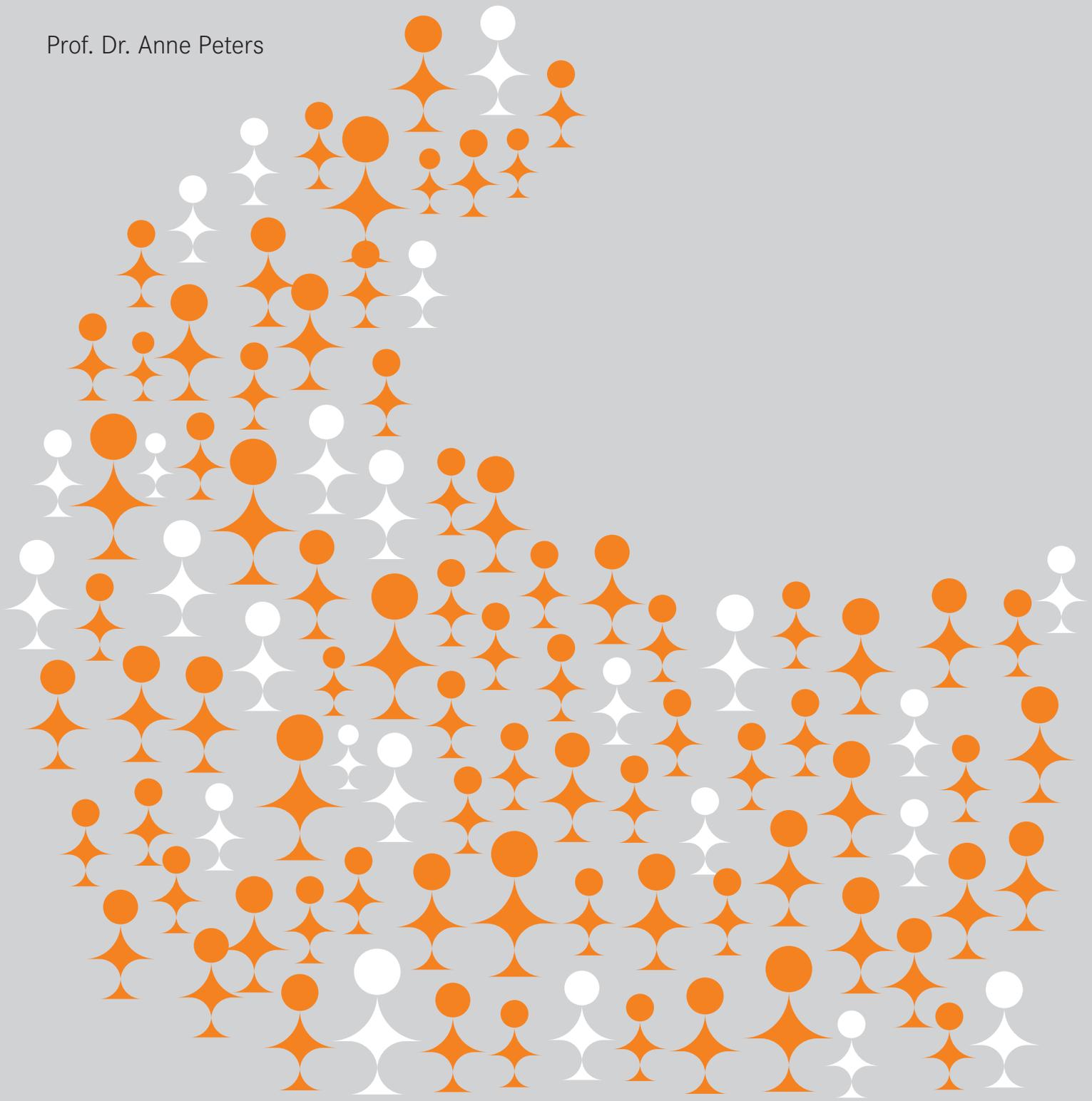


Corrupción y derechos humanos

Prof. Dr. Anne Peters



Corrupción y derechos humanos

Prof. Dr. Anne Peters*

* Directora del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg (Alemania), profesora en las universidades de Heidelberg, Freie Universität en Berlín, y Basilea (Suiza); vicepresidenta de la junta del Instituto de Gobernanza de Basilea (BIG, por sus siglas en inglés). Me gustaría agradecer a Mark Pieth y Greta Fenner del BIG (<https://www.baselgovernance.org/>) y a los participantes en mi seminario de investigación del Instituto Max Planck por las fructíferas discusiones sobre este tema, así como a mis asistentes de investigación por su apoyo. Traducido del inglés por Henry Jiménez y Pedro Villarreal.

Índice

INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA 7

TÉRMINOS Y HECHOS 10

¿PUEDE CONCEPTUALIZARSE LA CORRUPCIÓN COMO UNA VIOLACIÓN DE LOS

DERECHOS HUMANOS? 11

- ¿Los derechos humanos de quién? 11
- ¿Cuáles derechos humanos? 11
- ¿Violación de derechos humanos? 12
- ¿Qué acción del Estado? ¿Las violaciones de cuáles obligaciones? 14
- La corrupción como una violación de las obligaciones fundamentales expresadas en el Artículo 2.1 del PIDESC 19
- Causalidad de la violación de derechos humanos 20
- Atribución al Estado 25
- Discriminación 28
- ¿Margen de apreciación? 29

¿DEBERÍA CONCEPTUALIZARSE LA CORRUPCIÓN COMO UNA VIOLACIÓN

DE LOS DERECHOS HUMANOS? 32

- Oportunidad para el fortalecimiento moral y práctico de la agenda anticorrupción 32
- Recomendaciones prácticas 33
- Riesgo de debilitamiento moral 34

CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVA 36

- Cambio en la prerrogativa de la interpretación 36
- ¿Devaluación del Sur Global? 36
- El Estado, los cargos públicos y la universalización 36

Introduction and problématique

En mayo del 2015, siete directivos de alto rango de la FIFA (Fédération Internationale de Football Association), incluido su vicepresidente, fueron arrestados en Zúrich por estar involucrados en presuntos casos de corrupción, conforme a una orden de detención proveniente de los Estados Unidos de América. Se les acusó de haber aceptado más de 150 millones de dólares estadounidenses a cambio de otorgar campeonatos de fútbol desde 1999. Tal es el caso de Sudáfrica, que presumiblemente remuneró a directivos de la FIFA a fin de que se le seleccionara como anfitrión de la Copa Mundial FIFA 2010. En la preparación para dicha copa mundial, se destruyeron ranchos para darle cabida a la construcción de nuevos proyectos y se “expulsó” y forzó a los desalojados a ser reubicados. No se admitió a vendedores callejeros que no tenían un permiso de la FIFA y, en casos extremos, fueron arrestados si incumplían este requerimiento¹. Los usuarios de Facebook de Sudáfrica reaccionaron a estos arrestos con el siguiente comentario: “Sudáfrica dio sobornos para realizar la Copa Mundial, pero valió la pena”.

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

Segundo, los comentarios de Facebook en Sudáfrica indican que el ciudadano medio no considera necesariamente la corrupción como un mal abominable que deba erradicarse—un “cáncer”, como expresó el presidente del Banco

Mundial, James Wolfensohn, en 1996³—como parte de una campaña global anticorrupción. Términos como “engrasar las manos” y “dinero fácil” muestran que, hace apenas unas décadas, la mayoría de las sociedades toleraban pagos informales para lubricar el engranaje de la vida económica y social y acelerar sus operaciones. Pero, ¿incluso al precio de violaciones de los derechos humanos?

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

Empíricamente, se puede mostrar que los países que tienen altas tasas de corrupción (o altos niveles de percepción de corrupción) son también los países con un registro pobre de protección de los derechos humanos⁴. Por ejemplo, los

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

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

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

4 Para un análisis estadístico, véase Todd Landman/Carl Jan Willem Schudel, Corruption and Human Rights, Empirical Relationships and Policy Advice, Working Paper (International Council on Human Rights Policy: Geneva 2007), donde se contrasta con otras variables explicativas (nivel democrático, prosperidad, tamaño de la población y nivel de gasto gubernamental). Respecto del vínculo entre la monopolización del sector de energía y la corrupción en Venezuela, el país entre los nueve más corruptos del mundo, con la capital (Caracas) más violenta del mundo, con uno de los peores niveles mundiales de carencia de abastecimiento de comida y medicinas, y con el peor sistema eléctrico de Latinoamérica, véase Henry Jiménez, “De la bendición del petróleo, a la maldición de la corrupción”, CCD, Cuentas Claras Contra la Delincuencia Organizada, 14 de febrero de 2016 (recuperado de <http://www.cuentasclarasdigital.org/testimonial-view/27309/>); Carlos Tablante/Marcos Tarre, El Gran Saqueo (La hoja del norte 2015). Existen, ciertamente, numerosas violaciones de los derechos humanos que no tienen relación con la corrupción, tales como la discriminación contra la mujer.

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

La cuestión ahora es en qué medida se puede identificar un vínculo jurídico particular más allá de esta coincidencia entre corrupción y protección inadecuada de los derechos humanos⁵. Esta interrogante es de relevancia práctica, ya que los instrumentos internacionales anticorrupción que se han adoptado e implementado desde 1997—por lo menos diez tratados internacionales y regionales con varios protocolos facultativos, así como *soft law*⁶—han sido hasta el momento

solo moderadamente exitosos. Por ejemplo, solo cuatro de los actuales Estados parte de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para

Por el contrario, existen formas de corrupción que tienen pocos vínculos, si acaso alguno, con los derechos humanos, como el financiamiento ilegal de partidos políticos.

- 5 Para un primer estudio, véase Zoe Pearson, “An International Human Rights Approach to Corruption”, en: Peter Larmour y Nick Wolanin (eds.), *Corruption and Anti-Corruption* (Canberra: Asia Pacific Press 2001), 30-61. Véase también, fundamentalmente, “International Council on Human Rights Policy and Transparency International” (preparado por Magdalena Sepúlveda Carmona), *Corruption and Human Rights: Making the Connection* (Ginebra: International Council on Human Rights Policy 2009); Martine Boersma y Hans Nelen (eds.), *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives* (Cambridge: Intersentia 2010); Martine Boersma, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?* (Antwerp: Intersentia 2012); Kolale Olaniyan, *Corruption and Human Rights Law in Africa* (Oxford: Hart 2014).
- 6 Convención Interamericana contra la Corrupción del 29 de marzo de 1996, vigente desde el 3 de junio de 1997; OCDE, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales del 17 de diciembre de 1997, vigente desde el 15 de febrero de 1999 (41 Estados parte en febrero de 2016). Consejo de Europa: Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción del 27 de enero de 1999 (ETS n.º 173); Protocolo Facultativo del 15 de mayo de 2003 (ETS n.º 191), vigente desde el 1 de febrero de

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

la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) son verdaderamente “activos” en su implementación⁷. El número de sentencias condenatorias por soborno nacional e internacional es notoriamente bajo a nivel mundial. La corrupción continúa siendo asociada a la impunidad. El cumplimiento de las normas internacionales anticorrupción debe, por tanto, mejorarse, al menos sobre el supuesto de que tales normas son atinadas y legítimas. Esto puede hacerse con la ayuda de argumentos e instrumentos de los derechos humanos. El nexo entre la corrupción y las violaciones de los derechos humanos⁸ es, por ende, de relevancia práctica, pero, ¿no es trivial en términos teóricos? Corrupción significa que las decisiones administrativas o políticas por parte de las autoridades gubernamentales son compradas, en vez de ser adoptadas sobre la base de la legalidad en procedimientos formalmente concebidos para tal propósito. La corrupción sigue las leyes no oficiales del mercado, evadiendo por tanto el imperio de la ley. Debido a que la corrupción es entonces la antítesis del imperio de la ley y

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

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

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

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

Términos y hechos

El término *corrupción*⁹ no es de índole técnica; no se consideraba un delito en la mayoría de los códigos penales alrededor del mundo, y no tiene tampoco una definición legal en la mayoría de los tratados internacionales. La definición más común es la utilizada por la organización no gubernamental Transparencia Internacional, según la cual corrupción es el abuso del poder encomendado para beneficio particular. Tal abuso puede ocurrir en el nivel de la administración y los servicios públicos cotidianos (“corrupción menor”) o en los cargos políticos de alto nivel (“gran corrupción”). Estos términos no marcan una distinción jurídica, sino que tan solo describen variaciones del mismo tema. Con frecuencia, un esquema particular de corrupción permea en los distintos niveles de la administración pública y, por ende, vincula ambas formas de corrupción. Debido al creciente poder de las grandes corporaciones y otros actores no estatales como la FIFA, el abuso de las obligaciones que emanan del Derecho privado—en una relación “privada” entre principal y agente—ha sido también calificado cada vez más como corrupción.

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

Las 178 ratificaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)¹⁰, adoptada en 2003, muestra que los Estados alrededor del mundo están—al menos de manera verbal—comprometidos con la lucha internacional contra la corrupción. Esto parece ser una reacción lógica ante la globalización, debido a la cual prácticamente todos los casos de gran corrupción poseen un elemento transnacional. En la década de 1990, los Estados Unidos de América promovieron un tratado para criminalizar el cohecho de servidores públicos extranjeros, y logró

persuadir a un gran número de Estados de la OCDE para que adoptaran una Convención para Combatir el Cohecho en 1997¹¹. La meta principal en ese momento era eliminar las injustas ventajas competitivas de las compañías que pagaban sobornos en el nuevo mercado, especialmente en Europa Oriental¹². Hoy, la autoridad internacional principal sobre corrupción menciona el siguiente objetivo de la política anticorrupción internacional: primero, mejorar el funcionamiento de los mercados globales; segundo, promover el crecimiento económico; tercero, reducir la pobreza; y cuarto, salvaguardar la legitimidad del Estado¹³. La anticorrupción se ha fusionado fundamentalmente con la agenda de la buena gobernanza¹⁴ y el discurso de desarrollo¹⁵; ambos son hoy en día analizados con frecuencia a través de la lupa de los derechos humanos.

11 N. 6.

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

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

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

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

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

10 N. 6.

¿Puede conceptualizarse la corrupción como una violación de los derechos humanos?

¿Los derechos humanos de quién?

Tradicionalmente, el soborno se consideraba como un crimen sin víctimas¹⁶. De acuerdo con la doctrina, se consideraba al público como la parte agraviada. Más aún, el núcleo del soborno es un “acuerdo ilegal”¹⁷. ¿Puede considerarse al sobornador como una víctima? Esto no parece ser el caso cuando la víctima toma la iniciativa de sobornar, o cuando extorsiona al receptor.

Sin embargo, el sobornador puede ser victimizado en muchos escenarios de corrupción menor. Si una estudiante de una escuela pública tiene que pagarle un soborno a la secretaria para recibir su diploma, o si tiene que pagar por clases adicionales a un profesor que le indica que no pasará el examen de otra forma, entonces la estudiante es una víctima, no una perpetradora, al menos en términos de derechos humanos. Su consentimiento en el quid pro quo ilegal es el resultado de una situación desesperada: el consentimiento de la estudiante (o de sus padres) no es “libre”, sino coaccionado.

Las licitaciones públicas son el sector económico más susceptible a la corrupción; la UE estima que se pierde cerca del 13% de todos los gastos del presupuesto para las adquisiciones públicas¹⁸. Aquí, los competidores sin éxito son las víctimas potenciales si no se les adjudica el contrato debido a criterios ajenos, al menos si tenían una expectativa concreta respecto del contrato y no una mera prospectiva

abstracta. Por supuesto, los clientes y los usuarios finales también se ven afectados por la corrupción en las licitaciones públicas, cuando tienen que pagar precios más altos o si reciben un producto que no vale lo que cuesta porque se han desviado fondos durante el proceso de producción. En este contexto, surge una cuestión paralela respecto de las normas internacionales sobre inversiones. ¿Acaso la corrupción debería ser calificada como una violación de los derechos de los inversionistas (como el estándar de trato justo y equitativo)?¹⁹.

En el proceso político, los votantes se ven afectados de manera adversa por la dependencia financiera de los candidatos a los grandes contribuyentes, si los candidatos están políticamente en deuda con tales contribuyentes después de la elección y si los votantes desconocen de tales intereses personales. La interrogante ahora es si esas personas que se ven afectadas directa o indirectamente están suficientemente individualizadas, y si los derechos humanos están realmente en juego en estos escenarios.

¿Cuáles derechos humanos?

La cuestión no es si hay o debería haber un (nuevo) derecho humano a una sociedad libre de corrupción²⁰. Tal derecho

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

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

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

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

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

no está reconocido por la práctica jurídica ni existe necesidad de ello. Más bien, la corrupción afecta a los derechos humanos ya reconocidos y que están codificados en los Pactos sobre los derechos humanos de la ONU. En la práctica, los derechos sociales son los que resultan más afectados, especialmente por la corrupción menor. Por ejemplo, la corrupción en el sector salud afecta el derecho de cada persona a recibir el más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o PIDESC); en el sector educativo, el derecho a la educación (artículo 13 PIDESC) está en juego.

Sin embargo, también los clásicos derechos humanos liberales pueden ser socavados por la corrupción: si un prisionero tiene que darle algo al guardia a cambio de una manta o por una mejor comida, entonces el derecho básico del prisionero a tener condiciones humanas de detención (artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en lo sucesivo PIDCP) se ve afectado. Si, como tienden a pensar la mayoría de los autores, el surgimiento actual del tráfico humano se hace posible y se ve facilitado principalmente por la corrupción que induce a la policía y a los guardias fronterizos a hacer la vista gorda, entonces esto afecta al derecho humano a la protección contra la esclavitud y la servidumbre (artículo 8 PIDCP)²¹. Obviamente, la corrupción en la administración de justicia hace peligrar los derechos básicos a la protección judicial, incluido el derecho a un juicio justo sin demora indebida (artículo 14 PIDCP). También el derecho humano a asociarse y el derecho (laboral) a organizarse (artículo 22 del PIDCP y las Convenciones relevantes de la Organización Internacional del Trabajo,

OIT) pueden ser transgredidos por los sobornos ofrecidos por la industria a los funcionarios de un ministerio del trabajo a fin de facilitar la renuncia de un líder sindical, como se señaló en una demanda laboral en Indonesia²². Sin embargo, en otros casos de gran corrupción y del soborno de funcionarios públicos extranjeros las implicaciones para los derechos humanos son menos claras, como en cuanto al efecto del nepotismo en el derecho al acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 25.c PIDCP).

¿Violación de derechos humanos?

La tercera interrogante es si tiene siquiera sentido hablar de violaciones de los derechos humanos. En la práctica predominante de las Naciones Unidas, solo se utiliza un vocabulario débil para hacer la conexión, tanto en documentos estratégicos—como los nuevos informes del Consejo de Derechos Humanos—como en la práctica de supervisión por parte de los cuerpos creados en virtud de tratados y el Consejo de Derechos Humanos derivado de la Carta de la ONU, de casos específicos ya sea por países, por temas o individuales. Solo unos cuantos informes y comunicados gubernamentales hablan de violaciones propiamente dichas²³.

1365-1428.

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

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

23 Para una determinación de “violaciones”, véase el prólogo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC, 2003) del Secretario General de la ONU Kofi Annan: “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de Derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.” (cursivas añadidas por la autora); Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights*, in particular, economic, social and cultural rights, Informe preliminar de la

La mayoría de los textos se refieren únicamente al “impacto negativo” del disfrute de los derechos humanos²⁴ o afirman que la corrupción “socava” los derechos humanos²⁵ o enfatiza el “efecto grave y devastador” de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos²⁶.

Es típico para este enfoque una sentencia de 2010 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, por sus siglas en inglés) en un procedimiento instituido por una ONG respecto de corrupción en el sector educativo de Nigeria. El Tribunal señaló que la corrupción en el sector educativo tiene un “impacto negativo” sobre el derecho humano a una educación de calidad, tal como se garantiza en el Artículo 17 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero no constituye per se una violación de ese derecho²⁷. El Tribunal consideró que la corrupción es en primer lugar un asunto de Derecho penal y civil doméstico, pero no del Derecho internacional de los derechos humanos, por lo que le compete a los tribunales domésticos lidiar con ellos. Por ello estimó que, al menos a primera vista, lo anterior no cae dentro de la jurisdicción del tribunal regional de derechos humanos de ECOWAS²⁸.

Relatora Especial, Sra. Christy Mbonu, del 7 de julio de 2004 (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/23), párr. 57: “la corrupción, ya sea sistémica, endémica o leve, impide a los ciudadanos disfrutar de todos los derechos recogidos en los instrumentos internacionales” (cursivas añadidas por la autora); *ibid.*, Informe de progreso presentado por la Relatora Especial, 22 de junio de 2005 (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/18), párr. 24: “Se viola un derecho fundamental si, aprovechando la pobreza, los partidos políticos compran votos e impiden con ello al electorado votar por los mejores candidatos” (cursivas añadidas por la autora). Consejo de Derechos Humanos, Mejores prácticas para luchar contra las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de todos los derechos humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del 15 de abril de 2016 (UN Doc. A/HRC/32/22), declaraciones de Bahrein (párr. 15); Estonia (para. 25); Georgia (párr. 31); Mauricio (párr. 50); Rumania (párr. 66).

- 24 Consejo de Derechos Humanos, Mejores prácticas, 2016 (n. 23); Consejo de Derechos Humanos, Res. 29/11 “Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos” del 2 de julio de 2015; Informe Final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre el asunto del impacto negativo de la corrupción sobre el disfrute de los derechos humanos (UN Doc. A/HRC/28/73) del 5 de enero de 2015, especialmente párr. 21; Declaración inaugural por Naví Pillay, Alto Comisionado de Derechos Humanos, Panel sobre “el impacto negativo de la corrupción en los derechos humanos” del 13 de marzo de 2013, en: *Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Oficina del Alto Comisionado*, 8-10 (8).
- 25 Comisión de los Derechos Humanos de la ONU, Subcomisión: “Profundamente preocupada por el hecho de que el fenómeno de la corrupción perjudica gravemente al disfrute de los derechos humanos, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos” (Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Resolución del 5 de agosto de 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/L.24/ Rev.1, segundo párrafo del preámbulo, cursivas añadidas por la autora).
- 26 Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Informe de progreso de la Relatora Especial de 2005 (n. 23), párr. 41.

- 27 Tribunal de Justicia de la Comunidad ECOWAS, *The Registered Trustees of the Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. the Federal Republic of Nigeria and Universal Basic Education Commission*, Fallo de 30 de noviembre de 2010 (ECW/CCJ/JUD/07/10), párr. 19: “granting that the ICPC report has made conclusive findings of corruption that per se will not amount to a denial of the right of education. Admittedly, embezzling, stealing or even mismanagement of funds meant for the education sector will have a negative impact on education since it reduces the amount of money made available to provide education to the people. Yet it does not amount to a denial of the right to education, without more. (...) There must be a clear linkage between the acts of corruption and a denial of the right to education. In a vast country like Nigeria, with her massive resources, one can hardly say that an isolated act of corruption contained in a report will have such devastating consequence as a denial of the right to education, education, even though as earlier pointed out it has a negative impact on education.” (énfasis añadido). Véase también *ibid.*, párr. 28.
- 28 *Ibid.*, parás. 20-21. párr. 21: “This Court will only hold a State accountable if it denies the right to education to its people. Funds stolen by officers charged with the responsibility of providing basic education to the people should be treated as crime, pure and simple or the culprits may be dealt with in accordance with the applicable civil laws of the country to recover the funds. Unless this is done, every case of theft or embezzlement of public funds will be treated as a denial of human rights of the

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

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

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

Tres dimensiones de las obligaciones

Todos los tipos de derechos humanos dan origen a tres clases de obligaciones; concretamente: obligaciones de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos. La obligación de respetar es esencialmente una obligación negativa de evitar las intromisiones. La obligación de proteger se refiere principalmente a la protección contra peligros que surgen de terceros. La obligación de cumplir requiere una acción positiva por parte del Estado. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) divide esta obligación a su vez en tres* subcategorías: facilitar, otorgar y promover³¹.

Obligaciones de los funcionarios y del Estado

Debemos distinguir dos puntos de contacto en este sentido: primero, la conducta corrupta específica de un funcionario individual que se le atribuye al Estado debido al estatus del funcionario; y segundo, la política general anticorrupción

people (...) That is not the object of human rights violation in this Court where every breach or violation must be specifically alleged and proved by evidence.” Véase también *ibid.*, párr. 24: “[T]his Court will not have the power to order the defendants to arrest and prosecute anybody to recover state money.”

- 29 Corte Constitucional de Sudáfrica, *South African Association of Personal Injury Lawyers v. Health and Others*, 28 de noviembre de 2000, (CCT 27/00) [2000] ZACC 22, párr. 4. Véase también *ibid.*, *Hugh Glenister v. President of the Republic of South Africa and others*, 17 de marzo de 2011, (CCT 48/10) [2011] ZACC 6, párr. 176: “Endemic corruption threatens the injunction that government must be accountable, responsive and open [...]”; párr. 177: “It is incontestable that corruption undermines the rights in the Bill of Rights, and imperils democracy”.
- 30 [2012] 9 S.C.R. 601 602 *State of Maharashtra through CBI, Anti Corruption Branch, Mumbai v. Balakrishna Dattatrya Kumbhar* (Apelación penal n.º 1648 of 2012), 15 de octubre de 2012, párr. 14.

* En la versión en inglés de la Observación General n.º 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), existen tres subcategorías de la obligación de cumplir (fulfil [facilitate], fulfil [provide], fulfil [promote]); sin embargo, en su traducción oficial al español, solo se observan dos de esas sub-categorías (cumplir [facilitar] [...]cumplir [promover]). Para efectos de este artículo, se decidió traducir fulfil [provide] por cumplir [otorgar], con lo que se mantiene la distinción original de tres subcategorías (Nota de los Traductores).

31 Esta triple división fue introducida por el CDESC en la Observación General n.º 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)” (2000), párr. 37.

del Estado en su conjunto, en su calidad de persona jurídica internacional.

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

Obligaciones de proteger por parte del Estado

En la siguiente discusión, me centraré en el nivel macro, concretamente en la interrogante de cómo calificar—desde la perspectiva de estas tres dimensiones de la obligación—la ausencia de medidas anticorrupción efectivas en un Estado donde la corrupción es galopante. La deficiente implementación, aplicación y cumplimiento de medidas anticorrupción efectivas constituyen esencialmente una omisión del Estado. Dado que los derechos humanos dan lugar a las referidas obligaciones de actuar, las omisiones pueden constituir una violación³². Las medidas anticorrupción efectivas pueden considerarse como una vía para cumplir con

una de las tres facetas de la obligación positiva de cumplir (facilitar, otorgar y promover)³³.

Empero, las obligaciones de proteger los derechos humanos parecen ser todavía más relevantes que las obligaciones de cumplir. En principio, tales obligaciones están dirigidas a las tres ramas de gobierno. Obligan al poder legislativo a promulgar leyes efectivas³⁴; al poder ejecutivo, a asumir medidas administrativas efectivas; y al poder judicial, a comprometerse con procesos legales efectivos.

La jurisprudencia de los órganos internacionales no responde claramente a la interrogante de si tales obligaciones de proteger—especialmente la manifestación problemática de un derecho para que se reformen leyes o el caso extremo de una obligación de enjuiciar³⁵—surgen o no de hecho a partir de un derecho individual de las víctimas de corrupción, o solo de la dimensión de los derechos humanos involucrados conforme al Derecho objetivo. Hasta ahora, la jurisprudencia no ha clarificado si el poder legislativo solo está sometido a una obligación (“objetiva”) de subsanar lagunas jurídicas, o si los individuos podrían tener el derecho individual (“subjetivo”) a que el poder legislativo adopte leyes³⁶.

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

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

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

35 Véase Anne Peters, *Jenseits der Menschenrechte* (Tübingen: Mohr 2014), 234-245.

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

La obligación de proteger fue desarrollada con relación a los peligros que surgen de terceros, como los operadores económicos³⁷. La obligación de proteger es, por tanto, adecuada para otorgar apoyo adicional a los derechos humanos por³⁸ la criminalización del cohecho exigido por la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE. Las obligaciones del Estado de proteger respecto de las actividades de las corporaciones transnacionales, con base en los derechos humanos, se exponen en el soft law de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU del 2011 (Principios Ruggie)³⁹.

Conforme a los derechos humanos, la obligación de proteger no solo requiere que el Estado proteja frente a los

actos de las personas privadas, sino también que reduzca los riesgos estructurales por los derechos humanos en los que los propios funcionarios del Estado estén involucrados⁴⁰. Por ejemplo, en el caso de violencia policial contraria a los derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exige que el Estado investigue y procese a los responsables luego de tales incidentes⁴¹.

Si aceptamos que la corrupción galopante constituye un peligro estructural permanente para muchos de los derechos humanos de las personas sometidas de facto al poder de los funcionarios—en casos que involucran la inacción plena del Estado o medidas anticorrupción evidentemente deficientes—, el Estado es en cualquier caso responsable, de acuerdo con el Derecho internacional, por la omisión de cumplir con sus obligaciones de prevenir y proteger⁴².

Estas obligaciones derivadas de los derechos humanos, a su vez, fortalecerían significativamente las obligaciones preventivas, específicamente de acuerdo con la normativa anticorrupción. El Capítulo II de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) exige que los Estados parte adopten una serie de medidas preventivas, que van desde el establecimiento de un cuerpo anticorrupción y la

de acuerdo con el Derecho constitucional, debido a los cambios de las circunstancias y si el poder legislativo, aun así, no ha actuado o bien ha promulgado medidas correctivas evidentemente deficientes” (Tribunal Federal Constitucional de Alemania, BVerfGE 56, 54 y ss., 81 [Dictamen del 14 de enero de 1981]—Fluglärm, párr. 66, traducción de la autora). Véase también BVerfGE 88, 203 y ss.—Schwangerschaftsabbruch II; BVerfGE 46, 160 y ss.—Schleyer. El mismo razonamiento parece ser válido en el ámbito internacional.

- 37 Para el acceso a la salud, véase, p. ej., CDESC, Observación General n.º 14 (n. 31), párr. 51: “ Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; [...]” (cursivas añadidas por la autora).
- 38 Por “cohecho de un servidor público extranjero” se entiende el realizado por parte de una compañía sujeta a la jurisdicción de un Estado parte (artículos 1 y 4 de la Convención para Combatir el Cohecho de la OCDE de 1997, n. 6).
- 39 Principios Rectores de la ONU sobre los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales (UN Doc. A/HRC/17/31), 21 de marzo de 2011; adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 6 de julio de 2011 (UN Doc. A/HRC/RES/17/4).

- 40 Véase Franz Christian Ebert/Romina I. Sijniensky, “Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?” *Human Rights Law Review* (2015), 343-368.
- 41 TEDH, 27 de septiembre de 1995, McCann and Others v. UK, No. 18984/91, párrs. 157 y ss.; TEDH, 9 de abril de 2009, Silih v. Slovenia, No. 71463/01, párrs. 192 y ss.; sobre la obligación de instaurar procesos penales: TEDH, 15 de diciembre de 2009, Maiorano and Others v. Italy, n.º 28634/06, párr. 128.
- 42 Corte Constitucional de Sudáfrica, Glenister (n. 29), párr. 177: “The state’s obligation to ‘respect, protect, promote and fulfil’ the rights in the Bill of Rights thus inevitably, in the modern state, creates a duty to create efficient anti-corruption mechanisms”. En la literatura, véase Magdalena Sepúlveda Carmona/Julio Bacio Terracino, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, en: Martine Boersma/Hans Nel-len (eds.), *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives* (Antwerp: Intersentia 2010), 27.

reorganización del servicio público, hasta la promulgación de códigos de conducta para funcionarios públicos, la reorganización de las adquisiciones públicas y la prevención del lavado de dinero. Desde la perspectiva del Derecho internacional general, estas son obligaciones de prevenir. Dado que la formulación de las obligaciones de la CNUCC es más bien indicativa, es casi imposible atribuir responsabilidad internacional a un Estado parte si omite el cumplimiento de sus obligaciones, o lo hace de manera insuficiente. Sin embargo, si interpretamos las obligaciones de la CNUCC de acuerdo con el derecho relativo a derechos humanos (artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), aparentemente las medidas aquí mencionadas deben, de hecho, tomarse de una manera efectiva para cumplir con las obligaciones de proteger y cumplir (incluida la prevención) sobre la base jurídica de los derechos humanos⁴³.

Obligaciones procedimentales

Al atravesar las tres dimensiones (respetar, proteger y cumplir) de las obligaciones de los derechos humanos, las obligaciones procedimentales surgen de todos los tipos de derechos humanos. En la jurisprudencia del TEDH, estas constituyen la “rama procedimental” de los derechos contemplados por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Dentro del alcance de los derechos humanos sociales, se hace referencia a las mismas como “requerimientos del proceso”⁴⁴. Aquí, una de sus funciones es operar como

indicador para el cumplimiento de la obligación progresiva de implementar, lo cual es muy difícil de medir. Los elementos procedimentales también son centrales para combatir la corrupción. Los requerimientos del proceso de los derechos humanos muy probablemente incluyen obligaciones de planificación⁴⁵ y de monitorización⁴⁶. Las obligaciones de transparencia son especialmente importantes. No es coincidencia que la ONG anticorrupción más conocida en el mundo se denomine “Transparencia Internacional”. La transparencia es también un principio fundamental de la CNUCC (2003)⁴⁷.

Por consiguiente, las obligaciones procedimentales conforme a la CNUCC, especialmente los requerimientos de divulgación y publicación que pueden ser un medio efectivo para reducir la corrupción, se basan igualmente en los derechos humanos⁴⁸. Visto desde esa óptica, la no satisfacción de estas obligaciones constituye al mismo tiempo una violación de los derechos humanos respectivos.

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

44 Véase Philipp Alston/Gerard Quinn, “The Nature and Scope of State Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly* 9 (1987), 156-229,

180 (respecto de la determinación sobre si se utilizó “el máximo de los recursos disponibles”).

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

46 Véase CDESC, Observación General n.º 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1) (1990), párr. 11; Directrices de Maastricht (n. 32), párr. 15.f).

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

48 Véase, p. ej., CDESC, Observación General n.º 12, El Derecho a una alimentación adecuada (art. 11) (1999), párr. 23 sobre la transparencia como principio rector para la formulación de estrategias nacionales respecto del derecho a la alimentación.

Obligaciones independientes del resultado

Una interrogante que se sigue de lo anterior es si un Estado corrupto viola sus obligaciones de protección y sus obligaciones procedimentales solo cuando y si, de hecho, se cometen (o se continúan cometiendo) actos individuales de corrupción. En el contexto de las obligaciones internacionales de prevenir, la obligación primaria específica determina si “prevenir” significa que el Estado debe en realidad evitar el resultado indeseable, o bien si el Estado está meramente obligado a emplear todos los medios razonables y apropiados en el sentido de una obligación de diligencia debida que es independiente del resultado⁴⁹.

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

diferente al caso de la obligación de prevenir el genocidio, por ejemplo. En ese caso, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sostuvo que “se puede responsabilizar a un Estado por violar la obligación de prevenir el genocidio solo si este realmente fue cometido”⁵¹. Esta diferencia en la evaluación se justifica porque el genocidio es un delito de resultado en términos del Derecho penal, a diferencia de los delitos de peligro, que serían de mera actividad.

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

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

49 Véase James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge, 2013), 227.

50 Lord Hewart CJ, *The King v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, 9 de

noviembre de 1923, 1 King's Bench Division, 256–260 (259); citado sin fuente en TEDH, 17 de enero de 1970, *Delcourt v. Belgium*, No. 2689/65, párr. 31.

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

La corrupción como una violación de las obligaciones fundamentales expresadas en el Artículo 2.1 del PIDESC

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

El artículo 2.1 del PIDESC, el cual establece las obligaciones fundamentales de los Estados partes, contiene cuatro componentes que están sujetos a monitorización por el cuerpo del tratado, el CDESC⁵². Cada componente es un punto de partida para las obligaciones específicas del Estado, incluidas las del campo de la anticorrupción. Cada una de estas obligaciones pueden tornarse difíciles o imposibles de cumplir en las circunstancias de la gran corrupción o la corrupción menor.

El primer elemento—la obligación central—es “adoptar medidas”. Tales medidas, según el CDESC, deben ser “deliberadas, concretas y orientadas”⁵³. Es fácil ver que los pasos a tomar deben incluir la eliminación de obstáculos para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Dado que la corrupción constituye un gran obstáculo,

el PIDESC requiere en principio que los Estados adopten medidas anticorrupción⁵⁴. En sus lineamientos para el informe nacional, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la existencia, facultades y presupuesto de una autoridad anticorrupción nacional, son indicadores estructurales para los informes nacionales sobre el progreso⁵⁵.

El segundo componente de la obligación de implementación establecido en el artículo 2 del PIDESC es que el Estado parte debe adoptar estas medidas “para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Este componente obliga a las partes a otorgar una cierta prioridad a la asignación de recursos para el logro de los derechos humanos⁵⁶. La malversación de fondos públicos en el más alto nivel viola esta obligación porque, en tales casos, se le da prioridad al financiamiento del estándar de vida de funcionarios públicos de alto nivel por encima del respeto de los derechos humanos sociales⁵⁷.

El tercer elemento es agotar todas las posibilidades que tiene el Estado a su disposición (“hasta el máximo de sus recursos disponibles”). Primeramente, el propio Estado parte define cuáles recursos están disponibles y cuál es el máximo de estos⁵⁸. Sin embargo, de acuerdo con los Principios de

52 Sobre la operatividad de estos elementos, véanse los Principios de Limburgo sobre la Implementación del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986), *Human Rights Quarterly* 9 (1987), 122-135; Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997), *Human Rights Quarterly* 20 (1998), 691-704; CDESC, Observación General n.º 3, *The Nature of States Parties' Obligations* (Art. 2, párr. 1) (1990).

53 CDESC, Observación General n.º 3 (n. 52), párr. 2.

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

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

56 Véanse los Principios de Limburgo (n. 52), párr. 28; CDESC, Observación General n.º 12 (n. 48), párrs. 17 y 14 (n. 37), párr. 47. En la literatura, véase Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Antwerp: Intersentia 2003), 332-335.

57 Véase Boersma 2012 (n. 5), 233.

58 Véase Ben Saul/David Kinley/Jacqueline Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 143.

Limburgo, el CDESC puede considerar el “uso equitativo y efectivo de [...] los recursos disponibles” cuando se determine que el Estado parte ha adoptado las medidas apropiadas⁵⁹. Asimismo, el componente da lugar a una prohibición contra el desvío de recursos asignados originalmente para propósitos sociales⁶⁰. En sus observaciones finales sobre los Estados individuales, los distintos órganos de derechos humanos se refieren regularmente a la importancia de medidas anticorrupción precisamente en este contexto⁶¹.

De hecho, la gran corrupción priva al Estado de recursos de una manera “inequitativa”. Esto es evidente cuando los fondos son malversados directamente del presupuesto del gobierno. También ocurre en el caso de proyectos de infraestructura excesivos o “elefantes blancos” y la compra exagerada de equipamiento militar. Cuando se desarrollan edificios, carreteras, aeropuertos, etc., con una calidad inferior, los fondos presupuestados para los materiales de construcción pueden ser desviados fácilmente por empleados de alto nivel del gobierno. Del mismo modo, la corrupción menor priva indirectamente al Estado de recursos, en tanto disminuye el cumplimiento de los pagos de impuestos. Las personas afectadas no ven por qué deben pagar al gobierno dos veces—una vez a través de impuestos y otra vez directamente a funcionarios gubernamentales corruptos—. Incluso, la sola apropiación de un presupuesto inflado para el trabajo de relaciones públicas del gobierno puede ser inequitativo si los miembros del Parlamento que lo aprueban saben que el renglón del presupuesto se está utilizando para desviar fondos, típicamente a través de la aceptación de facturas infladas de compañías consultoras pagadas por agencias del gobierno, mientras los consultores transfieren el dinero nuevamente a las cuentas privadas de funcionarios del ministerio (comisiones ilegales, “kick backs”). En cada

caso, debe decidirse cuándo ha sido violada la obligación de utilizar los recursos disponibles, conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del PIDESC.

El cuarto componente de la obligación fundamental establecida en el PIDESC es emplear “todos los medios apropiados”, a la cual regresaré en la Sección 3.9. Cuando el Estado parte no cumple con ninguna de estas obligaciones⁶², no está cumpliendo con el Pacto. En el análisis final, el CDESC podría, *lege artis* y como una forma de continuar su propia práctica y aquella de los Estados partes, utilizar los procedimientos de monitorización existentes para plantear la determinación autoritativa de que un Estado que adopta una política anticorrupción evidentemente deficiente frente a la corrupción galopante viola su obligación fundamental establecida en el PIDESC.

Causalidad de la violación de derechos humanos

Un problema doctrinal clave para poder determinar la violación de los derechos humanos a través de una conducta corrupta es la causalidad⁶³. Esto es cierto para las omisiones del Estado en su conjunto, así como para los actos corruptos de funcionarios públicos que ocurren de manera concomitante. Hasta ahora, en los pocos ejemplos en los que los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han abordado casos de corrupción, las decisiones

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

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

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

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

63 Krista Nadakavukaren Schefer, “Causation in the Corruption – Human Rights Relationship”, *Rechtswissenschaft* 1 (2010), 397-425 distingue entre los análisis generales y específicos de causalidad. Los análisis generales de causalidad observan grupos de factores más que un evento e individuo particulares (p. 407). El artículo de Nadakavukaren Schefer se concentra en el análisis general de causalidad, que apela a propósitos predictivos y explicativos más que al análisis individual de causalidad con el propósito de atribuir responsabilidad legal (cf. *ibid.*, nota 35). En cambio, esta contribución se enfoca en el segundo tipo de análisis.

no se enfrentaron a la cuestión de causalidad de una forma sistemática. Por ejemplo, el Tribunal de la Comunidad ECOWAS solo requirió un “vínculo claro entre los actos de corrupción y una denegación del derecho” (en este caso el derecho a la educación) sin describir ese “vínculo” de manera detallada⁶⁴.

Principios jurídicos internacionales

La determinación de la causalidad jurídica se basa en los principios del Derecho de la responsabilidad del Estado⁶⁵. Salvo que existan reglas especiales, estos principios se aplican a la responsabilidad del Estado que surge de violaciones a los derechos humanos⁶⁶. No existen reglas de causalidad uniformes en el Derecho internacional⁶⁷. El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, Proyecto de Artículos de la CDI) es omiso respecto del vínculo causal entre la conducta y la transgresión legal (“causa de hecho”)⁶⁸. Pero al menos el artículo 31 rige el vínculo causal entre la transgresión legal y el daño (el “ámbito de responsabilidad”)⁶⁹. En el área

de derechos humanos, el “daño” reside en la violación del derecho en sí misma, y por ende es principalmente inmaterial. Cualquier daño material adicional (como una pérdida de ingreso, costos de tratamiento médico, etc.) son más bien la excepción. En otras áreas del derecho, los daños pueden ser mencionados en la misma norma primaria (p. ej., artículo 139.8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). Entonces, la norma solo es violada si se ocasiona un daño. Cuando se trata de este tipo de norma, se pierde la distinción entre causa de hecho y ámbito de responsabilidad⁷⁰.

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

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

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

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

67 Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía (EECC, por su sigla en inglés), Decisión n.º 7: Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability, 27 de julio de 2007, párrs. 8-9.

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

69 Plakokefalos destaca la frecuente falta de distinción entre los dos aspectos de causalidad en los precedentes legales internacionales: Ilias Plakokefalos, “Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity”, *European Journal*

of International Law 26 (2015), 471-492, especialmente en la p. 475.

Por ejemplo, en el Derecho alemán los dos aspectos son llamados “haftungsbegründende Kausalität” y “haftungsausfüllende Kausalität”.

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

71 Respecto del vínculo causal entre la transgresión legal y el daño respecto del reconocimiento de “satisfacción justa” de acuerdo con el artículo 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), véase TEDH, *Case of Chevrol v. France*, n.º 49636/99, 13 de febrero de 2003, párrs. 86-89; *Case of Sylvester v. Austria*, n.º 36812/97 y 40104/98, 24 de abril de 2003, párrs. 79-92 (especialmente 81-84, 91); *Case of Nowicka v. Poland*, n.º 30218/96, 3 de diciembre de 2002, párrs. 79-83, especialmente 82. En estos casos, el TEDH negó un vínculo causal suficiente entre las violaciones de los derechos humanos identificadas y la pérdida pecuniaria reclamada, p. ej., pérdida de ingresos debido al no reconocimiento de un diploma (Chevrol), pérdida del trabajo debido a un viaje emprendido para visitar a un niño que había sido secuestrado en violación del derecho a la vida en familia (Sylvester); compensación por encarcelamiento excesivamente largo en violación al artículo 4 CEDH (Nowicka). Sin embargo, los requisitos para que haya tal causalidad no se examinaron con ningún detalle.

reconoce que la causalidad (en el sentido de *conditio sine qua non* o “necesidad”) debe suplementarse con un elemento evaluativo que “en la consideración jurídica” corta las cadenas de la causalidad que son excesivamente largas⁷². Debe existir “inmediación”⁷³ entre la transgresión legal y el daño. Solo en los casos de daños o pérdidas que “no son muy distantes”⁷⁴, se amerita una reparación⁷⁵. La “inmediación” se determina sobre la base de los criterios objetivos de “consecuencia natural y normal”⁷⁶ y el criterio subjetivo de “previsibilidad”⁷⁷.

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

73 EEC Dec. n.º 7 (n. 67), párr. 13.

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

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

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

77 EEC Dec. n.º 7 (n. 67), párr. 13. Véase el Caso *Naulilaa: Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l’Afrique* (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal v. Germany), 31 de julio de 1928, RIAA vol. II, 1011-1033 (1031). Cour permanente d’Arbitrage, *Affaire relative à la*

Al ser aplicados a nuestro esfuerzo por determinar el vínculo causal entre el acto corrupto y la transgresión jurídica (causa de hecho), estos términos transmiten la idea de que los actos (u omisiones) corruptos ocasionan violaciones de los derechos humanos en el sentido jurídico solo si las violaciones—a derechos como el de alimentación, vivienda o educación—son previsibles y no están muy distantes de los funcionarios públicos corruptos (o el aparato pasivo del Estado). En muchos casos, el cumplimiento de estos requerimientos es posible. Por ejemplo, el arreglo para que un funcionario de la corte reciba una pequeña suma de dinero para citar a un testigo está causalmente relacionado con la violación del derecho a un juicio justo. Del mismo modo, los sobornos pagados a un empleado de una autoridad ambiental supervisora, cuya intención es inducir al empleado a “hacer la vista gorda” ante la creación de un basurero ilegal de desechos tóxicos, de acuerdo con estos principios, es considerado como una causa de los efectos adversos resultantes en la salud de los residentes locales. En tales casos, la aprobación del basurero ilegal de desechos tóxicos y el daño a la salud son previsibles para el funcionario público y se encuentran dentro del curso regular de las cosas. Por tanto, la tolerancia de la corrupción en la creación del basurero de desechos tóxicos es, a los ojos de la ley, una causa de la violación de los derechos humanos de los residentes locales en términos del respeto a sus vidas privadas e integridad física⁷⁸.

concession des phares de l’Empire Ottoman (Grèce v. France), decisión de 24/27 de julio de 1955, UNRIIAA vol. 12, 155-269, p. 218 : “ Les dégâts étaient ni une conséquence prévisible ou normale de l’évacuation, ni attribuables à un manque de précaution de la part de la Grèce. Tout lien adéquat de causalité fait défaut ” (énfasis añadido). El párrafo 14 de la Decisión n.º 7 (n. 67) de la EEC señala que la selección de una fórmula verbal para describir el grado necesario de conexión no deriva necesariamente en resultados distintos.

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

Problemas especiales de la causalidad

Por el contrario, no debería afirmarse la existencia de un vínculo causal jurídico cuando una violación de derechos humanos no ocurre en el curso regular de las cosas y no es previsible. Por ejemplo: asumamos que el cohecho electoral deriva en disturbios después del anuncio de los resultados, es decir, protestas que a su vez son aplacadas mediante la fuerza excesiva de la policía. Entonces, la violación de la libertad de asociación e integridad física de los manifestantes no ha sido—en términos legales—ocasionadas por la corrupción electoral⁷⁹.

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

Un escenario diferente consiste en que varios factores fueron concurrentes (causalidad “concurrente”, “dual”, o “alternativa”), y esta es la situación en la que ambos factores, por sí mismos, habrían sido suficientes para ocasionar

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

Típicamente, no se puede determinar después del hecho si los factores fueron acumulativos (ambos fueron necesarios) o concurrentes (“duales”, o “alternativos”, esto es, cada uno fue suficiente por sí mismo). Al usar nuestro ejemplo, en la vida real sigue siendo irresoluble la determinación de si la escuela habría colapsado en el terremoto aun si hubiese sido construida de forma apropiada. En este tipo de casos, la corrupción podría ser vista como una causa jurídica. Al menos, principios jurídicos generales, como los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, permiten tal conclusión⁸⁰. Sin embargo, persiste la ulterior pregunta de si el vínculo causal es lo suficientemente inmediato como para atribuirle las muertes al supervisor corrupto de la construcción. Esta pregunta debe ser examinada en detalle y, en algunos casos, puede negarse la causalidad.

Una decisión de dudosa causalidad “concurrente” ocurrió en el caso del trabajo infantil en Portugal en la década de 1990. La ONG que presentó una queja ante el Comité Europeo de Derechos Sociales había afirmado, *inter alia*, que la

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

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

Oficina de Inspección Laboral era corrupta. Sin embargo, el Comité opinó que la Oficina de Inspección de todas formas no trabajaba de forma eficiente para monitorizar y remediar la situación, aunque estuviese inducida por la corrupción o no. Sobre esta base, el comité encontró que, en efecto, la situación en Portugal respecto de labores infantiles no era conforme con el artículo 7.1 de la Carta Social Europea (edad mínima de 15 años para los empleos), porque varios miles de niños con una edad menor a 15 años de hecho laboraban⁸¹.

Cuando se observa la situación a lo largo de un período de tiempo, se considera que hay una variante que puede “superar”, “prevenir” o “anular” la causalidad. Por ejemplo, asuma que un juez es sobornado por una de las partes de un juicio civil para que prolongue el proceso. No obstante, dado que las cortes no tienen suficientes recursos humanos y financieros de todos modos, el juicio podría haberse demorado sustancialmente incluso sin este acto corrupto, y tal demora en sí misma habría violado el derecho de una de las partes a un juicio dentro de un período razonable. De acuerdo con la jurisprudencia internacional, tales causas conflictivas no significan que el soborno no sea considerado como una causa jurídica de la violación de los derechos humanos⁸².

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

82 Sin embargo, la jurisprudencia existe solo en relación con el vínculo causal que se requiere para identificar el daño (causalidad tipo “causa de hecho”), y no en relación con el que se requiere entre la conducta y la violación legal (causalidad tipo “ámbito de responsabilidad”): Véase ECCC, *Final Award: Ethiopia’s Damages Claims*, 17 de agosto de 2009, RIAA XXVI, 631-770, 733 (párr. 330): La gente dejó sus sitios de residencia en parte por la sequía y en parte por la guerra, aunque la guerra fue la causa principal. La Comisión de Reclamaciones descartó totalmente la causa adicional potencial (la sequía) para determinar el número de personas desplazadas internamente, lo cual se utilizó, a su vez, para calcular la compensación. Véase también el caso de rehenes en Teherán, el cual muestra también una situación en la que, después del hecho, no se puede determinar con precisión qué causa fue la que

Causalidad en el caso de omisión

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

En el caso del genocidio en Bosnia, la Corte Internacional de Justicia encontró que existe una obligación de prevención aun cuando el Estado no pueda estar seguro de si las medidas preventivas serán exitosas o no⁸³. Esto significa que el Estado no puede evadir la responsabilidad simplemente al mostrar que el genocidio (o, en nuestro caso, la corrupción) habría tenido lugar a pesar de sus esfuerzos para prevenirlo. De tal manera que, aunque la acción preventiva apropiada no habría eliminado el problema, la omisión de actuar adecuadamente todavía cuenta como una causa jurídica. Si la causalidad se negara aquí, el Estado sería capaz de evitar la responsabilidad muy fácilmente. Aun cuando en un sentido

originó, cuándo y cómo, la violación del Derecho internacional: un ataque privado contra la embajada tuvo lugar, pero, al mismo tiempo, Irán no cumplió con la protección a la embajada. La CIJ responsabilizó completamente a Irán y no redujo tal responsabilidad del Estado en virtud de alguna contribución por parte de los estudiantes particulares, que no fuese atribuible a esta violación del derecho internacional (CIJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Reportes de la CIJ 1980, 3 y ss., párrs. 76-77 y 90).

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

científico la omisión de actuar no causó, por tanto, el resultado indeseado (porque el resultado habría ocurrido de todos modos), la causalidad se afirma, no obstante, en un sentido jurídico⁸⁴. De acuerdo con este análisis—común en el Derecho de la responsabilidad civil y el Derecho penal—, se puede hacer responsable a un Estado por un alto nivel de corrupción, aunque no se pueda establecer un vínculo causal entre su omisión de llevar a cabo políticas particulares (p. ej.: el establecimiento de una autoridad anticorrupción con facultades amplias y recursos financieros generosos) y los escándalos de corrupción específicos. Debe entonces considerarse también si una mera correlación estadística de indicadores de corrupción e indicadores de incumplimiento de los derechos humanos puede ser suficiente para afirmar una violación de estos derechos humanos “por” la omisión de esfuerzos anticorrupción por parte del Estado, de manera análoga a la evidencia puramente estadística que es comúnmente utilizada para mostrar una discriminación indirecta.

Atribución al Estado

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

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

Atribución de actos individuales de corrupción

El análisis es diferente en el caso de actos individuales y particulares de funcionarios públicos, especialmente en el área de la corrupción menor. ¿Pueden estos atribuírsele al Estado en su conjunto de manera que generen la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos humanos resultantes? Los funcionarios públicos corruptos obviamente exceden su autoridad formal. Según las normas de la responsabilidad del Estado, no obstante, los actos ultra vires son, en principio, atribuidos también al Estado. La precondition es que un órgano del Estado o una persona autorizada para ejercer autoridad gubernamental actúa “con ese carácter” (precepto 7 de los Artículos de la CDI). Dicha conducta de carácter oficial debe distinguirse de la conducta privada⁸⁵.

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

85 Véase Crawford (n. 49), 136-140.

86 El locus classicus es el caso de la Comisión de Reclamaciones Francia-México, *Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. United Mexican States*, RIAA 5 (7 de junio de 1929), 516-534: Caire, ciudadano francés, administraba una casa-pensión u hostel en México. Un mayor mexicano de las tropas allí apostadas y dos soldados intentaron quitarle dinero a Caire a la fuerza. Cuando Caire se rehusó, el mayor y un capitán de la misma brigada arrestaron a Caire, lo buscaron, lo llevaron a otro pueblo y lo mataron. El tribunal arbitral consideró esta conducta como un acto oficial atribuible al Estado. La responsabilidad fue justificada “lorsque ces organes agissent en dehors de leur compétence, en se couvrant de leur qualité d’organes de l’État, et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition” (530). Véase también Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., *Yeager v. Iran*, Caso n.º 10199, Sentencia n.º 324-10199-1, 2 de noviembre de 1987, Claims Tribunal Reports (CTR) 17 (1987), 92-113. El asunto en cuestión aquí fue una reclamación contra

Comentario de la CDI, es importante saber si la persona corrupta actuaba supuestamente en su carácter oficial y con “autoridad aparente”⁸⁷.

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

Ciertamente surgen algunas preguntas específicas. Podría discutirse si se considera que la “corrupción libremente consumada” puede quedar fuera tanto de la autoridad real

como aparente del servidor público, de tal manera que no podría considerarse que actúa “en su función [gubernamental]”⁸⁸. Otra cuestión es si, en el caso del cohecho, la característica calificativa del delito, particularmente la existencia de un acuerdo ilegal (*quid pro quo*) entre el que soborna y el servidor público (dinero en efectivo a cambio de algún tipo de acción o inacción gubernamental) tendría que ser tomado en cuenta para la determinación de atribución de la acción o inacción del servidor público del Estado. Uno podría preguntarse si el conocimiento del que soborna respecto de la ilegalidad de la conducta del servidor público, o su participación en ella, excluye cualquier atribución de esa conducta al Estado. Pero tal falta de atribución sería justa solo si el funcionario había sido totalmente pasivo, y atraído a la corrupción por el “mal” sobornador, una situación que es imposible de reconstruir y quizá también poco realista⁸⁹. De cualquier manera, la atribución al Estado no puede ser descartada en la relación entre el Estado y otros actores que buscan invocar la responsabilidad estatal, y que no han participado por sí mismos en la corrupción⁹⁰. Para concluir, el hecho de que la conducta de un funcionario es realizada como un *quid pro quo* en el cohecho normalmente no excluye la atribución de esa conducta al Estado⁹¹. Más aun, otros tipos de conducta corrupta por servidores públicos pueden y deberían ser atribuidos al Estado de acuerdo con los principios de responsabilidad estatal.

Irán, alegando un acto corrupto por parte de un empleado de la línea aérea estatal “Iran Air”. El demandante fue forzado de manera ilegal por la línea aérea a hacer un “pago extra” por un boleto aéreo. El tribunal no atribuyó este acto corrupto del empleado del Estado a Irán: “Acts which an organ commits in a purely private capacity, even if it has used the means placed at its disposal by the State for the exercise of its functions, are not attributable to the State. [...] There is no indication in this case that the Iran Air agent was acting for any other reason than personal profit, or that he had passed on the payment to Iran Air. He evidently did not act on behalf or in the interests of Iran Air. The Tribunal finds, therefore, that this agent acted in a private capacity and not in his official capacity as an organ for Iran Air” (111, párr. 65). Esto es defendible, pero el razonamiento no es persuasivo. Más bien, fue significativo que el empleado no hubiere pretendido exigir el pago extra en nombre del Estado (véase también Crawford 2013 (n. 49), 138).

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

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

89 *Ibid.*, p. 262.

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

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

Atribución como consecuencia del fundamento de proscibir la corrupción

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

A primera vista, el Derecho penal sobre la corrupción y el de los derechos humanos sirven a objetivos distintos. El objetivo de la criminalización del cohecho en el Derecho penal alemán, por ejemplo, es “proteger el funcionamiento de la administración pública y la confianza pública en la objetividad e independencia de la conducta administrativa”⁹². El objetivo es, por tanto, “proteger la institución del servicio público y, por ende, un bien público fundamentalmente importante”⁹³. En este sentido, ¿puede considerarse la corrupción como un ataque contra los derechos humanos, el bien individual legalmente protegido por excelencia? Mi respuesta es que sí, porque, por supuesto, los intereses del individuo son los que sustentan al Estado y al servicio público protegidos por la criminalización del cohecho. El Derecho penal sobre la corrupción tiene que ver con “proteger la confianza en el interés del ciudadano individual”⁹⁴. La protección “del público” y la protección de los derechos humanos de todas las personas en un Estado dado no son, por ende, categorías opuestas o diferentes. El interés público en la legitimidad

del Estado es también lo que sustenta la protección de los derechos humanos. El Estado moderno liberal es legítimo solo si protege los derechos humanos y según el grado en que los proteja.

La diferencia restante es que la corrupción es un delito de conducta, mientras que las violaciones de los derechos humanos pueden encontrarse solo si se produce realmente un daño concreto⁹⁵. Sin embargo, esta importante diferencia estructural no impide la atribución a priori; solo significa que no todo acto corrupto constituye una violación de los derechos humanos. Si, por ejemplo, los obsequios de una compañía farmacéutica entregados a un ministro de salud no tienen éxito, al final, en modificar los patrones del ministro respecto de las compras y la distribución de vacunas en barrios urbanos, ello bien podría ser considerado un cohecho, pero los derechos de los residentes del barrio a la integridad física y al cuidado de la salud no han sido violados puesto que el cohecho no tuvo un impacto en su estándar de atención.

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

92 Matthias Korte, § 331, párr. 8, en: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2.ª ed., Múnich, 2014 (nuestra traducción).

93 *Ibidem*, párr. 12.

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

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

Discriminación

En algunos contextos, ciertos tipos de corrupción podrían violar potencialmente las prohibiciones contra la discriminación contenidas en las convenciones universales y regionales sobre los derechos humanos⁹⁶.

Sin embargo, es necesario abordar algunos obstáculos jurídicos. Notablemente, los Pactos de la ONU contienen prohibiciones adicionales contra la discriminación que se aplican solo en conexión con el ejercicio o disfrute de un derecho perteneciente a esos Pactos⁹⁷.

La corrupción que afecta a los derechos sociales y aquella que se presenta en torno a los derechos de competidores en las licitaciones públicas nunca pueden encuadrarse bajo la cláusula complementaria de no discriminación del PIDCP, puesto que estos derechos no están garantizados por dicho Pacto, por lo que la garantía complementaria de no discriminación (artículo 2.2), no es aplicable en estos contextos. Uno podría pensar en activar la garantía de trato igualitario establecida en el Artículo 26 del PIDCP, pero esta disposición solo prohíbe la arbitrariedad, y sus efectos son obstaculizados todavía más por múltiples reservas de los Estados parte. En general, la garantía autónoma de trato igualitario no parece ofrecer un arma jurídica en contra de la corrupción.

La discriminación en el sentido estricto de los artículos 2.2 del PIDESC y 2.1 del PIDCP entra en juego solo si involucra

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

De manera notable en campañas democráticas, la afluencia democrática de los candidatos políticos puede jugar un papel indebido si la legislación de un Estado no regula adecuadamente las campañas. Por ejemplo, en Tanzania, una ley electoral permitía la “takrima”, o sea, el otorgamiento de ciertos refrescos y regalos a los votantes por parte de los candidatos a puestos políticos. El Alto Tribunal de Tanzania encontró que las disposiciones legales que permiten la “takrima” eran “discriminatorias entre los candidatos de alto

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

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

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

ingreso y los de bajo ingreso”⁹⁹. También concluyó que esta ley violaba los derechos a un tratamiento igualitario y a la no discriminación respecto de la participación política (arts. 7 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) tal como se les incorpora en la Constitución de Tanzania¹⁰⁰.

La discriminación puede estar presente incluso sin el tratamiento desigual enfocado en individuos y grupos de individuos. No se requiere la intención del Estado de discriminar. En particular, todas las convenciones sobre los derechos humanos también protegen contra la discriminación indirecta. Esta puede surgir de una política del Estado que pareciera ser neutral, pero que, en realidad, afecta de manera desproporcionada a ciertos grupos de la población de forma negativa¹⁰¹. Finalmente, la discriminación también puede surgir de una omisión¹⁰², a la cual se hace referencia a veces como “discriminación pasiva”. Las prohibiciones de discriminación no requieren que todos los individuos sean tratados

idénticamente, pero el trato diferencial debe tener una base legal, aspirar a un objetivo legítimo y ser proporcional¹⁰³.

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

99 Alto Tribunal de Tanzania, *Legal and Human Rights Centre and Others v. Attorney General* (Miscellaneous Civil Case No. 77 of 2005) [2006] TZHC 1 (24 de abril de 2006), p. 28; véase también p. 29 (disponible en <http://www.saflii.org/tz/cases/TZHC/2006/1.html>).

100 *Ibid.*, p. 39.

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

102 Para la prohibición de la discriminación expuesta en el PIDESC, véase CDESC, Observación General n.º 20 (n.º 98), párr. 14.

¿Margen de apreciación?

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

Con respecto a los derechos sociales, podría tener más sentido incluso no considerar al cumplimiento menor de la obligación de implementación progresiva como una “restricción” de los derechos, sino más bien verlo como una

103 Véase *ibid.*, párr. 13.

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

limitación inherente al enfoque de los derechos positivos. Un componente de la obligación fundamental del pacto establecida en el artículo 2.1 del PIDESC (ver Sección 3.5. arriba) es el uso de “todos los medios apropiados”. La obligación de utilizar todos los medios apropiados se especifica aún más en Protocolo Facultativo del PIDESC en términos de “razonabilidad” (artículo 8.4 del Protocolo Facultativo)¹⁰⁵.

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

derechos sociales de participación, los derechos sociales solo están a priori “sujetos a lo que es posible”¹⁰⁷.

Por otra parte, los términos “apropiado” y “razonable” también representan una rendija para definir lo fundamental de la acción positiva del Estado (lo cual se denomina en la doctrina de los derechos constitucionales de Alemania como “Untermaßverbot”). No está permitido que las medidas del Estado disten de un nivel mínimo para ser consideradas “apropiadas” o “razonables”. Uno podría entonces argumentar que en ciertas situaciones, en el caso de la demostración empírica de corrupción en un Estado parte, la prohibición de acciones insuficientes requiere que el Estado no solo ratifique los instrumentos anticorrupción internacionales, sino también que lance una campaña anticorrupción y formule una política preventiva¹⁰⁸. Los conceptos de “idoneidad” y “razonabilidad” juegan, por ende, un rol dual: sirven como tope, pero también como suelo¹⁰⁹. Los Estados deben tomar medidas “apropiadas”, ni más, ni menos.

La interrogante ahora es cuándo incumple un Estado con el nivel mínimo y qué institución tiene la facultad para adoptar una determinación autoritativa como resultado de ello. Una vez más, la responsabilidad primaria para evaluar cuáles son los medios apropiados y razonables para satisfacer los derechos sociales yace en el propio Estado parte. El Estado parte debe, como una primera aproximación, decidir qué estrategia anticorrupción desea formular, qué medidas legislativas desea tomar, qué autoridades desea establecer y qué facultades y recursos financieros desea otorgarle a dicha autoridad. En sus precedentes, el CDESC enfatiza que los Estados parte poseen un “margen de apreciación”

105 El artículo 8.4 del Protocolo Facultativo del PIDESC, reza lo siguiente:

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

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

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

108 Véase Boersma, 2012 (n. 4), 233.

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

sustancial en relación con esto¹¹⁰. El Protocolo Facultativo expresamente establece que un Estado parte “puede adoptar una variada gama de medidas posibles para la implementación de los derechos establecidos en el Pacto” (artículo 8.4 del Protocolo Facultativo). En última instancia, sin embargo, el CDESC se reserva el derecho a examinar de manera autoritativa la “idoneidad” de los medios y, por ende, de los recursos financieros¹¹¹, aunque sin la facultad para hacer cumplir su determinación.

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

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

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

¿Debería conceptualizarse la corrupción como una violación de los derechos humanos?

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

Oportunidad para el fortalecimiento moral y práctico de la agenda anticorrupción

Los que proponen que se dote a los instrumentos anticorrupción de un enfoque de derechos humanos creen que esto mejorará tales instrumentos en términos políticos y morales y, por tanto, garantizará una mejor implementación de las medidas anticorrupción¹¹². El argumento clásico es “empoderamiento”. El enfoque de los derechos humanos puede dilucidar los derechos de las personas afectadas por la corrupción, como el derecho a tener acceso al agua potable y a la educación primaria gratuita, y mostrarles cómo, por ejemplo, la malversación de fondos públicos en esas áreas interfiere con el disfrute de los bienes a los cuales tienen derecho. De esta forma, las personas afectadas estarían empoderadas para denunciar la corrupción, a la que, de otro modo, estarían expuestas sin poder hacer nada¹¹³.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU cree que las mayores ventajas consisten, primero, en enfatizar la perspectiva de Derecho penal que existe en el instrumento

anticorrupción menos en los perpetradores individuales y más en una responsabilidad sistémica del Estado y, segundo, en la mejora del estatus de las víctimas¹¹⁴.

La debilidad del enfoque estrictamente de Derecho penal hacia la anticorrupción se ha vuelto evidente especialmente en China y Corea del Norte, donde se puede abusar fácilmente de las amplias e indeterminadas conductas penales para eliminar o, al menos, desacreditar a los opositores políticos¹¹⁵. La perspectiva de los derechos humanos cambia de énfasis, de la represión hacia la prevención¹¹⁶ y, por tanto, está más lejos de la iniciación de procesos penales abusivos.

Finalmente, la transición del Derecho penal a los derechos humanos cambia la intensidad y carga de la demostración y la probanza. Mientras un servidor público acusado de soborno o de abuso criminal de la confianza goza de la presunción de inocencia, el enfoque basado en los derechos humanos requiere que los Estados se exoneren a sí mismos ante los

112 Véase Pearson (n. 4), 46: “It is proposed here that, by examining the human rights cost of corruption, added weight is given to anti-corruption efforts, as well as to human rights protection”; Kumar (n. 96), 43: “Human rights approaches help in exposing violations, and empower victims [...] the moment corruption is recognized as a human rights violation, it creates a type of social, political and moral response that is not generated by crime [...]”.

113 Véase Sepúlveda Carmona/Bacío Terracino, en: Boersma/Nelen (n. 42), 25-49, 48.

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

115 La campaña anticorrupción china fue adoptada formalmente por la III Sesión Plenaria del XVIII Congreso Nacional del Partido Comunista en noviembre del 2013. La institución implementadora es la Comisión Central de Inspección Disciplinaria (Xuezi Guo, “Controlling Corruption in the Party: China’s Central Discipline Inspection Commission”, *The China Quarterly*, 219 (2014), 597-624); <http://thedi diplomat.com/tag/china-anti-corruption-campaign/>; <http://www.scmp.com/topics/xi-jinpings-anti-graft-campaign>, visitados por última vez el 1 de abril de 2016. En Corea del Norte, el General Ri Yong Gil, jefe del Estado Mayor y en el tercer puesto de esa jerarquía militar, fue ejecutado en febrero de 2016 bajo cargos de “faccionario, abuso de poder y corrupción” (*The New York Times*, 11 de febrero de 2016, p. A10; *Neue Zürcher Zeitung*, 12 de febrero de 2016).

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

organismos de los tratados cuando se les acusa de medidas anticorrupción deficientes. Los precedentes generales en el área de derechos humanos sociales requiere que los Estados demuestren que, aunque estén dispuestos a asignar suficientes medios a una autoridad que se encuentre a cargo de asegurar los derechos sociales, no tienen la capacidad para hacerlo debido a la falta de recursos¹¹⁷. Esta regla general debe ser aplicada a las medidas anticorrupción. Por ende, mientras que “credible allegations of corruption are linked with human rights violations, the state would be under a duty to demonstrate that it has taken all appropriate measures to ensure the realisation of the right in question. (...) The absence of any steps taken or blatantly inadequate measures to investigate or tackle alleged acts of corruption would constitute a prima facie case of a human rights violation”¹¹⁸.

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

Recomendaciones prácticas

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

La implementación de esta recomendación incluiría lo siguiente: en el trabajo de los organismos derivados de tratados de derechos humanos, los lineamientos para todos los informes de los países y todas las observaciones específicas concluyentes de los países, así como los mandatos de los relatores especiales, deben incluir la corrupción como un punto de verificación que debe abordarse. Debería permitirse que las ONG de derechos humanos, y también las especializadas en anticorrupción, participen en la Revisión Periódica Universal, así como en la monitorización de tratados específicos. Se podría concebir también una “Observación General sobre la Corrupción y los Derechos Humanos” que se aplique a todos los tratados. Finalmente, se podría incluir un mandato anticorrupción en los estándares

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

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

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

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

internacionales de las instituciones nacionales de derechos humanos¹²¹.

No obstante, el beneficio práctico del cambio de perspectiva es menos cabado en el sentido de que los mecanismos internacionales son en sí mismos débiles cuando se trata de hacer cumplir los derechos humanos. Las opciones de reclamos individuales a nivel internacional son limitadas, pero sí existen algunos espacios, como por ejemplo las comunicaciones individuales a varios Organismos de Tratados de Derechos Humanos. Ciertamente, no debe olvidarse que las instituciones nacionales son las ejecutoras principales de los derechos humanos internacionales. Si una corte nacional tuviere que condenar a órganos del Estado por una violación de los derechos humanos mediante la corrupción, esto en comparación sería una fuerte sanción. En muchos Estados, sin embargo, no se espera esto, debido a la corrupción del sistema judicial¹²². Esto significa que el “empoderamiento”

a través de los derechos humanos se mantiene como algo más simbólico que práctico.

Riesgo de debilitamiento moral

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

Esta crítica fundamental está revestida del lenguaje del relativismo cultural, la ideología o la economía¹²³. Según la crítica, la estrategia anticorrupción es meramente la imposición de un modelo “occidental” particular del Estado en numerosos aspectos: un Estado liberal gobernado por el Estado de Derecho es necesario como un marco regulatorio para una economía de libre mercado. Esta exigencia se basa en una agenda neoliberal que quiere echar para atrás un modelo de Estado intervencionista y altamente burocratizado. La crítica acusa al “Estado de Derecho” de servir principalmente a los intereses económicos de los dueños de propiedades y el capital.

Segundo, conforme a esta crítica, la concepción de la corrupción como un mal se basa en la imagen de un Estado que lleva a cabo sus obligaciones públicas a través de funcionarios públicos que son empleados sobre la base del mérito, y que actúan de acuerdo con las normas legales que formalmente se aplican a todos. Sin embargo, esto descalifica a las comunidades basadas en relaciones familiares y de clanes, las cuales se sustentan mediante el intercambio de obsequios y el otorgamiento de cargos

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

122 Por ejemplo, una organización no gubernamental de España presentó una comunicación ante la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR, por sus siglas en inglés), al sostener que la familia del Presidente de Guinea Ecuatorial (la familia Obiang) desvió los recursos naturales de los ecuatoguineanos para beneficio propio, y estableció y mantuvo un sistema corrupto dentro del Estado, con lo que violó una serie de derechos garantizados por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: los derechos a los recursos naturales (art. 21), el derecho al desarrollo (art. 22), el derecho a la salud (art. 16), el derecho a la educación (art. 17.1), y el derecho a adquirir propiedad privada de forma legal (art. 14). La ACHPR declaró que la comunicación era inadmisibles por falta de agotamiento de los recursos internos (Comunicación presentada en 2007, Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) v. Equatorial Guinea, https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/a_comunicacion_20071012.pdf, visitado por última vez el 18 de febrero de 2016). Quizá, el requerimiento de recursos internos debería ser abordado de forma flexible, pues tratándose de una corrupción prima facie extrema de la judicatura, el recurrir a los tribunales nacionales no debería ser requerido por los órganos internacionales de vigilancia.

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

oficiales a los miembros de los grupos. No se reconocen los valores de reciprocidad y lealtad que sustentan a estas comunidades, sino que, por el contrario, son reemplazados con el pensamiento de la meritocracia occidental y el trato igualitario formal. El argumento del imperialismo jurídico y cultural y del dictado del capitalismo occidental se nutre aún más a través del enfoque de los derechos humanos en las estrategias anticorrupción. De acuerdo con este punto de vista, ambos conjuntos de instrumentos internacionales son meras variantes del imperialismo.

Sin embargo, la investigación económica y antropológica relativiza esta crítica fundamental de estrategias anticorrupción y, de paso, el peligro de que puedan ser debilitadas, al dotarlas de un enfoque basado en los derechos humanos. El argumento de que la anticorrupción y los derechos humanos son estrategias hegemónicas o están dominadas por los Estados Unidos o son estrategias impulsadas por el capital global suena más a un intento para justificar el comportamiento de élites cuyo poder y prebendas se ven amenazados por la anticorrupción y la exigencia de respeto de los derechos humanos. La invocación de prácticas tradicionales, por ejemplo el intercambio de regalos y el ofrecimiento de hospitalidad en sociedades africanas, puede ser y de hecho es abusada por los ricos y poderosos para ocultar la corrupción, especialmente cuando los sobornos sobrepasan las dimensiones de los regalos tradicionales. Por ejemplo, una ley de Tanzania permitía a los candidatos políticos ofrecer regalos a sus votantes, y los llamó por su nombre tradicional “takrima”, supuestamente para obtener legitimidad y aceptación. El Alto Tribunal de Tanzania resolvió que las disposiciones violaban los derechos humanos de los candidatos¹²⁴ y de los votantes: “[T]heir right to vote for a proper candidate of their choice cannot be freely exercised because they will lose that freedom because of being influenced by ‘takrima’. Their right to vote will be subjected to ‘takrima’”¹²⁵. El Alto Tribunal también consideró que “[it did] not see any lawful object which was intended to be

3achieved by the ‘takrima’ provisions apart from legalizing corruption in election campaigns”¹²⁶.

Otro ejemplo es el sistema tradicional de “harambees” en Kenia, que requería a los individuos a contribuir al financiamiento de los proyectos comunitarios. Sin embargo, conforme a un reporte keniano al Ministerio de Justicia, “the spirit of Harambee has undergone a metamorphosis which has resulted in gross abuses. It has been linked to the emergence of oppressive and extortionist practices and entrenchment of corruption and abuse of office”¹²⁷. En el Arbitraje de Inversión World Duty Free, un pago de dos millones de dólares estadounidenses en efectivo como donación personal al Presidente Moi fue declarado por el inversionista extranjero como una forma de “harambee” que permitía a la firma establecer y operar tiendas libres de impuestos (duty free) en aeropuertos de Kenia¹²⁸. Entonces, World Duty Free afirmó que había sido indebidamente expropiado en Kenia. El Tribunal de Arbitraje calificó la donación como un soborno, contrario a “las políticas públicas transnacionalizadas”. Por lo tanto, el contrato no podía ser válido¹²⁹, y la demanda de World Duty Free fue rechazada.

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

126 Ibid., 34.

127 Reporte del Task Force on Public Collections or “Harambees” presentado en 2003 al Ministerio de Justicia de Kenia, citado en CIADI, *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, Caso CIADI No. ARB/00/7, 4 de octubre de 2006, párr. 134.

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

129 Ibid., párr. 157.

124 Véase el texto en la n. 99.

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

Conclusión y perspectiva

Cambio en la prerrogativa de la interpretación

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

En términos jurídicos, la conexión aquí propuesta entre el Derecho de la anticorrupción y la protección de los derechos humanos puede ser interpretada como una integración sistémica de dos subáreas del Derecho internacional. O puede considerarse al enfoque de los derechos humanos aplicado a los instrumentos de la anticorrupción como su constitucionalización. Algunos abogados internacionales critican que esto último suena a “derecho-humanitis” (human rightism)¹³⁰ o a un “orgullo desmesurado” de la protección internacional de los derechos humanos¹³¹. Pero este orgullo desmesurado que se alega también puede ser considerado, en términos más positivos, como la restitución legítima del ser humano como el punto de referencia normativo para todo el derecho, incluido el derecho internacional.

¿Devaluación del Sur Global?

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

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

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

El Estado, los cargos públicos y la universalización

Ya avanzado el siglo XIX, el patrocinio y la compra de cargos públicos eran considerados ampliamente como componentes legales y legítimos de las formas de gobierno, incluso en Europa¹³³. La consciencia de que estas formas

130 Véase Alain Pellet, “‘Human Rightism’ and International Law”, Italian Year-book of International Law 10 (2003), 3-16.

131 Véase Eric Posner, *The Twilight of Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014), 148.

132 Véase Daniel Kaufmann/Pedro C. Vicente, “Legal Corruption”, *Economics and Politics*, 23 (2011), 195-219.

133 Véase Renate Bridenthal, “Introduction”, en: Bridenthal (ed.), *The Hidden History of Crime, Corruption, and States* (Nueva York, Berghahn Publishers 2013), 1-22, 4; Jacob van Klaveren, “Corruption as a

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

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

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

En ambos casos, la libertad de tránsito de un automovilista se ve restringida al verse forzado a pagar. La diferencia es que el peaje de una autopista está basado en la ley que sirve al interés público, es decir, el mantenimiento de la red de autopistas, y se aplica de manera igualitaria para todos al mismo tiempo (con diferencias razonables a partir del tipo de vehículo, número de personas o cualesquiera otros criterios importantes). En contraste, el soborno no está basado en un programa de pagos definido en un metódico

procedimiento político o, al menos, administrativo, pero podría, bajo ciertas circunstancias, ayudar al policía a darle de comer a su familia. La diferencia entre el soborno y un pago del Estado se basa, por tanto, únicamente en la legitimidad y legalidad de las instituciones y procedimientos que lo definen, recogen y utilizan.

La percepción de Agustín de Hipona, según la cual los Estados que no se rigen por la ley y la justicia no son más que bandas de ladrones, no ha perdido su vigencia después de mil años¹³⁴. Solo si esta percepción demuestra ser universalmente aplicable, la estrategia anticorrupción global será exitosa. Y la concepción “individualizada” de la corrupción—específicamente la noción de que la corrupción interfiere con los derechos de cada ciudadano—puede ser una mayor contribución a esta universalización que la invocación de un interés general anónimo y una concepción abstracta de los cargos públicos.

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

Historical Phenomenon”, en: Arnold J. Heidenheimer y Michael Johnston (eds.), *Political Corruption: Concepts and Contexts* (New Brunswick, Transaction Publishers 2002), 83-94. La situación es diferente para el cohecho y para el patrocinio y la compra de cargos públicos. En culturas legales antiguas, pueden encontrarse indicaciones de prohibiciones del cohecho.

Basel Institute on Governance (Instituto de Gobernanza de Basilea)

El Instituto de Gobernanza de Basilea es un centro de competencias independiente sin fines de lucro especializado en prevención de la corrupción, gobernanza pública, gobernanza corporativa y cumplimiento, lucha contra el lavado de activos, cumplimiento de las leyes penales, y recuperación de activos. Ubicado en Suiza, el equipo internacional y multidisciplinario del Instituto trabaja en todo el mundo, con organizaciones públicas y privadas apuntando a su misión de combatir los delitos financieros y mejorar tangiblemente la calidad de la gobernanza a nivel mundial.

El Instituto de Basilea está compuesto de cuatro áreas: el Centro Internacional para Recuperación de Activos (ICAR, por sus siglas en inglés), el área de Gobernanza Pública, el área de Gobernanza Corporativa y Cumplimiento, y el Centro Internacional de Acción Colectiva (ICCA por sus siglas en inglés).

CONTACT

Anne Peters
Prof. Dr. iur., L.L.M. (Harvard)
apeters-office@mpil.de

Basel Institute on Governance
Steinenring 60,
4051 Basel, Switzerland
www.baselgovernance.org
info@baselgovernance.org

Resumen

Es un hecho que los Estados que registran un alto índice de corrupción, o una alta percepción de ella, presentan al mismo tiempo una precaria situación respecto de los derechos humanos. Más allá de esta coincidencia, este artículo busca identificar una relación jurídica concreta entre la corrupción y una protección deficiente de los derechos humanos. Esto parece ser relevante en términos prácticos porque las normas internacionales contra la corrupción existentes solo han tenido hasta el momento un éxito modesto; su implementación podría mejorarse con la ayuda de argumentos e instrumentos de los derechos humanos.

Este artículo, por tanto, discute una doble interrogante: ¿Puede conceptualizarse una conducta corrupta como una violación de los derechos humanos? ¿Debería categorizarse y sancionarse la conducta corrupta como una violación de los derechos humanos? Mi respuesta es que dicha reconstrucción jurídica es plausible y que sus ventajas son mayores que sus riesgos.