidos. Estos reclamos podrían cursarse conjuntamente con el Fiscal de Estado; además las organizaciones de derechos humanos podrían actuar como *amici curiae*⁵⁸ cuando el caso revista interés público (*los casos de derechos humanos suelen involucran un marcado interés público*)

Esta situación abre el paso a una estrategia de litigación dura a diferencia del mecanismo diseñado en el marco de las Líneas Directrices de la OECD de litigación blanda. El primero es más complejo y costoso que el segundo. Sin embargo, sí hay suficientes pruebas del pago de sobornos⁵⁹, puede ser útil para sancionar penal y civilmente el comportamiento de algunas empresas, además de obtener sanciones destinadas a suspender a la persona jurídica⁶⁰. Por otro lado, si bien el modelo OECD puede ser considerado *blando* porque no busca imponer sanciones sino generar respuestas que

⁵⁷ "...In 1998, Congress amended the FCPA to implement the **Organization of Economic Cooperation and Development ("OECD") Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions ("OECD Convention")**. The amendments expanded FCPA coverage to "any person" (defined as any American citizen, national or resident, or American corporation). Under FCPA, any United States person or entity violating the Act outside the United States is subject to prosecution, regardless of whether any means of interstate commerce were used...." <http://www.nationalsecuritycrimes.com/foreign-Corrupt.htm>

⁵⁸ El *amicus curiae* es un instituto del derecho internacional de los derechos humanos diseñado para que las organizaciones de la sociedad civil (derechos humanos, sindicatos, consumidores, feministas, diversidad sexual, etc.) participen aportando argumentos en casos que involucren un marcado interés público. La herramienta es útil porque brinda un canal adecuado para que las organizaciones formulen sus puntos de vista sobre cuestiones conflictivas a ser decididas por los tribunales locales e internacionales. La República Argentina cuenta con experiencias positivas en este sentido porque los organismos de derechos humanos utilizaron la figura para reclamar por el juicio y castigo de los dictadores responsables del genocidio y la desaparición forzada de personas. En el campo de las políticas anticorrupción también se ha utilizado la figura para facilitar el acceso de la sociedad al conocimiento de los casos de corrupción más emblemáticos. El *amicus curiae* se encuentra previsto en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa instancia también se han presentado *amicus* con el objetivo de ofrecer argumentos en temas diversos como pena de muerte, libertad sindical y pueblos originarios.

⁵⁹ La FCPA distingue entre soborno y "pagos de engrase" ("*grease payments*"), estos últimos se encontrarían permitidos siempre que la legislación local de los países no disponga lo contrario.

⁶⁰ Véase **Lay-Person's Guide to FCPA**, <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/docs/dojdocb.html>

reparen o modifiquen comportamientos de las empresas, no por eso deja de ser poderoso. Una respuesta efectiva en el mediano plazo puede ser más efectiva que otra que llega luego de un tiempo excesivamente prolongado.

Pero sobre todo, es en la combinación de estos dos modelos donde se debería trabajar: su uso conjunto permite repensar la idea de litigio de un modo más pro-activo que en la concepción tradicional para la cual sólo se litiga dentro del expediente y frente a las autoridades judiciales. La articulación estratégica de estos dos modelos puede potenciar la defensa de los derechos humanos cuando son afectados por comportamientos corruptos de empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales o de otra especie, porque los reclamos de solución frente a afectaciones reales se canalizan en las dos instancias al mismo tiempo. Asimismo, la combinación de los dos modelos fortalece el desarrollo de acciones de rendición de cuentas debido a que las organizaciones pueden actuar dentro y fuera del sistema judicial e, incluso en jurisdicción de otros Estados o en instancias internacionales.

Estas herramientas ofrecen nuevas oportunidades que deberían ser estudiadas y exploradas por el movimiento anticorrupción en alianza con el de derechos humanos para controlar a las empresas que desarrollan sus actividades en base al pago de sobornos

7. Conclusión

A pesar de la relación multidimensional que existe entre la corrupción y los derechos humanos, ambos movimientos continúan actuando aisladamente. Como este reporte lo demostró, los estándares y la práctica de derechos humanos están conectados y son complementarios con las estrategias anticorrupción. Existen y fueron identificados numerosos puntos de entrada para llevar a cabo una integración de los derechos humanos en distintas áreas y procesos de los programas anticorrupción.

Sin necesidad de rechazar las estrategias anticorrupción focalizadas exclusivamente en la reforma de estado, los derechos humanos proponen complementarlas con procesos de investigación efectivos pero respetuosos de los derechos humanos, estrategias participativas más inclusivas, prestando especial atención a los grupos marginados, y resaltando el impacto de la corrupción sobre la relación entre los derechos humanos, el acceso a los recursos y la rendición de cuentas.

El reporte también permitió reconocer que la agenda anticorrupción global liderada por Transparencia Internacional comparte principios fundamentales con el movimiento de los derechos humanos. Aunque Transparencia Internacional no nombre ni utilice explícitamente los estándares de derechos humanos, otras cuestiones centrales como la preocupación por el impacto de la corrupción en la pobreza, el abordaje holístico al fenómeno de la corrupción, y el papel central que juega la participación de la sociedad civil en la promoción del cambio, hace que la integración de los derechos humanos no implique cambios radicales en los programas que Transparencia Internacional y otras ONGs vienen implementando porque rescata los principios comunes y la sinergia entre

los derechos humanos y las políticas anticorrupción

Finalmente, si el movimiento anticorrupción lograra integrar y operacionalizar los principios de derechos humanos en el diseño e implementación de los diagnósticos y herramientas, probablemente se podrían fortalecer los resultados de los programas anticorrupción. Desde la perspectiva de los derechos humanos, una alianza entre ambos movimientos sería una solución posible para enfrentar el desafío planteado por el propio movimiento anticorrupción con el objetivo de desbloquear el camino hacia un mundo más justo, y libre de corrupción.

8. Recomendaciones

El objetivo de esta sección del reporte es presentar una guía de recomendaciones para ser tenidas en cuenta por funcionarios públicos y activistas anticorrupción.

La buena gobernanza, los programas anticorrupción y los derechos humanos: posibles puntos de entrada para una reforma.

A continuación presentamos una serie de recomendaciones básicas para lograr mejorar el impacto de los programas anticorrupción en la aplicación de los principios de participación, transparencia y rendición de cuentas.

Participación:

- La participación debe enmarcarse en un contexto institucional que garantice otros derechos instrumentales necesarios para una participación sustantiva: derecho de acceso a la información, libertad de expresión, libertad de reunión, etc. Sin estas garantías aseguradas, los procesos participativos corren el riesgo de ser cooptados por los gobiernos o las empresas.
- Se debe aplicar el test de la amplitud y de la profundidad a los procesos participativos. La amplitud determina el grado de pluralismo de los procesos participativos: se debe incluir a la mayor cantidad de grupos posibles, especialmente a los grupos potencialmente afectados por la corrupción y a las víctimas de la corrupción en particular. Es necesario tener en cuenta que la convocatoria dirigida a los grupos más vulnerables debe incorporar medidas positivas para lograr vencer el miedo y el escepticismo de las personas frente a la corrupción. Este último punto debe pasar el test de la adaptabilidad para que los procesos participativos se adapten al idioma y a la cultura de los grupos marginados. Finalmente, el test de la profundidad determina el grado de incidencia de los participantes sobre la toma de decisiones o el control de los recursos. Las personas y los grupo que participantes, además de participar deben tener voz para incidir, y esta incidencia debe ser sobre los temas sustanciales que les permita enfrentar y exponer la corrupción.
- Se debe tener un cuadro completo sobre los actores y los conflictos que subyacen detrás de un proceso participativo. Frente a conflictos sociales

estructurales no es suficiente con garantizar una convocatoria formalmente amplia e inclusiva. En este escenario, es preciso poder responder a las siguientes preguntas: ¿quién excluye y por qué?; ¿quién es excluido?; y ¿quién se autoexcluye?

- Se debe rendir cuentas sobre los resultados de la participación. Esto implica que debe explicar y justificar oportunamente cómo se tuvo en cuenta la participación de los grupos afectados y en qué medida influyó en la toma de decisión final.

Transparencia:

- Se deben tomar medidas para legislar el derecho de acceso a la información pública. Menos de 80 países cuentan con este tipo de leyes. Aunque la ley no asegura el cumplimiento del derecho, permite enmarcar las demandas de acceso a la información en el lenguaje, las garantías y la fuerza moral de los derechos humanos. La práctica y la demanda sostenida para acceder a la información desde las ONG tiende a generar cambios incrementales hacia adentro del Estado, aunque la voluntad política para apoyar la reforma pro-transparencia sea débil.
- En aquellos países en donde existe y opera la ley, los gobiernos y las ONG deben tomar medidas concretas para avanzar con la reforma pro-transparencia. Los gobiernos deben capacitar a los funcionarios públicos, reformar procesos administrativos y difundir el derecho a través de campañas de interés público.
- Los gobiernos deben tomar medidas positivas para superar el test de adaptabilidad. Se debe facilitar el acceso a la información pública especialmente a los grupos marginados. Para esto es necesario adaptar el sistema para generar información entendible y a través de canales accesibles.

Rendición de cuentas:

- Las reformas del estado enfocadas en los sistemas de rendición de cuentas deben incorporar la participación de los grupos afectados por la corrupción. Las reformas aisladas de la participación de las ONG anticorrupción y de los grupos afectados por la corrupción tienden en general a fracasar.
- Las experiencias de rendición de cuentas vertical deben tomar en cuenta la compleja relación entre los derechos, los recursos, la rendición de cuentas y la corrupción. Este abordaje visibiliza los conflictos que existen alrededor del acceso a los recursos. Esto permite identificar con precisión a los titulares de los derechos, las personas y las instituciones obligadas a respetar los derechos y a anticipar los principales riesgos de corrupción.

Incluyendo la perspectiva de género en los programas anticorrupción

Diseñar una estrategia anticorrupción con perspectiva de género implica mucho más que aumentar el número de mujeres empleadas en la función pública o en las ONG. Implica generar políticas anticorrupción que incluyan y evalúen su impacto en las relaciones de

género teniendo en cuenta las consecuencias de las prácticas corruptas en la situación concreta de las mujeres más marginadas de nuestra sociedad. Para esto, a continuación resumimos las principales recomendaciones a tener en cuenta para diseñar una política anticorrupción desde una perspectiva de género:

- **Promover la participación desde la perspectiva de género**

Las estrategias participativas con perspectiva de género son herramientas clave para fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas, previniendo y limitando la corrupción gubernamental. Esto incluye la creación de una coalición anticorrupción con perspectiva de género que combine y fortalezca el trabajo de las organizaciones activas en programas de anticorrupción y de las organizaciones de mujeres. De esta manera, se deberían crear instancias de consulta y cooperación entre organizaciones que trabajen temas específicos de corrupción relevantes para las mujeres- como la trata y el tráfico de mujeres- con organizaciones no gubernamentales que promuevan la transparencia y la rendición de cuentas social. También sería importante promover la capacitación en temas de género en ONGs y gobiernos locales.

El presupuesto participativo desde una perspectiva de género, por ejemplo, promueve la participación social teniendo en cuenta la equidad de género, lo que permite el empoderamiento de las mujeres, haciendo visible las consecuencias específicas de la corrupción en los derechos de las mujeres. A su vez, le permite a la comunidad local (y a las mujeres en particular) acceder a las herramientas necesarias para controlar y auditar la inversión presupuestaria limitando las oportunidades de la corrupción.

Un ejemplo de este tipo de experiencias participativas incluye promover la transversalización de las estrategias anticorrupción en los sectores de la salud y la educación. Esto implica, por ejemplo, promover una administración financiera transparente y la administración participativa local en las escuelas con la participación de comités escolares representando a madres, padres, alumnos, alumnas y organizaciones locales. Si se le incluye la perspectiva de género a este tipo de experiencias es posible crear mecanismos específicos que controlen y promuevan la rendición de cuentas social para incluir y evaluar el cumplimiento del derecho de las mujeres a recibir servicios públicos libres de corrupción.

- **Promover estrategias de anticorrupción junto a servicios de asistencia y asesoría que promuevan los derechos de las mujeres.**

Las estrategias anticorrupción deben acompañarse por campañas que reduzcan la discriminación institucional, material y procedimental contra las mujeres. Para ser efectiva, una estrategia anticorrupción con perspectiva de género debe tener en cuenta el acceso de las mujeres a los servicios públicos, al sistema judicial y al poder público. Para esto, se deben crear instituciones especializadas en atender las denuncias y demandas de las mujeres, al mismo tiempo que acompañan a las mujeres en la demanda por sus derechos. Este es el caso, por ejemplo, del Grupo de Usuarias de la Ley de Maternidad Gratuita en Ecuador que promueven la rendición de cuentas y el cumplimiento de la ley en los hospitales públicos y clínicas comunitarias documentando casos de corrupción y

malas prácticas al mismo tiempo que capacitan e informan a las mujeres sobre sus derechos a recibir atención gratuita durante el embarazo y la lactancia.

- **Focalización en la trata y tráfico de mujeres como parte integral de la estrategia de anticorrupción**

A pesar de la conexión entre los esfuerzos de lucha contra la corrupción y la trata y tráfico de mujeres, aún no existen muchos estudios que analicen y tengan un enfoque sistemático sobre la prevención y combate de la corrupción asociado al tráfico de mujeres. Sin embargo, se puede generar una poderosa sinergia combinando ambas estrategias. El Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) cita expresamente al tráfico de mujeres como una práctica corrupta e incluye medidas para combatir y prevenir la corrupción en la emisión de documentos de viaje. Sin embargo, la trata y tráfico de mujeres implica mucho más que la corrupción en los documentos de viajes. En algunos países una gran parte de la trata de personas se realiza dentro de las fronteras implicando prácticas de corrupción locales que deben ser tenidas en cuenta.

Para esto, es necesario promover un debate intenso que movilice la voluntad política para combatir la trata y el tráfico de mujeres y la corrupción, incluyendo acciones concretas que investiguen la captura del estado y corrupción administrativa en todos los niveles del estado. Es necesario crear estrategias conjuntas y coherentes para combatir la trata y el tráfico de mujeres y las prácticas corruptas asociadas a estos crímenes. Estas estrategias deberían incluir la creación de comités de trabajo con representantes clave de los ministerios del Interior, Justicia, fiscales especializados, policías y agencias de investigación criminal, junto a autoridades de inmigración. Las organizaciones de la sociedad civil son actores clave a ser incluidos en estos comités promoviendo estrategias de desarrollo, planes de acción, implementación y monitoreo.

Las estrategias conjuntas también implican la sanción de leyes que ratifiquen los estándares y las convenciones internacionales, armonicen la legislación nacional para criminalizar, combatir y prevenir la trata y el tráfico de mujeres, la corrupción, el crimen organizado y el lavado de dinero conectado con la corrupción asociada a la trata de mujeres. Esto incluye crear las garantías de protección necesarias para las víctimas y testigos clave y la reintegración comprehensiva de las víctimas a sus hogares. Otras acciones asociadas a esta estrategia conjunta son la regulación del financiamiento y la transparencia de los partidos políticos, de los ingresos de parlamentarios y otros miembros de gobierno que ocupen posiciones de riesgo, entre otros. Finalmente, se deberían crear unidades especializadas para combatir la trata y el tráfico de mujeres y la corrupción, promoviendo agencias de investigación interdisciplinarias con recursos necesarios y competencias adecuadas para detectar, perseguir y prevenir la corrupción en la trata y el tráfico de mujeres⁶¹.

⁶¹ Ver GTZ (2004)

- **Generar información específica que permita evaluar las consecuencias de la corrupción y las políticas anticorrupción desde una perspectiva de género**

Para poder evaluar y diseñar políticas anticorrupción que tengan en cuenta los derechos de las mujeres es esencial obtener información precisa sobre las consecuencias de la corrupción para las mujeres. Para ello, no sólo es necesario consultar con grupos de mujeres a nivel local y regional y activistas anticorrupción, sino también es necesario generar y aplicar metodologías que den cuenta de los efectos diferenciados de la corrupción en varones y mujeres. Esto implica generar instrumentos de diagnóstico (por ejemplo, la combinación de encuestas sobre corrupción y género) e instrumentos de difusión que resalten las conexiones existentes entre las prácticas discriminatorias y la corrupción.

Generar información sobre el impacto de la corrupción en las mujeres implica examinar y medir como la corrupción afecta, de manera diferenciada, a varones y mujeres, analizando los impactos diferenciados de las leyes de anticorrupción y las dificultades en la implementación de las estrategias de lucha contra la corrupción. Sólo contando con información de calidad es posible examinar las opciones de política pública disponibles para prevenir y limitar las prácticas de corrupción desde una perspectiva de género.

En la ausencia de esta información, existe el peligro de promover políticas que no sean efectivas y que, en el peor de los casos, reproduzcan las condiciones que explotan y excluyen a las mujeres. Las investigaciones que relacionaban los estudios de género con la corrupción a finales de los años '90 presentaban una mirada limitada y sesgada sobre estas cuestiones, promoviendo la inclusión de las mujeres en las instituciones públicas como instrumentos para luchar contra la corrupción, pero sin tener en cuenta la realización de sus derechos. Estos estudios ignoraban la necesidad de reformar y transformar las estructuras de poder subyacentes que crean y reproducen las oportunidades para la corrupción y la discriminación contra las mujeres. Esta tarea, más desafiante y de largo plazo, es particularmente relevante para llevar a cabo un cambio social radical en las relaciones desiguales de poder entre varones y mujeres.

Posibles tensiones y choques entre políticas anticorrupción y los derechos humanos

Esta sección del reporte presenta las principales recomendaciones para ser tomadas en cuenta especialmente por jueces, fiscales, abogados, legisladores y ONG, las cuales deberían adoptarse para equilibrar los objetivos de controlar la corrupción con el respeto de los derechos humanos

- Las legislaciones deberían eliminar todo tipo de fórmula que exija al funcionario dar explicaciones sobre el origen de dinero sospechoso cuando el resultado de esto pueda derivar en la imposición de una pena que lo prive de su libertad.
- Es responsabilidad de los fiscales demostrar que un funcionario se enriqueció ilícitamente si busca derivar de este hecho una sanción penal.

- Los funcionarios deben rendir cuentas a la sociedad sobre el origen de la riqueza producida en el ejercicio de la función pública. Esto responde a la más elemental condición de la democracia, pero esta obligación debería traer aparejado respuestas estatales de otra naturaleza como por ejemplo el decomiso de la riqueza no declarada o que carezca de justificación legal.
- La independencia del sistema judicial exige reformas estructurales que modifiquen la organización verticalista, burocrática y opaca que regula la actividad judicial y que hace de la corrupción una práctica rutinaria del sistema.
- La falta de sistemas adecuados para proteger a los testigos aumenta la vulnerabilidad de las víctimas de corrupción, al mismo tiempo reduce la posibilidad de aprovechar los recursos de información con que cuentan los testigos.
- Un sistema adecuado de protección de testigos debería prever mecanismos de identificación de riesgo, respuestas de protección de corto, mediano y largo plazo, mecanismos de protección según escala de riesgo y sanciones para testigos maliciosos.
- La recuperación de activos puede afectar derechos de propiedad si los sistemas no instrumentan medidas adecuadas para que los pretendidos titulares accedan a las cortes para defender la titularidad de los bienes. Los sistemas de recuperación deben diseñar mecanismos de protección de derechos de terceros inocentes o de buena fe.
- La recuperación de activos también puede afectar el principio de inocencia e invertir la carga de la prueba si se dictan órdenes de decomiso en procesos criminales sin respetar el requisito de condena previa.
- La solución más adecuada para evitar estos problemas es regular sistemas de recuperación que permitan implementar métodos civiles de decomiso de activos. El decomiso civil de activos ofrece poderosas ventajas para la recuperación porque su naturaleza no es punitiva sino reparatoria. Además el uso de métodos civiles de decomiso permite utilizar criterios de producción probatoria menos exigentes que los previstos en el proceso penal.
- Las tensiones entre derechos humanos y políticas anticorrupción podrían resolverse adecuadamente mejorando la eficacia persecutoria si se rediseñan los modelos de persecución teniendo en cuenta criterios estratégicos enfocados sobre el desmantelamiento de la estructura que sostiene la corrupción
- Mejorar la eficacia persecutoria exige rediseñar los modelos persecutorios según una finalidad estratégica pero también maximizando la investigación de casos y aprovechando toda la información disponible. Las nuevas tecnologías como el uso de base de datos podría contribuir mucho en este sentido.

- También deberían implementarse instancias alternativas de persecución de la corrupción que privilegien la reparación del daño social causado. La recuperación de activos bajo métodos civiles es una buena opción en este sentido.
- Las ONG anticorrupción también podría articular reclamos contra la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos aprovechando nuevas instancias de participación como las generadas indirectamente por las Guías de la OCDE para Empresas Multinacionales y la ley norteamericana sobre prácticas corruptas en el

			¿QUÉ SE CONTROLA?
--	--	--	--------------------------

extranjero.

- El uso de estas herramientas es útil para promover canales de reclamo, visibilizar los conflictos y el impacto social, y crear espacios de dialogo entre las empresas y los grupos afectados por la corrupción.

			ACTORES	POLITICOS	BUROCRATAS
¿QUIÉN CONTROLA?	Horizontal		Poder ejecutivo	-Veto	-Regulación -Control administr. -Selección y remoción de personal
		Contrapesos	Poder legislativo	-Impeachment -Comisiones investigadoras -Veto	- Regulación -Control administr. -Selección y remoción de personal
			Poder judicial	-Revisión judicial	-Revisión judicial
	Asignadas	Inst. de control: Ombudman, tribunales de cuentas, Contralorías, fiscalías			
	Vertical	Social	-Medios -Asociaciones cívicas -ONG -Movimientos sociales -Comités -Ciudadanos	-Investigación y denuncia pública -Movilización social y denuncia pública -Denuncia en agencias de control -Litigación	-Investigación y denuncia pública -Movilización social y denuncia pública -Denuncia en agencias de control -Litigación
Electoral		-Ciudadanos individuales	-voto		

Anexo 1: diferentes mecanismos y recursos a través de los cuales se operacionaliza cada tipo de rendición de cuentas. Fuente: Peruzzotti y Smulovitz, 2002.

Bibliografía

AATW, (2003) "Manual Derechos Humanos y Trata de Personas". Alianza Contra la Trata de Mujeres. Bogotá-Colombia.

ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) (2004). "Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual." Ginebra.

Aloisio C., Muñoz, Ch., (2006) "Género y corrupción: ¿Son las mujeres un arma eficaz en el combate contra la corrupción? ¿Y es deseable que lo sean?". Universidad Católica del Uruguay, y Universidad de la República, Uruguay.

Alolo, N. (2007) "Corruption, human rights and gender: an empirical investigation"

Amartya S. "Development as Freedom", Random House, NY, 1999

Baden, S. (2000) "Gender, Governance and the Feminization of Poverty", *Women and Political Participation: 21st Century Challenges*, New York: UNDP

Carrillo (2005) en Zovatto, D. et al. "La Política importa: democracia y desarrollo en América Latina". BID y IIDAE.

Cornwall, Andrea and Brock, Karen. (2005) *Beyond Buzzwords*. United Nations Research Institute for Development. Programme Paper Number 10.

Cornwall, A. (2003) *Perspectives on Participation for Poverty Reduction*. Sida Studies No. 2

CMI. (2006). "Corruption in the Education Sector". **U4 Issue**. Chr. Michelsen Institute

Hindess, B. (2004). "International anti-corruption as a program of normalisation" Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association, Kanada

Dollar, Fishman and Gatti. (1999). "Are women really the "fairer" sex? Corruption and women in government" Policy Research report on Gender and Development. Working Paper. Series No. 4. World Bank, October 1999.

Ford Foundation, (2002): "Promesas que cumplir: el presupuesto público como herramienta para promover los derechos económicos, sociales y culturales". Fundación Ford, México.

Fox, J. (2004). Empowerment and Institutional Change: Mapping "Virtuous Circles" of State-Society Interaction en Ruth Alsop, 2004, Power, Rights and Poverty: concepts and connections

Goetz, Anne Marie. (2003). "Political cleaners: How women are the new anti-corruption force. Does the Evidence Wash?" Institute of Development Studies, University of Sussex.

GTZ. (2004) "Corruption and Gender. Approaches and Recommendations for TA: Focal Theme: Corruption and Trafficking in Women"

IDS Working Paper 227 (2004). Garvey, N. and Newell, P. Corporate accountability to the poor? Assessing the effectiveness of community-based strategies

Ignatieff, M. (2005) "Measurement and Human Rights: tracking progress, assessing impact. Carr Center Project Report. Harvard University.

Kaufmann, D. (2003). "Rethinking Governance: Empirical Lessons Challenge Orthodoxy". Available at:
http://www.worldbank.org/wbi/governance/pubs/rethink_gov.html

Landell, P. (2006) "Towards a fairer world: Why is corruption still blocking the way? Goals, Themes and Outcomes" Transparency Internacional, Guatemala

Lukes, S. (1974). "Power: a radical view". Macmillan London.

Michael, B. (2007). "Drafting implementing regulations for international anti-corruption conventions", Linacre Collage and the American University in Paris.

Michael, B. (2005) "The Rise and Fall of the Anti-Corruption Industry: Toward Second Generation Anti-Corruption Reforms in Central and Eastern Europe? Linacre College

Newell, P. and Wheeler, J (2006) "Rights, resources and the politics of accountability". Zed Books.

PACO (2004) "Gender and Corruption in South East Europe: Making and Impact. Council of Europe".

Sousa, L. (2005) "Transparency International in search of a constituency: The franchising of the global anticorruption movement"

Sung, Hung-En. (2003). "Fairer Sex or Fairer System? Gender and Corruption Revisited". Social Forces 82: 703 – 723.

Transparency Internacional, (2004) National Integrity Systems: Country Study Report. TI- UK.

