

HÉCTOR OLASOLO
VANESSA SUELT COCK

Directores Académicos

LAURA MELISA FLÓREZ CASTILLA

ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO

Coordinadoras

31

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

**Especial atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional**



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN
DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Especial atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional**

Volumen 31

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto

de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)*

*y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales*

de la Universidad de Valencia

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Especial atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional

Volumen 31

Directores Académicos

HÉCTOR OLASOLO
VANESSA SUELT COCK

Coordinadoras

LAURA MELISA FLÓREZ CASTILLA
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO



Facultad de
Jurisprudencia



Facultad de Estudios
Internacionales,
Políticas y Urbanos

tirant lo blanch

Valencia, 2024

Copyright © 2024

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

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

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1071-438-0
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

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

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

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

CAROL PRONER

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

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

Al profesor Germán Alegre, coautor de la presente obra colectiva, por sus excelentes aportaciones en el área de los derechos de participación política. Lamentamos profundamente su recientemente fallecimiento y enviamos nuestro más sentido pésame a su familia.

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional.

A Maria Juliana Conde Arias, Pedro Montano Vélez, Valentina Ramírez Barreda y Gabriela Velásquez Medina, por su apoyo en la preparación de la presente obra colectiva.

Índice

Directores Académicos	15
Coordinadoras	16
Autores.....	17
Abreviaturas.....	21
Prólogo	23
RICARDO RIVERO ORTEGA	
Presentación.....	27
HÉCTOR OLASOLO	
VANESSA SUELT COCK	

1. CORRUPCIÓN Y MAL GOBIERNO: APROXIMACIONES CRÍTICAS DESDE LAS ESPECIFICIDADES NACIONALES LATINOAMERICANAS

Capítulo 1. Colombia.....	53
VANESSA SUELT COCK	
HENRY SALGADO RUIZ	
Capítulo 2. Argentina, Brasil y Chile	93
ANA FLÁVIA AZEVEDO PEREIRA	
JOÃO VICTOR PALERMO GIANECCHINI	
JÚLIA LEAL DA SILVA	
EDUARDO SAAD-DINIZ	
Capítulo 3. México.....	155
VANIA PÉREZ MORALES	
CARLOS HERNÁNDEZ VÁSQUEZ	
ZULIA YANZADIG OROZCO REYNOSO	

Capítulo 4. Análisis comparado	183
GIORGIA PAVANI JACOPO PAFFARINI	

2. LAS RESPUESTAS DESDE ALGUNAS DE LAS PRINCIPALES HERRAMIENTAS DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL, SOCIAL Y DEMOCRÁTICO: ALCANCE Y LIMITACIONES

Capítulo 5. Las respuestas desde una aproximación formal al concepto de estado de derecho	215
HÉCTOR DAVID ROJAS VILLAMIL	

Capítulo 6. Las respuestas desde la participación política y los derechos de la ciudadanía	259
VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ LUCAS FERNANDES DA COSTA GERMÁN ALEGRE	

Capítulo 7. Las respuestas desde los principios de equidad e inclusión	329
MANUELLITA HERMES	

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 8. Conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia	357
HÉCTOR OLASOLO VANESSA SUELT COCK LAURA MELISSA FLÓREZ CASTILLA JORGE DOMÉNICO GALLO OLIVARES GRACIELA VICTORIA CURIEL OLARTE	

Directores Académicos

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Vanessa Suel Cock (Colombia)

Profesora Asociada de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctora en Derecho Público de la Universidad de Salamanca, abogada y especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Directora de la Especialización en Derecho Administrativo y del Semillero de investigación federalismos, regionalismos, autonomías y ordenamientos territoriales transicionales. Coinvestigadora Principal del Proyecto 71848 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional, perteneciente al Programa de Investigación 70593.

Coordinadoras

Laura Melisa Flórez Castilla (Colombia)

Abogada y especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Joven investigadora y consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024).

Ana María Martínez Agudelo (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en derecho ambiental. Especialista en Derecho Internacional y estudiante de la maestría en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024).

Autores

Alegre, Germán (Argentina)

Abogado de la Universidad Nacional de La Plata (Buenos Aires), Especialista y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Austral (Pilar). Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Curiel Olarte, Graciela Victoria (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

De Azevedo Pereira, Ana Flavia (Brasil)

Abogada de la Universidade Federal de Minas Gerais, Magíster en Derecho, Ética y Desarrollo de la Faculdade de Direito de Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo y Especialista de Derecho y Procedimiento Penal del Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Abogada Asociada de Compliance, Derecho Penal Económico e Investigaciones.

Fernandes Costa, Lucas (Brasil)

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo (Brasil). Abogado en la Firma Jurídica Andrade Chamas.

Flórez Castilla, Laura Melisa (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

Gallo Olivares, Jorge Doménico (Colombia)

Ver sección de coordinadores.

Hermes, Manuellita (Brasil)

Doctora en Derecho y Tutela: Experiencia Contemporánea, Comparación y Sistema Jurídico Romanístico y Magíster en Sistemas Jurídicos Contemporáneos en la Università degli Studi di Roma II Tor Vergata en Italia. Procuradora Federal de la Advocacia-Geral da União de Brasil. Coordinadora General de Asuntos Internacionales y Judiciales del Ministerio de Derechos Humanos y de la Ciudadanía de Brasil. Ex-asesora de Ministra del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Profesora del Doctorado, de la Maestría y de la Especialización en Derecho Constitucional del Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Profesora voluntaria de la Universidad de Brasília. Investigadora de Centro de Estudos Constitucionais Comparados de la Universidad de Brasília (CECC).

Hernández Vásquez, Carlos (México)

Abogado de la Universidad Autónoma de México, Magíster en Law Enforcement de la University of Buckingham. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac de México. Consultor de la Association of Certified Financial Crime Specialists (ACFCS), el Instituto Mexicano de Contadores Públicos (IMCP), el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México (INCAM), y del Grupo de Investigación, Análisis y Opinión (GIAO).

Leal Da Silva, Júlia (Brasil)

Abogada de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo en Brasil.

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Orozco Reynoso, Zulia Yanzadig (México)

Socióloga, Magíster en Derecho y Doctora en Urbanismo de la Universidad Autónoma de México. Investigadora del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California.

Paffarini, Jacopo (Italia)

Abogado y Doctor en Derecho Público de la Università degli Studi di Perugia en Italia. Profesor e Investigador del Departamento de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Perugia. Profesor de la Maestría en Derecho, Democracia y Tecnología de la Atitus Educação de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil.

Palermo Gianecchini, João Victor (Brasil)

Abogado y Magíster de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo en Brasil.

Pavani, Giorgia (Italia)

Abogada, Magíster en Ciencias Administrativas y Doctora en Derecho Constitucional de la Università di Bologna. Catedrática de Derecho Publico Comparado del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Università di Bologna. Profesora de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario en Bogotá D.C., Colombia. Profesora del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre de Bogotá D.C.

Pérez Morales, Vania (México)

Licenciada en Ciencias Políticas y Administración Pública, Maestra en Trabajo Social con Enfoque en Desarrollo Humano, y Doctora en Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Integrante del Comité de Participación Ciudadana (CPC) del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA).

Rodríguez, Víctor Gabriel (Brasil)

Abogado, Magíster y Doctor en Derecho Penal de la Universidade de São Paulo en Brasil. Especialista en Derecho Penal de la Universidade de Coimbra. Profesor Asociado del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo. Vicepresidente del Programa para la Integración de América Latina (PROLAM) de la Universidade de São Paulo.

Rojas Villamil, Héctor David (Colombia)

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Filósofo de la Universidad Libre de Bogotá D.C. Magíster en Teoría Jurídica y Doctor en Filosofía de la University of Bristol. Profesor Asistente de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en Bogotá D.C.

Saad Diniz, Eduardo (Brasil)

Abogado y Doctor en Derecho de la Universidade de São Paulo. Doctor en Derecho y Especialista en Victimología de la Universidad de Sevilla en España. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho Ribeirão Preto y del Programa para la Integración de América Latina (PROLAM) de la Universidade de São Paulo.

Salgado Ruíz, Henry (Colombia)

Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Ciencias Sociales con Énfasis en Estudios Amazónicos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, y Doctor en Antropología de la Universidad de Montreal en Canadá. Profesor Asociado y Director del Programa de Sociología de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá D.C.

Suelt Cock, Vanessa

Ver sección de directores académicos.

Abreviaturas

BM	Banco Mundial
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CEPDHLF	Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CNE	Consejo Nacional Electoral
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
COFIPE	Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales
COT	Crimen Organizado Transnacional
EIG	Electoral Integrity Group
FMI	Fondo Monetario Internacional
IFES	International Foundation for Electoral System
INE	Instituto Nacional Electoral
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPP	Ley Orgánica de Partidos Políticos
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
ONPE	Oficina Nacional de Procesos Electorales
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TI	Transparencia Internacional
UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Prólogo

El año 1991 une la biografía de Pablo Escobar con la Constitución colombiana vigente, pues al prohibir la extradición favoreció su entrega voluntaria a la justicia tras años de terror, asesinatos de jueces y fiscales, y coacciones a políticos (plata o plomo). Nueve años antes, el Capo del Cartel de Medellín había sido elegido representante (suplente) en la Cámara y fue invitado a celebrar la victoria de Felipe González en las elecciones españolas de 1982.

Esas circunstancias parecen de ficción, pero son históricas. La influencia del narcotráfico sobre el devenir político de Colombia no es trivial. También son relevantes sus consecuencias internacionales. Hoy, la prohibición del glifosato para erradicar cultivos favorece un crecimiento de la oferta de coca muy barata. Muchos más jóvenes en Europa y Estados Unidos esnifan por menos precio y enriquecen las redes de criminalidad organizada. El dinero que provocará adicciones y muertes pagará sobornos a políticos, magistrados y policías.

¿Quién o qué parará este círculo vicioso de las relaciones entre la institucionalidad y la criminalidad? ¿Cuándo dejará de condicionar la droga decisiones legales y constitucionales en Colombia? Regiones enteras del territorio están bajo el control de grupos armados que se financian gracias a los cultivos ilícitos, insurgentes con quienes el Gobierno pactará las presentes y futuras reformas normativas.

Demasiado valor habrían de mostrar las personas que se opusieran a este riesgo recurrente. El siglo pasado, los jueces y fiscales “sin rostro” protegían con el anonimato sus vidas y las de sus familias. La guerrilla secuestraba y asesinaba sin compasión; pusieron bombas hasta los procesos de paz, y después ¿Cuándo llegará la verdadera paz a Colombia?

La justicia social es un presupuesto imprescindible de ese progreso, pero también es preciso que el Estado haga suyo el monopolio de la fuerza armada. Mientras proliferen grupos organizados con armamento pesado, nadie estará a salvo de su poder de persuasión deletérea, destructiva de la integridad de las estructuras para la convivencia. Así que Colombia debe mantenerse en guardia con un ejér-

cito a la altura de las circunstancias, efectivo y respetuoso del orden constitucional.

Los abogados no ganan las guerras. *El hombre que mató a Liberty Balance*, la película dirigida por John Ford, protagonizada por James Stewart y John Wayne, es una legendaria alegoría sobre las leyes y las pistolas. La Ley inspira la lucha contra el crimen, pero las armas no se vencen sólo con papeles ¿Convencerá la Constitución a los productores de cocaína para que dejen de enriquecerse y asesinar por ello?

A Liberty Balance lo mató John Wayne, no James Stewart. Los intelectuales conocen las raíces de los problemas, estudiados por historiadores, sociólogos y otros muchos expertos. Cientos de libros han diagnosticado la situación y aventurados remedios, sin lograr solucionar definitivamente los males más dañinos para la gente.

A mi juicio, Colombia necesita un poder estatal armado con plena legitimidad. Si los militares o la policía infringen las normas con total impunidad, la sociedad entera relativiza su vigencia, le pierde el respeto. La eficacia de la ley depende en gran medida de su aplicación por los niveles de mayor responsabilidad. Y esto falta en algunos países porque los perfiles humanos elegidos no están a la altura de las expectativas de nuestro tiempo. El estado de derecho requiere mucho coraje para decir no a las propuestas de “plata o plomo” ¿Para qué sirve el Derecho sin mujeres y hombres dispuestos a una actuación correcta?

Una nueva constitución tampoco serviría de mucho si se repetirán los errores de 1991. El buen gobierno no se logra sólo con palabras; son precisas garantías institucionales necesitadas de refuerzo en Iberoamérica: carrera administrativa profesionalizada, poder judicial verdaderamente independiente; retribuciones suficientes para prevenir las tentaciones. Y, en todo caso, separar los nombramientos del clientelismo político.

Hace veinte años escribí y publiqué un trabajo sobre la prevención de la corrupción en Colombia; durante todo este tiempo he seguido indagando el mejor modo de rebajar las malas prácticas. He visto avances y también retrocesos, pero el mal de la violencia persiste. Por ello, es de agradecer que Hector Olasolo, Vanessa Suel y el resto de autores de este imprescindible volumen desplieguen sus excelentes

capacidades intelectuales para afrontar el desafío, aunque conozcan las dificultades de transformar una sociedad en el corto período de la vida humana. Varias generaciones serán necesarias para lograrlo, pero los niños y niñas de Colombia se lo reconocerán en el futuro.

En la Universidad de Salamanca (España),
a 10 de marzo de 2024

RICARDO RIVERO ORTEGA

Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Salamanca

Presentación

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

(1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;

(2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelst Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

(3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la

corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto

de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.
- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal>.
- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional>

ternacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad.

– Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.

– Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario>.

– Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.

– Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia>.

– Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.

– Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.

– Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/>

red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal.

– Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.

– Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corruption-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.

– Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.

– Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos>.

– Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.

– Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848-Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.

– Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861-Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narco-

tráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberamericaninstituteofthe Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-minciencias>.

– Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthe Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software NetLogo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo

en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinaria de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

A. Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):

- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
- Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).

B. Respuestas desde el Derecho Público Comparado:

- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).

C. Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho

- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en ma-

teria civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).

D. Respuestas desde el Derecho Internacional

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).

E. Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros capítulos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

A. Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:

- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).

- La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
- La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).

B. Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:

- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).

C. El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:

- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).
- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).
- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprehensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

A. Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas

Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.

Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.

Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.

B. Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto

Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.

Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.

C. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral

Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.

Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.

D. Recomendaciones en materia de derecho administrativo

Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.

Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.

Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.

E. Recomendaciones en materia de derecho disciplinario

Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

F. Recomendaciones en materia de financiero y tributario

Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial

G. Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.

Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.

H. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión

Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.

Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I. Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J. Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos, y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K. Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo 29. Sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

M. Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. SOBRE LA COMPOSICIÓN Y ACTUACIONES DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y ELECTORAL

La presente obra colectiva ha sido elaborada por miembros del grupo de investigación en derecho constitucional y electoral (“el Grupo”) con quienes se ha realizado el Proyecto 71848 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho constitucional y electoral.

El Grupo ha sido coordinado por Vanessa Suelst Cock (Colombia), coinvestigadora principal del Proyecto 71848, y ha tenido el acompañamiento de Héctor Olasolo (España/Colombia) en su condición de investigador principal del Programa 70593 del cual hace parte el Proyecto 71848. Así mismo, desde el comienzo de sus trabajos a finales de agosto de 2020, se ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa de la joven investigadora y consultora de la Pontificia Universidad Javeriana, Laura Melissa Flores Castilla (Colombia), y desde agosto de 2023 de la consultora de la Universidad del Rosario, Ana María Martínez Agudelo (Colombia).

El Grupo está conformado por los siguientes investigadores que han participado en la elaboración de las dos obras colectivas que se han elaborado desde el inicio del Proyecto 71848 en agosto de 2020:

1. Alegre, Germán (Argentina): Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.
2. Arriola Echaniz, Naiara (España): Profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.
3. Corres-Illera, María (España): Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Pontificia Comillas. Doctora en Ciencias Políticas.
4. Criado De Diego, Marcos (España/Colombia): Profesor Titular del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura en España.

- Docente Investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.
5. Curiel Uriarte, Graciela Victoria (Colombia): Abogada, Periodista e Investigadora de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).
 6. De Azevedo Pereira, Ana Flavia (Brasil): Abogada Asociada de Compliance, Derecho Penal Económico e Investigaciones de Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Advogados.
 7. Gallo Olivares, Jorge Domenico (Colombia): Abogado e Investigador de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).
 8. García López, Luisa Fernanda (Colombia): Profesora Principal de Carrera Académica, Grupo de Investigación en Derecho Privado, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).
 9. Hermes, Manuellita (Brasil): Asesora de ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Profesora de la Especialización en Derecho Constitucional del Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).
 10. Hernández Becerra, Augusto (Colombia): Profesor de la Universidad Externado de Colombia.
 11. Hernández Vásquez, Carlos (México): Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac de México. Consultor de la Association of Certified Financial Crime Specialists (ACFCS), el Instituto Mexicano de Contadores Públicos (IMCP), el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México (INCAM), y del Grupo de Investigación, Análisis y Opinión (GIAO).
 12. Leal Da Silva, Júlia (Brasil): Universidade de São Paulo.
 13. Mora Gamboa, Juan Fernando Gabriel (Colombia): Profesor de la Universidad del Rosario (Bogotá D.C.); Abogado asesor en el Consejo Nacional Electoral de Colombia.
 14. Orozco Reynoso, Zulia Yanzadig (México): Investigadora del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California.

15. Ortíz López, Denisse (México): Universidad Autónoma de México.
16. Paffarini, Jacopo (Italia): Profesor e Investigador del Departamento de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Perugia. Profesor de la Maestría en Derecho, Democracia y Tecnología de la Atitus Educação de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil.
17. Palermo Gianecchini, João Victor (Brasil): Abogado de la Facultad de Derecho Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo.
18. Pavani, Giorgia (Italia): Catedrática de Derecho Publico Comparado de la Universidad de Bolonia.
19. Pérez Morales, Vania (México): Profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Integrante del Comité de Participación Ciudadana (CPC) del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA).
20. Rodríguez, Víctor Gabriel (Brasil): Profesor Asociado del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo. Vicepresidente del Programa para la Integración de América Latina (PROLAM) de la Universidade de São Paulo.
21. Rojas Villamil, Héctor David (Colombia): Profesor Asistente de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).
22. Ruiz Velásquez, Anabel (México): Universidad Nacional Autónoma de México.
23. Saad Diniz, Eduardo (Brasil): Profesor Asociado de la Facultad de Derecho Ribeirão Preto y del Programa para la Integración de América Latina (PROLAM) de la Universidade de São Paulo.
24. Salgado Ruíz, Henry (Colombia): Profesor Asociado y Director del Programa de Sociología de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá D.C.

25. Sponchiado, Jessica (Brasil): Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidade Anhembi-Morumbi.
26. Tortolero, Francisco (México): Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado distintos encuentros virtuales para debatir entre sus integrantes sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de los capítulos de los dos volúmenes que ha llevado a cabo. Además, los días 13 y 14 de octubre 2022 sostuvieron en la Pontificia Universidad Javeriana un seminario híbrido abierto para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, cuya grabación se puede seguir en el siguiente enlace recogido más arriba del Seminario Internacional 7 del Programa 70593.

El Seminario fue coordinado académicamente por Vanessa Suel Cock y Héctor Olasolo, y administrativamente por Laura Melissa Flores Castilla, abordando las siguientes temáticas:

1. Respuestas desde el Derecho Constitucional

- Panel 1: Identificación del problema y las respuestas en Argentina, Brasil, Chile y Colombia. Así como una aproximación comparada.
- Panel 2: Identificación del problema en derecho constitucional desde los conceptos de Gobernanza y Buen gobierno, Estado de Derecho y participación política.

2. Respuestas desde el Derecho Electoral

- Panel 3: Aproximaciones en las relaciones entre el derecho electoral y la lucha contra la corrupción en cargo de elección popular y la regulación del financiamiento de partidos políticos, campañas electorales y el fortalecimiento de los sistemas de fiscalización.

Las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido también presentadas en diversos seminarios internacionales.

les, incluyendo: (a) el III (2021), IV (2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario; y (b) la X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos), en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional, celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.

Además, las conclusiones finales y recomendaciones del Grupo han sido expuestas en el Seminario celebrado el 15 de agosto de 2023 en la Pontificia Universidad Javeriana, y cuya grabación se puede visionar *supra* en el enlace del Seminario Internacional 19 del Programa 70593.

Finalmente, las principales recomendaciones alcanzadas por el Grupo en relación con Colombia han sido presentadas a la Dirección General “Dirección de Política Criminal y Penitenciaria” del Ministerio de Justicia del Gobierno Nacional de Colombia el pasado 14 de noviembre de 2023, durante la reunión de trabajo que tuvo lugar en la Pontificia Universidad Javeriana.

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

La presente obra colectiva tiene un triple objetivo. En primer lugar, ofrecer al lector una visión de conjunto, lo más clara posible, sobre la situación actual en América Latina en relación con la corrupción y el COT, sus especificidades en los cinco países tomados como referencia (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México) y su impacto en términos de gobernanza y buen/mal gobierno. En segundo lugar, analizar lo que pueden aportar para responder a este fenómeno algunas de las principales herramientas del constitucionalismo liberal, social y democrático. Finalmente, estudiar la manera en que dicha contribución podría ser más efectiva, sin desconocer, al mismo tiempo, sus limitaciones intrínsecas para hacer frente a un fenómeno tan complejo y extendido en la región.

La primera parte de la obra (capítulos 1 a 3) ahonda en las situaciones específicas de los cinco países tomados como referencia (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México), debido a su especial

relevancia en América Latina en términos de su territorio, población, producto interno bruto y fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, así como al amplio desarrollo que el COT ha experimentado en todos ellos (con la excepción, en cierta medida, del caso chileno).

Suelt & Salgado abordan en el capítulo 1 el estudio de la corrupción y el mal gobierno en Colombia. Para ello, comienzan por explicar cómo la corrupción (incluyendo la vinculada al COT) es un fenómeno complejo que ha de estudiarse íntegramente teniendo en cuenta sus dimensiones económicas, político-jurídicas y socioculturales. Como resultado, centran su análisis en los siguientes aspectos: (a) la relación entre corrupción y narcotráfico; (b) la normatividad e institucionalidad de la política antidrogas colombiana; (c) el fortalecimiento del narcotráfico como consecuencia no deseada de las políticas prohibicionistas en Colombia; y (d) el Acuerdo de Paz como nueva estrategia política de lucha antidrogas y las notables dificultades para su aplicación.

Azevedo, Palermo, Leal & Saad-Diniz abordan a continuación en el capítulo 2 las manifestaciones de la corrupción y el mal gobierno en Argentina, Brasil y Chile, haciendo énfasis en cómo, al menos en los dos primeros, la reforma neoliberal del estado (y los consiguientes cambios en la estructura institucional) no han permitido alcanzar los objetivos de gobernanza y buen gobierno perseguidos, provocando, en gran medida, lo contrario a aquello que se buscaba inicialmente (mayores oportunidades de compra de votos, clientelismo, patronazgo y captura del estado por grupos privados poderosos con capacidad de promover la aprobación de normas jurídicas que privilegian sus intereses, en menoscabo de los bienes e intereses públicos). Todo ello, a pesar de que los tres países poseen en la actualidad marcos legislativos desarrollados en materia anticorrupción.

En el capítulo 3, Orozco, Pérez & Hernández analizan la situación de corrupción y mal gobierno en México, considerando que el principal hito de las últimas décadas ha sido el constante incremento de la violencia, debido principalmente a los siguientes factores: (a) los conflictos entre los cárteles del narcotráfico como consecuencia de los cambios políticos; y (b) el incremento del papel de las fuerzas armadas en las funciones de seguridad pública a raíz de la denominada guerra contra las drogas. No se trata, por tanto, solo de un problema

de complicidad entre crimen organizado y fuerza pública, sino de falta de transparencia sobre el uso de la fuerza (sobre todo letal) porque la falta de rendición de cuentas impide su evaluación y control, lo que, a su vez, repercute en una situación generalizada de graves violaciones de derechos humanos.

Con base en lo anterior, Pavani & Paffarini concluyen la primera parte de la obra con el estudio comparado que presentan en el capítulo 4 sobre las situaciones en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México, para lo cual centran su análisis en los siguientes aspectos: (a) la necesidad de una aproximación holística al fenómeno de la corrupción para su adecuada comprensión; (b) la importancia de regular los intereses privados en la política y la gestión pública ante la dinámicas de corrupción generadas por las estrechas relaciones oligárquicas entre la política y los actores económicos y financieros; (c) la necesidad de abordar el problema de la participación de los más altos representantes del estado en dichas dinámicas, sin que la lucha anticorrupción se convierta en un factor de desequilibrio entre los poderes constitucionales; y (d) la relevancia de que la estrategia anticorrupción adopte un enfoque de derechos humanos al constituirse la corrupción como causa de violaciones sistemáticas y a gran escala de los mismos.

Tras analizar la situación de corrupción y mal gobierno en los principales países latinoamericanos, la segunda parte de la obra analiza el alcance y limitaciones que para abordar este problema presentan algunas de las principales herramientas ofrecidas por el constitucionalismo liberal, social y democrático (concepto de estado de derecho, principios de equidad, inclusión, participación política y derechos de la ciudadanía).

En el capítulo 5, Rojas, con base en una aproximación formal al concepto de estado de derecho, realiza un estudio comparado con el fin de contrastar dos aspectos principales: (a) las instituciones, órganos o dependencias existentes en distintos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México, Perú y Colombia) y no latinoamericanos (España y Estados Unidos) que tienen como función promover, supervisar e implementar estrategias para lograr una mejora regulatoria, particularmente en la administración pública; y (b) la forma en que los ordenamientos jurídicos de estos países han busca-

do regular los análisis de impacto normativo o regulatorio. Todo ello con el fin de ofrecer recomendaciones para incrementar el nivel de contribución de estos mecanismos institucionales y legislativos en la lucha contra el COT y las prácticas corruptas que genera.

En el capítulo 6, Rodríguez, Fernandes da Costa & Alegre abordan las preguntas relativas a si los derechos de participación política pueden ayudar a responder al fenómeno del COT y a las prácticas corruptas que genera, y, en caso afirmativo, qué ajustes en su configuración podrían permitir una mayor contribución a estos efectos. Para ello, estudian los procesos deliberativos representativos, como parte de un esfuerzo más amplio de fortalecimiento de las instituciones democráticas por volverse más participativas y abiertas a los aportes de la ciudadanía.

Finalmente, en el capítulo 7, Hermes analiza la relación entre corrupción, inequidad y exclusión haciendo énfasis en la manera en que las secuelas del sistema de explotación colonial aplicado en América Latina, que tras la independencia dieron lugar a una permanente “desigualdad constitucional” de los grupos indígenas, las poblaciones afrodescendientes y las mujeres, continúan influyendo significativamente en la situación de corrupción estructural y profunda desigualdad socioeconómica, étnico-racial y de género que persiste en la región. De ahí que se tenga todavía un largo camino por recorrer para abordar satisfactoriamente sus causas y efectos, y con ello que la dignidad humana pueda legitimarse como valor fuente y sea posible alcanzar una verdadera equidad e inclusión sociales que permitan eliminar muchos de los incentivos que promueven la corrupción y el COT.

El volumen cierra con una tercera parte que presenta de manera ordenada, articulada y sistemática en el capítulo 8 toda una serie de conclusiones y recomendaciones para América Latina y Colombia basadas en los aportes de los autores. Además, los directores académicos de la obra interpelan al lector con unas reflexiones finales sobre las siguientes cuestiones:

1. El estancamiento de la lucha contra la corrupción y el COT en América Latina y el consiguiente desánimo y desconfianza de los ciudadanos en la democracia y en las instituciones democráticas.

2. El problema de legitimidad de ciertas organizaciones internacionales, como la OCDE y el GAFI, que, sin tener debidamente en cuenta los intereses de los países en vías de desarrollo, recurren sistemáticamente al derecho administrativo global para promover activamente la adopción a nivel nacional de toda una serie de medidas de respuesta a la corrupción y al COT.

3. La ausencia en dichas organizaciones de una aproximación holística al fenómeno de la corrupción (especialmente, cuando se encuentra vinculada al COT), la cual es necesaria para abordar sus raíces y responder de manera eficaz.

4. La relegación a un segundo plano de las herramientas ofrecidas para responder a este fenómeno por el constitucionalismo democrático.

5. La necesidad de medidas mucho más estructurales, como las de naturaleza epistemológica, hermenéutica y operativo-afirmativas, para enfrentar la persistente situación de corrupción estructural y profunda desigualdad socioeconómica, étnico-racial y de género, que mantienen a la mayor parte de la población latinoamericana (en particular a los grupos indígenas, las poblaciones afrodescendientes y las mujeres) en una situación de “desigualdad constitucional”, que provoca su constante discriminación, vulnerabilidad y precariedad.

En Bogotá (Colombia), a 15 de diciembre de 2023,

HÉCTOR OLASOLO
VANESSA SUELT COCK

**1. CORRUPCIÓN Y MAL
GOBIERNO: APROXIMACIONES
CRÍTICAS DESDE LAS
ESPECIFICIDADES NACIONALES
LATINOAMERICANAS**

Capítulo 1

Colombia

VANESSA SUELT COCK*
HENRY SALGADO RUIZ**

1. INTRODUCCIÓN

Existe un conjunto de relaciones entre la corrupción y el crimen organizado que afecta la consolidación del estado de derecho en Colombia y otros países de América Latina, y que es objeto de preocupación en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción (CNUCC). Entendiendo la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) (que también es conocida como “corrupción armada” o “narco-corrupción”) como las distintas formas de intervención en la institucionalidad nacional, regional y local de los grupos armados ilegales caracterizados por sus métodos coercitivos (especialmente, los narcotraficantes), se puede afirmar que dicha intervención se ha realizado en mayor medida a través del soborno, en cuanto que práctica más extendida de corrupción entre individuos o grupos privados y funcionarios públicos para obtener beneficios económicos (Flores, 2008; Cepeda, 1997).

* Profesora Asociada de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctora en Derecho Público de la Universidad de Salamanca, abogada y especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Coinvestigadora Principal del Proyecto 71848 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional, perteneciente al Programa de Investigación 70593. vanessa.suelt@urosario.edu.co

** Director del programa de Sociología de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Doctor en Antropología de la Universidad de Montreal, Master en Ciencias Sociales con énfasis en Estudios Amazónicos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, y Sociólogo de La Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: salgadoh@javeriana.edu.co

En el caso colombiano este tipo de corrupción involucra a agentes sociales ilegales como las organizaciones del narcotráfico, paramilitares y guerrillas, que han tenido una relación con la institucionalidad a nivel nacional y territorial (sus actividades han sido fundamentalmente ilegales, a pesar de lo cual algunas de ellas son lícitas o legales, si bien son cuestionadas por ser ilegítimas) (Thoumi, 2015). Esta situación ha variado a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, impactando cada uno de los gobiernos desde la década de los 70 hasta la actualidad. Así mismo, las asociaciones entre estos actores han agravado también el conflicto armado y las disputas por los recursos y los territorios (Uprimny, 2002). Además, fruto de las actividades de la criminalidad transnacional, se han generado fenómenos de corrupción que han afectado la economía y la normatividad e institucionalidad de la política antidrogas. De acuerdo con este contexto histórico y social, el presente capítulo se propone responder a las siguientes preguntas: ¿Cómo el COT dedicado al narcotráfico, ha incidido en la institucionalidad colombiana? Y, ¿cómo ha influido la política de lucha antidrogas mundial de corte prohibicionista en los marcos normativos que orientan la política antidrogas en Colombia?

Para responder a estas preguntas, el capítulo se estructura en cuatro partes. En la primera parte, se estudia el estado colombiano y su relación con la corrupción y el narcotráfico (sección 2). A continuación, en la segunda, se analiza la normatividad e institucionalidad de la política antidrogas (sección 3), Posteriormente, en la tercera, se aborda el prohibicionismo y el fortalecimiento del narcotráfico en Colombia (sección 4). Finalmente, se presenta lo acordado en el Acuerdo de Paz como nueva estrategia para abordar la problemática de los cultivos de uso ilícito y de lucha antidrogas (sección 5). El capítulo finaliza con la exposición de las principales conclusiones alcanzadas (sección 6).

2. EL ESTADO COLOMBIANO, CORRUPCIÓN Y NARCOTRÁFICO: NOTAS INTRODUCTORIAS PARA LA COMPRENSIÓN DE ESTA RELACIÓN

El análisis relativo al estado colombiano, la corrupción y el narcotráfico, obliga a profundizar en el estudio de las instituciones colom-

bianas, de los actores políticos y sociales que las controlan y de las prácticas institucionales que estos han impuesto. Este tipo de análisis permite, sin lugar a duda, distanciarse de la concepción que ve el Estado como un objeto abstracto y alejado de la sociedad, y permite comprenderlo como un constructo histórico agenciado por grupos de interés dominantes y que compiten en el espacio social con otros grupos de interés por su dirección y control (Abrams, 2015). En términos metodológicos, este enfoque exige abordar los estudios sobre el estado desde preguntas relativas a los actores políticos y sociales que lo controlan: ¿quiénes son estos actores? ¿cuáles son sus preferencias ideológicas e intereses políticos y económicos? ¿con qué recursos cuentan? ¿con cuáles marcos normativos y procedimientos ideológicos juegan institucionalmente y legitiman socialmente su poder? ¿qué prácticas políticas han institucionalizado? ¿cómo han controlado y ejercido el poder? Estas preguntas rompen con los estudios abstractos y naturalizantes que han predominado en el análisis de las estructuras del poder estatal y permiten profundizar, en clave histórica, en la configuración del sistema político y en sus prácticas políticas institucionalizadas (Abrams, 1988).

Abrams (1988: 58-89) propone para el estudio del estado distinguir dos objetos de análisis: el estado-sistema y el estado-idea. El primero lo refiere Abrams al estado como sistema de prácticas institucionalizadas, es decir, al análisis del conjunto de instituciones que lo componen y las élites que lo controlan y regulan: el gobierno (subnacional y nacional), la administración, la fuerza pública (policía y ejército), el ejecutivo, el legislativo y la rama judicial. El segundo (el estado-idea) lo refiere al enmascaramiento de este sistema a través de “un velo ideológico” que presenta al estado con una identidad abiertamente simbólica e ilusoria, cada vez más divorciada de la realidad y de las prácticas institucionalizadas. Mitchell (2015: 145-187) señala que estas dos categorías analíticas deben ser observadas y trabajadas sociológicamente como dos aspectos de un mismo proceso y no asumidas de manera separada, porque, de lo contrario, no es posible comprender al estado y las técnicas de poder que, en su evolución histórica, permitieron que prácticas materiales terrenales adquirieran la apariencia de una forma abstracta, inmaterial.

Según Abrams (1988: 81-82), en el concepto de estado se consolidó un dispositivo ideológico que legitima la institucionalización del poder político, que enmascara sus prácticas políticas e impide verlas tal como son. Por su parte, para Foucault (1971), por medio de este tipo de dispositivos, de narrativas, el poder posiona y legitima una forma de saber y comprender. Los conceptos, dice Foucault, operan como reproductores de un tipo de verdad y en el interior de las prácticas discursivas que los contienen, permanecen estratégicamente ocultas variables políticas y económicas que, de develarse socialmente, evidenciarían prácticas políticas, relaciones sociales e institucionales profundamente asimétricas.

Aunque no se puede afirmar que en Colombia se hayan elaborado estudios etnográficos de las prácticas institucionalizadas del estado (como lo propone Abrams (1988: 81-82)), de la corrupción y el imaginario político estatal (como lo sugiere Gupta (2015: 71-144)), o de su sistema político (como lo plantea Michell (2015: 145-187)), es importante señalar que los estudios más prominentes que se han elaborado sobre el clientelismo en Colombia han arrojado insumos históricos fundamentales para entender el sistema político colombiano, la clase política que lo controla y las prácticas institucionalizadas corruptas que se han arraigado desde el siglo XIX. Nos referimos a los estudios desarrollados por el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP) a finales de los años setenta (González & Miranda, 1977; Reyes, 1978), el desarrollado por el Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI) en los años noventa (Leal & Dávila, 1990), la compilación realizada por Tina Hilgers (2012) de los artículos sobre el clientelismo en América Latina y los estudios más recientes publicados por la Universidad del Norte (González Tule, 2019).

Estos trabajos sobre el clientelismo, pese a la diversidad de enfoques y de los estudios de casos que presentan, coinciden en destacar la importancia que han tenido las redes regionales (intra e interregionales) organizadas por los partidos políticos tradicionales (liberal y conservador) para su permanencia en el poder. Estas redes tienen formalmente adscripciones, matrículas o ideologías de pertenencia a cada uno de estos partidos, pero lo que les ha dado arraigo y sostenibilidad en el tiempo han sido las lealtades y subordinaciones que se

forjaron desde el sistema hacendatario del siglo XIX. Desde tiempos republicanos hasta el presente, sugieren estos estudios, se han gestado pactos territoriales, suscritos entre entidades públicas locales, clase política tradicional, empresarios, comerciantes, terratenientes y elites religiosas, que han servido para formalizar contratos políticos y económicos, administrar y canalizar recursos públicos con sus aliados y acordar tiempos de manejo y sucesión del poder político en las estructuras locales del poder (municipales y departamentales).

Dicen González & Otero (2006), refiriéndose a las estructurales locales del poder en Colombia, que éstas están constituidas por clases políticas profesionales que le han disputado al estado central el control de lo político, y se han desempeñado en las regiones y localidades como los intermediarios del poder central, convirtiéndose en las auténticas proveedoras de servicios y recursos. Este estilo de actividad política, subrayan estos investigadores, ilustra la naturaleza del sistema clientelista colombiano como una relación asimétrica e instrumental entre un patrón que otorga favores burocráticos y protección a sus clientes, y unos clientes que corresponden con lealtad política y otros servicios (votos, información u organización electoral). Las prácticas clientelares adoptan formas como, entre otras, la concesión de contratos de obras públicas con pago de coimas (delito de cohecho), la contratación en cargos públicos de personal recomendado por los/as amigos/as con cobro de un porcentaje de sus sueldos, y la apropiación de recursos públicos con fines de enriquecimiento o beneficio personal por parte de quienes los administran.

Según Gibson, la clave del éxito de cualquier estrategia política por parte de las élites autoritarias subnacionales (es decir, las élites políticas clientelistas) es el monopolio de los vínculos entre lo nacional y lo subnacional. Así, el predominio en la política a nivel subnacional exige frecuentemente no solo prevalecer en el contexto político local, sino también controlar los vínculos entre diferentes niveles de decisión política y organización territorial. En consecuencia, los intereses subnacionales y nacionales tienen una relación simbiótica e involucran al gobierno nacional, al Congreso, a las gobernaciones y a las alcaldías. Al respecto subraya Gibson (2006: 204-237):

Controlar el poder localmente también requiere frecuentemente del diseño de estrategias a nivel nacional, sea ocupando o controlando

posiciones en el gobierno nacional (a nivel legislativo, ejecutivo o judicial) o formando parte de coaliciones nacionales que apoyen al Ejecutivo nacional. El éxito de estas estrategias nacionales aumenta la habilidad de las élites locales para extraer recursos del centro y para prevenir la intervención del centro en los asuntos locales. De manera similar, controlar un área es un medio importante para construir poder nacional. En la interconectividad de un sistema nacional de gobernanza territorial el poder subnacional es un prerrequisito para el poder nacional y una herramienta para los que detentan el poder nacional. Este poder local se convierte en un trampolín para los aspirantes a cargos nacionales y en una base de apoyo una vez están en el cargo.

Estamos hablando de dos órdenes políticos e institucionales diferenciados que se han consolidado históricamente y que están profundamente imbricados y relacionados. Por un lado, el orden autoritario subnacional, regulado y controlado por poderes privados que: (a) han consolidado pactos territoriales con sectores económicos y políticos afines en sus intereses; (b) orientan sus acciones y prácticas institucionales por cálculos y patrones de medio-fin, donde prevalecen los intereses privados pragmáticos de las clases dirigentes locales; y (c) hacen valer por medios coactivos normas que están alejadas del derecho formal y que trasgreden los preceptos mismos de la ley (Garay et. al. 2010). Por otro lado, el orden nacional, que se ha consolidado nominalmente con una narrativa universal y que ha concertado, en medio de muchas contradicciones (recuérdense las múltiples guerras civiles del siglo XIX) marcos normativos constitucionales que hablan de la protección de los derechos fundamentales y las garantías individuales establecidas conforme al derecho formal.

En el orden autoritario subnacional, el estado de derecho pierde gran parte de su esencia y se materializa en poderes privados fácticos que inciden en las ramas estratégicas del poder (el legislativo, el ejecutivo y el judicial) y en todos los niveles del gobierno, incluyendo los órganos de control. Se trata de un orden que subordina las decisiones institucionales y las políticas públicas a los grupos de poder subnacional (económicos y políticos) (Garay et. al. 2010). Mientras tanto, el orden político nacional sigue en sus narrativas legislativas y constitucionales, cumpliendo el rol que Abrams señala cuando se refiere al estado-idea, es decir, cumpliendo su labor de encubrimiento de las relaciones de poder asimétricas que están al servicio de intereses políticos y económicos privados (Garay et. al. 2010).

Se han consolidado, entonces, dos órdenes políticos que coexisten y se alimentan mutuamente, en lo que O'Donnell denomina "las zonas marrones", que define como "sistemas sub-nacionales de poder con base territorial y un sistema legal, informal pero eficaz, que coexiste con un régimen que al menos en su centro político es democrático" (O'Donnell, 2002: 305-336). Por ello, resulta necesario comprender el estado tanto en sus dimensiones autoritarias territoriales, como en su dimensión de orden nacional, que es la que, en términos ideológicos, le otorga la apariencia de ser un estado democrático.

2.1. Narcotráfico y su afectación institucional

Frente a estos órdenes políticos e institucionales existentes, cabe la pregunta sobre la afectación que el narcotráfico ha generado en este tipo de regímenes democráticos fallidos, como los clasifica O'Donnell, donde la legalidad históricamente ha estado privatizada y regulada por grupos políticos y económicos regionales. Sin duda alguna, las prácticas clientelares que hemos señalado, y cuyos orígenes se remontan a tiempos republicanos, se han complejizado en la actualidad con la agroindustria del narcotráfico y la presencia territorial de actores armados ilegales que cuentan con mayores recursos económicos y sofisticadas tecnologías de la guerra (González & Otero, 2006).

Los caciques y gamonales, aquellos hombres ricos, aristócratas locales, latifundistas con influencia y dominio total de sus distritos, los "mandamases" sin adversarios (todas ellas características con las que los definió Melo (1998)), se han transformado y están involucrados en una gran mayoría de las regiones y localidades con redes empresariales globales, y con organizaciones criminales que han inyectado nuevas dinámicas políticas y socioeconómicas a las regiones. Sus prácticas ya no sólo se fundamentan en el intercambio de favores, servicios y recursos, sino que también son acompañadas de presiones militares que obligan a los pobladores a votar por un determinado agente político, e inciden, como lo plantean Garay & Salcedo (2012), en la formulación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas del juego social, en la justicia y en las políticas públicas.

Estas nuevas relaciones de las estructuras locales del poder han incidido y afectado profundamente la administración pública (en sus decisiones y fallos jurídicos y en la gestión de los asuntos públicos). Por ello, Garay & Salcedo (2012) hablan de una reconfiguración cooptada del estado para referirse a la intromisión de las nuevas redes criminales en los distintos ámbitos territoriales (nacional, regional y local) del estado.

Sin embargo, tal y como presenta esta visión, pareciese que esas “nuevas redes criminales” fueran un fenómeno externo que llegó y contaminó al estado y a sus prácticas institucionalizadas. Esto es, sin embargo, muy difícil de argumentar históricamente porque dichas redes han sido dinámicas y se han transformado. Así, las clases políticas y económicas colombianas, en sus expresiones subnacionales y nacional, han terminado en su mayoría articuladas a lo que Castell denomina las conexiones perversas del capital, que históricamente siempre han tenido lugar (Castells, 2001: 199-243). Las clases políticas y económicas regionales, entonces, fortalecidas con sus nuevas redes empresariales (licitas e ilícitas), han ido conquistando espacios importantes a nivel nacional (disputándole el sistema de privilegios a la burguesía tradicional antioqueña, bogotana, costeña y vallecaucana) e imponiendo prácticas autoritarias en el manejo de los asuntos públicos (Garay, et al. 2010). Esto se ha expresado con fuerza en la reducción de espacios de participación a los partidos políticos o movimientos sociales de oposición, ya que consideran que estos amenazan sus intereses socioeconómicos y el control político que han logrado consolidar.

Duncan (2014) muestra como las organizaciones criminales han introducido enormes volúmenes de capital a nivel institucional, con el fin de compartir con el estado subnacional el manejo de las estructuras locales del poder, y regular e imponer ordenes sociales en las poblaciones que dominan. De esta manera, los jefes del narcotráfico, dice Duncan, han logrado moldear el Estado local por las vías electoral y coactiva (ya finales de los años noventa, un político que no contara con el respaldo de un cartel no podía hacer proselitismo electoral). Es entonces cuando comienzan a emerger a nivel nacional en Colombia nuevos partidos políticos y nuevas coaliciones políticas, en donde se evidencia el predominio de las organizaciones criminales

sobre las élites políticas nacionales y regionales tradicionales o, sencillamente, su contubernio, dificultando la aplicación del estado de derecho y agudizando con ello los niveles de violencia y desigualdad social en las regiones (Garay et al., 2010).

Sin duda alguna, el narcotráfico ha complejizado las redes políticas regionales y nacionales, inaugurando nuevas alianzas y gobernanzas criminales, e imponiendo como premisa y norma cotidiana la corrupción gubernamental, las transgresiones normativas, la impunidad y los abusos del poder. En este sentido, O'Donnell (2004: 32-46) identifica como características de los abusos del poder estatal y su ejercicio al servicio de intereses particulares las siguientes: (a) la promulgación de leyes discriminatorias contra grupos vulnerables; (b) la implementación discrecional de la ley en beneficio de los privilegiados y la aplicación de procedimientos legales para garantizar su impunidad; (c) el menosprecio institucional a algunos sectores sociales; (d) la creación de trabas burocráticas (y económicas) para acceder al poder judicial e iniciar proceso jurídicos transparentes; y (e) la realización de acciones ilegales, flagrantes y permanentes por parte de funcionarios públicos que no son investigados.

Como consecuencia de lo anterior, el crimen organizado actualmente se ha fundido en la clase política, los partidos políticos y la clase económica empresarial. Así mismo, el narcotráfico hace parte de la élite en el poder, participando en el diseño de las políticas públicas y en la toma de decisiones políticas. De esta manera, se han constituido en grupos de interés, en centros de pensamiento de influencia nacional, que controlan el capital, los medios de producción y los grandes medios de comunicación. Además, han invadido las economías locales adquiriendo grandes extensiones de tierra, monopolizando los productos locales, apoderándose de los proyectos de obras públicas y de vivienda y creando conglomerados económicos (Insight Crime, 2016).

En muchos casos, han emergido como una nueva élite política y económica, con legitimidad social. En otros, trabajan muy de cerca con los poderes económicos tradicionales. En esencia, afirma Insight Crime, son organizaciones que han diversificado sus portafolios de negocios, y en ocasiones se han vuelto actores integrales en la ejecución de programas de desarrollo. Son actores fundamentales en

planes de inversión rural, en proyectos agroindustriales, de turismo, de bienes raíces, de minería y otros proyectos económicos de capital intensivo en toda Colombia. Sus intereses frecuentemente se entrecruzan con los del gobierno y los de grupos económicos privados mediante una enmarañada red de asociaciones y alianzas que tienen bajo su control. Su participación e inyección de recursos dan sostenibilidad a dichos proyectos, y muchos analistas económicos consideran esas inyecciones de capital como el bastión del desarrollo económico del país (ídem).

La relación entre corrupción y narcotráfico, se estableció inicialmente en Colombia a través de una vinculación directa entre los carteles de la droga y las autoridades gubernamentales, con el fin, según investigaciones judiciales, de lograr ciertas concesiones (relajamiento del control, negación de la extradición como política de intercambio recíproco, influencia en campañas electorales, etcétera). Así mismo, en Estados Unidos, altos funcionarios también se han visto comprometidos con las organizaciones criminales, sobre todo, en temas relacionados con la flexibilización del control para facilitar la comercialización de las drogas: puertos, aduanas y unidades policiales. De igual manera, el sector bancario ha jugado un rol clave en la relación corrupción-narcotráfico, principalmente en lo que tiene que ver con el lavado de activos y el blanqueo de dineros ilegales obtenidos por funcionarios de entidades públicas y privadas. Así mismo, el COT dedicado al narcotráfico ha penetrado el Estado e impactado gravemente en la Fuerza Pública (que constitucionalmente fue concebida y estructurada para proteger a los ciudadanos y promover la prosperidad), y la ha convertido en instrumento para viabilizar y ejercer un poder profundamente corrupto. Además, ha alterado también los asuntos de la política internacional y las relaciones entre los gobernantes y las elites del poder (Thoumi, 1999).

Agentes criminales, autoridades de la fuerza pública y clase política se han integrado en la estructura local y nacional del poder mediante prácticas ilegales y legales (pero ilegítimas), y han puesto a su servicio las reglas políticas establecidas institucionalmente para formular e implementar políticas públicas que favorecen sus intereses particulares, pero que, en una suerte de encubrimiento, son presentadas como favorables para el conjunto de la sociedad. En un

intersticio poroso entre lo legal y lo ilegal, la institucionalidad colombiana ha sido utilizada e instrumentalizada para potenciar economías ilícitas y niveles avanzados de corrupción (Garay et al., 2010).

En este contexto, el estado colombiano, en su narrativa oficial, valora el narcotráfico desde parámetros morales (bueno o malo) y propone salidas que no alteran ni afectan la penetración institucional del narcotráfico. Así, entre otras medidas, se promueven reformas en el sistema judicial y ajustes a las fuerzas de seguridad, y se diseñan programas sociales y económicos para sustraer a los jóvenes de las pandillas que están al servicio del narcotráfico. Todas estas medidas buscan teóricamente atacar al narcotráfico, pero en la realidad ninguna menoscaba la penetración profunda de las organizaciones criminales en la estructura misma del estado (Uprimny & Guzmán, 2011).

Este fenómeno de consolidación de la gobernanza criminal (Duke, 2021: 347-380) ha contribuido a erosionar aún más los precarios niveles de gobernabilidad existente en Colombia, potenciado el conflicto armado interno, impidiendo la participación social en los espacios de decisión política, empoderando prácticas autoritarias en las diferentes ramas del poder y obstaculizando significativamente la implementación del Acuerdo Final de Paz, suscrito entre el gobierno colombiano y las FARC en noviembre de 2016, particularmente en los temas relacionados con la Reforma Rural Integral, la Participación Política y la Solución al Problema de las Drogas Ilícitas (Alto Comisionado para la Paz, 2016).

3. NORMATIVIDAD E INSTITUCIONALIDAD DE LA POLÍTICA ANTIDROGAS

La regulación del tráfico y consumo de sustancias ilícitas se inició en Colombia con la Ley 11 (1920), que sancionaba con multas a quienes participaran en esas conductas. Luego, con la Ley 128 (1928) comenzaron a adoptarse sanciones represivas como el decomiso de las sustancias ilícitas. Posteriormente, en 1946, se introdujo en el Código penal la pena de arresto por participar en la elaboración, distribución, venta o suministro de sustancias narcóticas, y casi veinte

años después, en 1964, se criminalizaría por primera vez el consumo de sustancias ilícitas mediante el Decreto 1669 (Uprimny & Esther, 2010).

Las diversas Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han incidido en la institucionalidad y en los marcos normativos que rigen, desde la década de 1970, la política antidrogas en Colombia, como también lo han hecho en otros países de la región (Sánchez Avilés, 2014). Así, en el caso colombiano, el gobierno de Alberto Lleras Camargo (1958-1962) firmó la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (aprobada posteriormente por la Ley 13 (1974)), que, si bien hacía parte del régimen internacional de fiscalización de drogas, rompía con el enfoque en el control sobre la oferta de drogas que había imperado desde las Convenciones de 1925 y 1931. Así, la Convención de 1961 rompe con este enfoque, adoptándose un enfoque prohibicionista, instando a la penalización de las conductas que suponen tráfico de estupefacientes, previendo la extradición y estableciendo el funcionamiento de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Otros aspectos de la Convención son los referidos a la fiscalización de las plantas que constituyen la materia prima para los estupefacientes, en la cual se incluyeron las plantas de uso ancestral y cultural de los pueblos andinos, como es el caso del arbusto de coca (Thoumi, 2011: 4; Thoumi, 2009: 42-59).

Desde la década de 1970, se observó una creciente influencia de la política de lucha contra las drogas de los Estados Unidos. Además, las Convenciones adoptadas en esta década influyeron decididamente en la producción normativa de la siguiente década (Uprimny & Guzman, 2011: 6). En este contexto, y como respuesta a la ratificación de la Convención de 1971, el ejecutivo colombiano comenzó a asumir un mayor protagonismo en la política pública antidrogas. Se expidió el Decreto 1206 (1973), por el cual se creó el Consejo Nacional de Estupefacientes¹, que debía formular la política, los pla-

¹ Composición del Consejo Nacional de Estupefacientes – CNE, así: a) El Ministro o Viceministro de Justicia, quien lo presidirá, b) El Ministro o Viceministro de Salud Pública, c) El Procurador General de la Nación o el Procurador Delegado para la Policía Judicial, d) El Jefe del Departamento

nes y los programas que las entidades públicas y privadas tenían que adelantar en la lucha contra la producción, el comercio y el uso de drogas que producen dependencia física o química. También se expidió el Decreto 1188 (1974), que fue el Primer Estatuto Nacional de Estupefacientes, el cual rigió hasta 1984 sin ninguna modificación. Con este decreto se instó a la fiscalización de las sustancias introducidas en las listas oficiales de la ONU, la Organización Mundial de la Salud y el Ministerio de Salud Pública. Además, se penalizó la dosis personal y se estableció el monopolio de importación y venta de materias primas y sustancias para la fabricación de drogas y productos que ocasionen dependencia física o química, con el fin de satisfacer las necesidades médicas (Uprimmy & Guzman 2010).

Terminando la década de 1970, el gobierno de Alfonso López firmó la Convención sobre sustancias sicotrópicas de 1971, la cual se introdujo al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 43 (1980). Esta Convención se suscribió en el marco de la política de guerra contra las drogas liderada desde los Estados Unidos por el gobierno de Nixon, con el fin de fiscalizar las sustancias psicoactivas sintéticas (anfetamínicos, alucinógenos, sedantes, ansiolíticos, analgésicos y antidepresivos), que no habían sido incluidas en la Convención de 1961. Durante las negociaciones, los países manufactureros no abogaron por un control internacional estricto de las sustancias sintéticas, sugiriendo en cambio controles nacionales, debido a la fuerte industria farmacéutica con la que contaban, y el obstáculo al comercio que podía suponer dicho control internacional (Taylor & Jeslma, 2011: 16).

En el gobierno de Turbay Ayala (1978-1982) aumentaron los cultivos de marihuana y coca, y se evidenció en el ámbito rural una disputa entre la criminalidad asociada al narcotráfico y el campesinado por la tierra y su tenencia. En el marco de esta disputa, se incrementó durante el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986) el conflicto entre la institucionalidad y los carteles de las drogas, y se presentaron eventos tan graves como el asesinato del ministro de Justicia Lara Bonilla (1984) y la toma al Palacio de Justicia (1985). La política exte-

Administrativo de Seguridad, e) El Director General de la Policía o el Jefe Nacional del DIPEC (F2), y f) El Director General de Aduanas.

rior de Betancur asumió la creación del delito de narcotráfico como delito universal. Además, durante su gobierno se expidió el Decreto 670 (1984), que facultó a la Justicia Penal Militar para abordar todos los asuntos relacionados con el narcotráfico; responsabilidad que se mantuvo hasta 1985 (fecha en la cual se devolvió la competencia sobre las drogas ilícitas a la justicia ordinaria). Además, se expidió la Ley 30 (1986), que garantizó una relación bilateral más estrecha con los Estados Unidos, en una lógica de cooperación, exigencia de resultados y fortalecimiento de la extradición (Uprimmy 200: 392).

Con la Ley 30 (1986) se elevó a delito lo que anteriormente había sido considerado como una simple contravención, y se crearon los fundamentos jurídicos para criminalizar a los campesinos, indígenas y afrodescendientes involucrados, de manera directa o indirecta, con los cultivos de uso ilícito. Con esta ley se incrementaron también las campañas de erradicación forzada aérea, se ordenó la destrucción de toda plantación para fines ilícitos, se adoptaron medidas de control de la importación, fabricación y distribución de las sustancias que producen dependencias, y se introdujeron nuevos delitos como el tráfico ilícito y la destinación ilícita de bienes en los que se almacene, transporte, venda o use algún tipo de droga no permitido. Así mismo, la Ley 30 reconoció las facultades de decomiso y destrucción de cultivos de plantas que producen dependencia.

La Ley 30, que continúa rigiendo la actual política antidrogas en Colombia (y en la que se han apoyado los distintos gobiernos desde 1986) (Salgado, 2021), reforzó también las funciones de control del uso ilícito de las drogas del Consejo Nacional de Estupefacientes, para que a partir de entonces tuviera competencia para suspender licencias de transporte y ordenar la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se pudieran extraer sustancias que produjeran dependencia. La Ley 30 creó además los Consejos Seccionales de Estupefacientes para velar porque a nivel seccional se cumplieran las políticas, planes y programas trazados por el Consejo Nacional de Estupefacientes (Uprimmy & Guzman, 2011: 9).

Durante el gobierno de Virgilio Barco (1986-1990), se adoptó en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988), la cual fue apro-

bada en Colombia por la Ley 67 (1993). Esta Convención reconoció los vínculos entre el comercio ilícito, el COT y la amenaza al estado, dio prioridad a la lucha contra el comercio ilícito en la cooperación internacional y promovió la adopción de nuevas medidas como la sustitución de cultivos de uso ilícito por otros alternativos (Sanchez Áviles, 2014). Sin embargo, a pesar de lo anterior, durante el gobierno Barco hubo una fuerte tensión entre las medidas de lucha firme contra el narcotráfico, enmarcado en la Ley 30 (1986), y las prácticas de tolerancia frente a los recursos que provenían del narcotráfico. De esta manera, no se aplicaron controles de procedencia de las divisas, ni se llevó a cabo una persecución articulada de los bienes de los narcotraficantes. Así mismo, tampoco hubo una política que impidiera la concentración de tierras en ciertas regiones, ni unidades sólidas de seguimiento financiero y económico en los organismos de inteligencia. Como resultado, las medidas adoptadas no afectaron al blanqueo de dineros procedentes del narcotráfico (Arrieta et. al, 1991: 245).

Posteriormente, durante el gobierno de Ernesto Samper (1994-1998), Colombia apoyó la Declaración Política sobre el problema mundial de las drogas y el Plan de Acción sobre cooperación internacional para la erradicación de los cultivos de uso ilícito para la producción de drogas y el desarrollo alternativo (adoptados como resultado de la Cumbre Mundial celebrada en la Asamblea General de la ONU en 1998), en donde se adoptó un enfoque prohibicionista, se subrayó la importancia de la cooperación internacional y se afirmó expresamente que los programas alternativos debían tener como complemento la adopción de “medidas represivas para hacer frente a otras actividades ilícitas como formas conexas de la delincuencia organizada” (art. 28 del Plan de Acción).

El gobierno Samper estuvo marcado por la investigación contra su presidente por recibir presuntamente dineros del narcotráfico durante su campaña presidencial, lo que provocó que el Director de la DEA en Colombia, Joseph Toft, afirmara, por primera vez, que en Colombia había una “narcodemocracia”, debido a que la mafia colombiana había logrado infiltrar los poderes económicos y políticos del país. Aun así, el gobierno buscó la suscripción de la mencionada Declaración Política y Plan de Acción como una forma de tratar de

salvaguardar el concepto de responsabilidad compartida, reconociendo la necesaria interdependencia entre la reducción de la oferta y el consumo (Tokatlian, 2000).

Durante el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002), se firmó el acuerdo bilateral con los Estados Unidos denominado “Plan Colombia para la Paz”. Entre sus objetivos principales destacaba la lucha contra el problema mundial de las drogas y el crimen organizado (y la violencia que éste genera), la reactivación socio-económica, el fortalecimiento de las instituciones democráticas, y los avances en las negociaciones de paz en Colombia. El acuerdo se basó en el principio de responsabilidad compartida, según el cual se reconoce que el problema mundial de las drogas es una responsabilidad común y compartida por toda la comunidad internacional, que exige una visión integral y equilibrada para enfrentar la producción, la distribución y el consumo de drogas ilícitas (Colombia. Presidencia de la República. Departamento Nacional de Planeación. Dirección de Justicia y Seguridad, 2006: 9). El Plan Colombia fue, sin embargo, criticado por priorizar un enfoque militarista a la solución de los cultivos de uso ilícito (Chomsky et. al, 2000).

Durante el gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010), se adoptó la declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional, en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas. Así mismo, Colombia implementó la ejecución de la segunda fase del Plan Colombia, en la que se combinaron las estrategias del Plan y las de la Política de Defensa y Seguridad Democrática, para la lucha contra el narcotráfico y la consecución de la paz, destacando entre las primeras las siguientes: (a) el fortalecimiento de las capacidades militares colombianas para la lucha contra la cadena de producción del narcotráfico y los grupos armados al margen de la ley; (b) la estrategia de protección y asistencia social; y (c) el apoyo a los procesos de desarme, desmovilización y reinserción (Sierra, Cendales, & Torres, 2019). Durante su ejecución se acuñó el término de “amenaza narcoterrorista”, lo que provocó que las estrategias del Plan se reorientaran hacia la lucha contra la producción de drogas y la insurgencia. Fruto de lo anterior, los recursos provenientes del acuerdo con los EE.UU para la implementación del Plan se destinaron a la lucha contrainsurgente y antiterrorista,

en el marco de la nueva priorización de esta última por los Estados Unidos a raíz de los atentados que sufrieron el 11 de septiembre de 2001 (Salgado, 2021).

Al final de la primera década del siglo XXI, se resquebrajó el consenso de 1998 y los países tuvieron que optar entre dos posiciones distintas: (a) la de continuar con la fiscalización que hasta ese momento regía el régimen internacional; y (b) la de optar por medidas pragmáticas de reducción de daños, lo que significaba asumir una perspectiva contraria al enfoque prohibicionista imperante hasta entonces, en términos institucionales y jurídicos. Así, con base en un informe de la Comisión Europea en el que se denunciaba la falta de pruebas sobre la reducción del problema mundial de estupefacientes (Unión Europea, 2009), países como Alemania, Brasil, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, afirmaron en 2009 que el enfoque debía ser reorientado hacia la garantía de derechos humanos de los consumidores, haciendo énfasis en la reducción de daños, y no continuar con las mismas políticas prohibicionistas tradicionales, que no mostraban resultados, y en cambio, parecían tener más consecuencias negativas que positivas, sobre todo en “países en desarrollo”. Frente a ellos, Colombia, Pakistán, Japón, Estados Unidos y la Federación Rusa se opusieron con éxito a este enfoque de reducción de daños, y lograron la reafirmación en la Declaración Política y Plan de Acción de 2009 del enfoque prohibicionista y de tolerancia cero (Sanchez Áviles 2014: 235).

Sin embargo, esto no impidió que países como Bolivia anunciaran en 2011 su retiro de la Convención de 1961, debido a la prohibición al mascado tradicional de hoja de coca (TNI, 2011)², mientras que en Colombia se continuaba debatiendo intensamente sobre la falta de efectividad de las políticas de fumigación aérea, así como sobre el restringido impacto de los programas sociales financiados por el Plan Colombia (Ramírez, 2017).

Desde el inicio del gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2018), Santos se deslindó discursivamente del enfoque prohibicionista de

² Vid.: <http://undrugcontrol.info/temas/desclasificacion-de-la-hoja-de-coca/item/1198-objections-and-support-for-bolivia-coca-amendment#sp>.

la política antidrogas predominante en Colombia. Así, a partir de su primera intervención ante la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2010, empezó a darle un enfoque regional al tema de las drogas y en los años subsiguientes, hasta el año de 2017, sostuvo un discurso orientado a llamar a una reflexión crítica sobre los problemas vinculados al narcotráfico y a invitar a los países andinos y a los Estados Unidos a replantear las acciones que han emprendido en la búsqueda de solución al problema de las drogas ilícitas. De esta manera, se refirió a temas sustanciales como: (a) la búsqueda de alternativas integrales en los territorios afectados con la presencia de cultivos de uso ilícito; (b) la concertación con las comunidades de dichas alternativas; (c) la no criminalización de los consumidores; y (d) el abordaje de la problemática del consumo desde un enfoque de salud pública. Insistió asimismo en posicionar a nivel internacional el proceso de paz de la mesa de La Habana como una posibilidad para desvincular a las FARC de este negocio e impedir que el narcotráfico siguiera funcionando como combustible del conflicto armado en Colombia³. En este contexto, apoyó también la Declaración Política adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2016, denominada “Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas” (UNGASS, 2016)⁴.

Sin embargo, a nivel nacional, los nuevos enfoques planteados por el gobierno Santos en materia de política pública sobre el tratamiento a las drogas ilícitas no tuvieron incidencia en la legislación colombiana. Sorprende así que, a pesar de haber planteado a nivel internacional la necesidad de reconocer el fracaso de la guerra con-

³ Vid.: http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2010/Septiembre/Paginas/20100924_07.aspx; http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Septiembre/Paginas/20110921_08.aspx; http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/septiembre/Paginas/2012_0926_07.aspx; http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2013/Septiembre/Paginas/2013_0924_08.aspx; http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2014/Septiembre/Paginas/2014_0925_06.aspx; http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/2015_0929_03.aspx;

⁴ La Asamblea General de las Naciones Unidas realizó una sesión especial sobre el problema mundial de las drogas –UNGASS 2016.

tra las drogas, y de convocar a ser más inteligentes e innovadores en esta lucha, no se crearan las condiciones institucionales para emprender en el ámbito interno un proceso de transición normativa, en el que se construyera un nuevo marco jurídico que: (a) facilitara la implementación del nuevo enfoque acordado en el Acuerdo Final de Paz con las FARC en materia de drogas ilícitas; y (b) permitiera superar el enfoque represivo de las políticas antidrogas vigentes desde la Ley 30 (1986). Esta incoherencia de Santos, entre lo enunciado a nivel internacional, con mente abierta, y la aquiescencia a nivel nacional con marcos jurídicos profundamente conservadores y represivos, merece, sin duda, ser cuestionada y reflexionada a la luz de las dinámicas institucionales que vinculan históricamente al narcotráfico y la corrupción en Colombia (Salgado, 2019: 71-99).

El gobierno de Iván Duque (2018-2022) se amparó en el marco normativo vigente en materia de drogas ilícitas para narcotizar de nuevo la agenda política nacional y alinearse en la lucha contra el terrorismo, liderada por los Estados Unidos. Así mismo, retomó los instrumentos jurídicos que le permiten reactivar la fumigación aérea (Ministerio de Justicia de Colombia, 2018: 41), posiblemente con glifosato⁵, continuar con la criminalización de las comunidades afectadas con los cultivos de uso ilícito, y dar un tratamiento penal a los consumidores de sustancias psicoactivas. En esta línea, el documento “Paz con Legalidad” (2018), elaborado por el gobierno Duque a los pocos meses de asumir el poder, muestra el comienzo de reformas sustanciales en algunos de los temas más relevantes acordados en el punto 4 del Acuerdo final (si bien el documento no se refiere expresamente al Acuerdo, refleja un enfoque radicalmente diferente al pactado). A modo de ejemplo, cabe mencionar lo planteado en el documento frente a dos de los programas relacionados con los cultivos de uso ilícito y su tratamiento: el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS) y los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET).

⁵ La fumigación aérea con glifosato fue suspendida en el 2015 por el Consejo Nacional de Estupefacientes por recomendación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la sentencia T-080/17 de la Corte Constitucional ratificó dicha prohibición. Vid.: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-080-17.htm>.

Con relación al PNIS, si fue concebido como un capítulo especial de implementación de la Reforma Rural Integral, que se construiría de abajo hacia arriba conjuntamente con las comunidades, el gobierno Duque lo asumió como un programa que “[...] se llevará de manera armónica con las políticas de seguridad y de lucha contra las drogas. Se desarrollará la política de lucha contra el crimen organizado en el seno del Consejo Nacional de Estupefacientes y ese será armonizado con el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos ilícitos”.

Es decir, el PNIS, que debía ser asumido y armonizado con el Ministerio de Agricultura y discutido con las comunidades, fue concebido por el Gobierno Duque como un tema de Seguridad Nacional, que se debía discutir en el seno del Consejo Nacional de Estupefacientes, donde difícilmente hacen presencia las comunidades afectadas por los cultivos de uso ilícito, al haber sido criminalizadas desde la aprobación de la Ley 30 en 1986. Esto significó también que las medidas y lineamientos del PNIS se diseñarían de arriba hacia abajo (y no a la inversa como estaba inicialmente previsto). En consecuencia, la política de sustitución de cultivos de uso ilícito y desarrollo alternativo acordada en La Habana, que, dados sus contenidos, debería tener asiento en el Ministerio de Agricultura, pasó a formar parte del Ministerio de Justicia (Salgado, 2019).

Con respecto a los PDET, el Acuerdo Final los define como programas que tienen como objetivo lograr la transformación estructural del campo y el ámbito rural, y un relacionamiento equitativo entre el campo y la ciudad. Sin embargo, el Gobierno Duque los concibió como una intervención que hacía parte de la agenda de Seguridad Nacional, reservándose la posibilidad de analizar nuevos criterios de priorización. Así, según el documento de “Paz con legalidad”:

En Colombia la violencia afectó a todo el país en mayor o menor medida. Pero somos conscientes que es en los lugares priorizados donde la estabilización juega un papel fundamental. Es estratégico para el país que la seguridad y el Estado lleguen a estos lugares. Así, entendemos los 170 municipios PDET priorizados como el círculo de intervención focalizada del Estado. Independiente de las razones, es un asunto de seguridad nacional que no vuelvan a caer en un círculo vicioso de pobreza y violencia. Es prioritario que a estos territorios el Estado llegue con los bienes públicos y la Fuerza Pública. Las 16 zonas que cubren los 170 municipios permitirán priorizar la articulación, la focalización

y la temporalidad. Esto, sin perjuicio que, en el momento que corresponda y en cumplimiento de la ley, se deban analizar nuevamente los criterios de priorización.

Aunque lo planteado en 2018 era todavía lo suficientemente general, y no se conocía entonces las consecuencias políticas de concebir los PDET como asunto de Seguridad Nacional, es importante recordar que con los mismos argumentos de evitar la violencia y lograr la estabilidad de aquellas regiones que han padecido los impactos del narcotráfico y el “terrorismo”, distintos gobiernos han creado en Colombia diversas figuras especiales para atender dichas regiones, incluyendo las “Zonas de Emergencia y de Operaciones Militares” (gobierno Barco), las “Zonas Especiales de Orden Público” (administración Samper), los “Teatros de Operaciones Militares” (gobierno Pastrana) y las “Zonas de Rehabilitación y Consolidación” (gobierno Uribe). Todas estas figuras territoriales han sido creadas con base en el régimen normativo que rige la lucha contra las drogas y en los marcos constitucionales que amparan a la Fuerza Pública y sus acciones. Su idea central ha sido siempre, en esencia, transferir potestades desde los gobiernos civiles locales al ámbito militar (Barreto, 2015: 151-193).

Es por ello que no resulta sorprendente que al año siguiente, en 2019, el gobierno Duque estableciera su Política de Defensa y Seguridad (Ministerio de Defensa de Colombia, 2019: 38) las “Zonas Estratégicas de Intervención Integral (ZEII)”. El problema es que, según los expertos en los estudios de seguridad, cuando un Gobierno se refiere a uno de sus programas como asunto de Seguridad Nacional, se da inicio a un proceso de “securitización” del programa en referencia, y esto hace parte de una estrategia discursiva usada recurrentemente por el poder ejecutivo para presentar ante el público la existencia de supuestas amenazas (militares o no militares) que sirven de pretexto para desplegar medidas de emergencia, y cuyos resultados se expresan, por ejemplo, en el fortalecimiento de la Fuerza Pública, el incremento armamentista y el endurecimiento del marco normativo (Buzan & Waeber, 2003; Buzan et al, 1998).

Un último ejemplo de cómo el gobierno Duque trató de obstaculizar la implementación del Acuerdo Final de Paz es su insistencia en el retorno a la fumigación aérea (Ministerio de Justicia de Colombia,

2018: 41; Ministerio de Defensa Nacional de Colombia, 2019: 68), posiblemente, con el herbicida glifosato. Las consecuencias de este tipo de acciones represivas no han contribuido a resolver el problema, y sí han dejado graves consecuencia en el medio ambiente, en la salud de los pobladores y en el deterioro de los derechos humanos. Como señala el informe “[b]alance de una década de políticas de drogas”, publicado por el Instituto Distrital del Patrimonio Cultural (IDPC), las metas de reducción de la oferta o el consumo establecidas en las estrategias direccionadas por la ONU, no sólo no se han alcanzado, sino que han producido efectos contraproducentes para la vigencia de los derechos humanos, la salud pública y la democracia e institucionalidad⁶.

En línea con el IDPC, que reconoce el fracaso de los enfoques prohibitivos y represivos en la guerra contra las drogas y demanda un cambio de paradigma, existen otros documentos elaborados por expertos calificados que deben ser tenidos en cuenta. Así, la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia” (2009), liderada por los expresidentes César Gaviria, Ernesto Zedillo y Fernando Henrique Cardoso, exhorta también a un cambio de paradigma en la política global sobre drogas⁷. Así mismo, el propio presidente Santos ha invitado a la ONU a reconocer que la guerra contra las drogas se está perdiendo regionalmente y que se requiere un redireccionamiento de la política antidrogas (Rincón, 2017). En el mismo sentido, el informe sombra de la coalición acciones por el cambio (2019), titulado “[l]a experiencia de Colombia en materia de política de drogas en la última década”⁸, revela igualmente las fallas en la implementación de la estrategia antinarcóticos vigente, al ser muy costosa, inefectiva e ir en detrimento de los derechos humanos (Salgado, 2019).

Así mismo, el gobierno actual del presidente Gustavo Petro ha presentado a la Comunidad Internacional en la Asamblea General

⁶ Vid.: <https://idpc.net/es/publications/2018/10/balance-de-una-decada-depoliticade-drogas-informe-sombra-de-la-sociedad-civil>

⁷ Vid.: <https://www.wola.org/es/analisis/declaracion-de-la-comision-latinoamericana-sobre-drogas-y-democracia/>

⁸ Vid.: <https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/02/Informe-Laexperiencia-de-Colombia-en-materia-de-poli%CC%81tica-de-drogas-en-lau%CC%81tima-de%CC%81cada-1.pdf>

de Naciones Unidas un nuevo enfoque de lucha contra las drogas dirigido a reducción de daños y riesgos (ONU 2022). Este nuevo enfoque propone tratar la problemática del narcotráfico como un tema de derechos humanos y salud pública. En desarrollo del mismo, ha suspendido de nuevo la fumigación aérea de los cultivos de uso ilícito y ha propuesto retomar la política integral sobre las drogas ilícitas establecida en el Acuerdo Final de Paz suscrito en el 2016 entre las FARC-EP y el gobierno colombiano.

4. EL PROHIBICIONISMO Y EL FORTALECIMIENTO DEL NARCOTRÁFICO EN COLOMBIA

El conjunto normativo que el estado colombiano ha formulado e implementado para combatir el narcotráfico, como se observa en el acápite anterior, ha sido predominantemente orientado por un enfoque prohibicionista. Sin embargo, es necesario señalar que este enfoque en la lucha contra las drogas ilícitas no ha sido efectivo y lejos de contribuir a solucionar este problema, lo ha complejizado y ha terminado por beneficiar al crimen organizado. Aunque es muy difícil encontrar elementos probatorios que permitan afirmar que las políticas antidrogas que se han formulado e implementado en los últimos treinta años en Colombia han sido pensadas por la élite en el poder para beneficiar al narcotráfico, desde una perspectiva propia de la economía política esta consideración tiene sentido y es plausible.

En Colombia, como se observa en las estadísticas oficiales (ver Anexo 1), pese a las intensas jornadas de erradicación forzada de cultivos de uso ilícito, la destrucción creciente de laboratorios para el procesamiento de pasta básica y clorhidrato de cocaína, el incremento de incautaciones de cargamentos de drogas, las luchas contra el microtráfico que se adelanta en las ciudades, el aumento de las detenciones y extradición de narcotraficantes y los continuos ataques y destrucción de redes criminales nacionales e internacionales, el negocio de las drogas ilícitas se sostiene. Esto se debe a que existe todavía una significativa oferta y disponibilidad de drogas ilícitas en el mercado, el precio de las drogas se ha mantenido estable e incluso

se ha incrementado, su consumo se ha ampliado a nivel nacional, la demanda ha crecido y las cifras de blanqueo de dinero han aumentado significativamente (UNODC, 2021).

Los marcos normativos que combaten el narcotráfico han desatado, en efecto, una serie de acciones militares emprendidas por la fuerza pública en todas las fases de la cadena de este “agronegocio”, pero el narcotráfico en su condición de ilegalidad continúa comportándose como un mercado perfectamente competitivo. Los estudios de Becker, Murphy & Grossman (2004: 37) y Saffer & Chaloupka (1995), ambos referidos al estudio del comportamiento de los precios de la producción y demanda de drogas ilícitas, han demostrado que todas las medidas restrictivas orientadas a controlar la oferta, el tráfico y el consumo de estupefacientes han provocado un aumento de sus precios en el mercado. Estas medidas han terminado, por tanto, por agregarle valor a la mercancía, en este caso, a la pasta básica y al clorhidrato de cocaína. Así, estos estudios plantean que es precisamente la condición de ilegalidad del negocio la que permite que las políticas que las combaten generen efectos positivos en el precio del producto ofrecido (Becker et al, 1991).

Según el informe mundial de drogas de 2021 de la oficina de la ONU contra las drogas y el delito (UNODC)⁹, alrededor de 275 millones de personas consumieron drogas durante el último año a nivel global, un 22% más que en 2010 (ver anexo 2). Así mismo, el tráfico de cocaína entre Sudamérica y Europa es la segunda mayor ruta del mundo de esa droga y continúa evolucionando (Ver anexo 3). Además, aproximadamente 20 millones de personas consumieron cocaína en 2019, lo que corresponde al 0,4% de la población mundial. Finalmente, según el informe, pese a que la superficie de cultivos de hoja de coca disminuyó globalmente en un 5% en 2019, la oferta se mantiene y Colombia sigue siendo su principal fuente, aportando al mercado internacional en torno al 80% de la que se consume a nivel mundial.

Según la UNDOC, el tráfico de drogas, no sólo de cocaína, sino también de anfetaminas, cannabis y heroína se ha simplificado más que nunca a través de las ventas en línea, y los principales mercados

⁹ Vid.: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_4.pdf

de drogas en la red de internet oculta (también llamada web oscura) tienen hoy en día un valor estimado de 315 millones de dólares anuales (Ver anexo 4). Además, las transacciones de drogas sin necesidad de contacto, como por ejemplo a través del correo, también están en aumento, probablemente como resultado de la pandemia.

En consecuencia, en un mundo globalizado y profundamente interconectado, la demanda de drogas continua en crecimiento y se beneficia de los enfoques prohibicionistas que predominan actualmente en las políticas contra las drogas (Becker et al., 2004). El prohibicionismo crea significativos beneficios al crimen organizado e incentiva a los narcotraficantes a proveer la droga y enfrentar los riesgos que implica su distribución, puesto que, en última instancia, les genera importantes ganancias monetarias (Becker et al., 2004). De ahí que sea profundamente importante la estrategia nacional de control de drogas presentada en 2022 por la administración Biden en la cual se propone un nuevo enfoque frente a la lucha contra las drogas, no sólo en materia de reducción del daño, sino también en políticas que afectan a las distintas fases de la cadena del narcotráfico, planteándose la necesidad de políticas eficaces consensuadas con los gobiernos de los países productores de la hoja de coca, que se dirijan a solucionar los problemas económicos de las familias rurales afectadas por los cultivos de uso ilícito y retenidas como mano de obra del narcotráfico¹⁰.

5. EL ACUERDO FINAL DE PAZ Y LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS DROGAS ILÍCITAS

Los procesos de paz impulsados durante las administraciones de Belisario Betancur y Andrés Pastrana marcaron el comienzo de un nuevo enfoque para abordar la problemática de las drogas ilícitas en Colombia. Estos antecedentes son claves para comprender que las discusiones sobre este tema no comenzaron en la mesa de La Habana, ni tampoco se agota con el Acuerdo Final de Paz. Pero sí es neces-

¹⁰ Vid.: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/04/National-Drug-Control-2022Strategy.pdf>

rio reconocer y subrayar que la política pública contemplada sobre las drogas ilícitas en el Acuerdo Final es la propuesta más integral que hasta la fecha se ha elaborado en Colombia. En el punto 4 del Acuerdo, referido a la “[s]olución al problema de las drogas ilícitas” se promueve una nueva visión integral para darle un tratamiento distinto y diferenciado al problema de los cultivos de uso ilícito, al fenómeno del consumo y a la criminalidad organizada asociada al narcotráfico, asegurando un enfoque general de derechos humanos y de salud pública, diferenciado y de género. Las propuestas consignadas en este punto evidencian que son el resultado de análisis rigurosos que se distancian significativamente de lecturas moralistas, miradas criminalizantes y enfoques prohibicionistas que se encuentran con mucha frecuencia en la mayoría de los análisis sobre el narcotráfico (Salgado, 2019).

En lo que se refiere al tema de los cultivos de uso ilícito y desarrollo alternativo, se propone en el Acuerdo un nuevo enfoque de política pública que busca soluciones sostenibles, garantizar el no resurgimiento de los problemas y reconocer los derechos de los ciudadanos y las ciudadanas. La política pública y la institucionalidad propuesta en este punto está orientada desde un enfoque territorial, étnico, de derechos humanos y de género, y comprende, como soporte sustantivo y condición *sine qua non*, la participación ciudadana y el fortalecimiento institucional local (en términos de efectividad, eficiencia y transparencia) (Salgado, 2019). La institucionalidad prevista, es decir, el PNIS, fue concebido como un programa íntimamente ligado a la implementación de la Reforma Rural Integral, y se acordó que fuera construido de “abajo hacia arriba”, conjuntamente con las comunidades, desde lo local, teniendo en cuenta las características particulares de las comunidades y sus territorios. De esta manera, se privilegia el diálogo con las comunidades, como un elemento protagónico, dinamizador y transformador de las políticas que afectan sus territorios (Salgado, 2019).

En este tema de cultivos de uso ilícito y desarrollo alternativo se encuentran consignadas las propuestas de las organizaciones campesinas, indígenas y afrodescendientes, que lograron, desde un comienzo, impactar positivamente el contenido temático del Acuerdo Final y enriquecer, con nuevos argumentos, la discusión sobre el tema y su íntima relación con la Reforma Rural Integral (Salgado, 2019).

A este respecto, conviene recordar que las comunidades y las organizaciones sociales de los territorios rurales han encontrado en cada negociación y proceso de paz que ha existido en Colombia el espacio para visibilizar y posicionar sus propuestas socioeconómicas y políticas. Siempre han tenido la esperanza de ser escuchadas y reconocidas como interlocutoras válidas e informadas. Siempre han exigido al estado colombiano el cumplimiento de su mandato constitucional de tratarlas como ciudadanas y ciudadanos, con iguales derechos al resto de los miembros de la comunidad política (una deuda histórica de reparación social y simbólica aún no resuelta). Siempre le han requerido además la solución integral a sus problemas sociales y económicos, el respeto a su vida, sus derechos humanos y su dignidad, así como el reconocimiento y respeto institucional a sus diferencias socio-culturales, y la integración (con garantías y plena igualdad en derechos) a las instancias públicas donde se define y orienta el desarrollo de sus propios territorios (Salgado, 2021: 149-198).

Sin embargo, han tenido que esperar al Acuerdo Final para poder ver reflejadas estas demandas históricas en una verdadera hoja de ruta, en lo que constituye una oportunidad política clave para responder positivamente frente a las mismas, y también, y esto es muy importante tenerlo presente, para sustraer a las comunidades campesinas, indígenas y afrodescendientes de la agroindustria del narcotráfico, y con ello evitar que sigan siendo la mano de obra de esta economía ilícita (Salgado, 2019).

En lo que se refiere al segundo tema del punto 4 de Acuerdo Final, el tema del consumo, es importante señalar que este es asumido en el Acuerdo desde un enfoque de salud, de prevención, de reducción del daño, de atención integral e inclusión social de los consumidores y consumidoras. Es evidente que el enfoque con que se aborda el fenómeno del consumo en el Acuerdo Final se distancia de los enfoques prohibicionistas y policiales con que tradicionalmente se ha tratado el tema. En términos generales, las políticas prohibicionistas focalizan sus esfuerzos en la absoluta ilegalidad de las drogas (cero tolerancia) y trazan las estrategias para combatir y reducir el mercado de las drogas ilícitas y penalizar a todos los agentes involucrados en las diferentes cadenas del narcotráfico (Salgado, 2019).

En lo acordado en materia de consumo, por el contrario, se crean condiciones institucionales favorables para formular políticas públicas que busquen la despenalización de las distintas fases de la cadena del narcotráfico, es decir, producción, comercialización, venta y consumo de estupefacientes. También, se prevé la posibilidad, en algunos aspectos, de formular políticas públicas que contemplen la aplicación de medidas de control y regularización de las drogas ilícitas y que, conservando un esquema prohibicionista, establezcan tratamientos diferenciales al tema de las drogas. De igual manera, se contempla en este punto la necesidad de impulsar estudios rigurosos a nivel nacional e internacional que permitan comparar el modelo prohibicionista, predominante en la actual política antidrogas, con los esquemas impulsados en Holanda, Suiza y otros países europeos, centrados en la “despenalización flexible”, “la reducción del daño” “la legalización regulada” y el “modelo de salud pública” (Salgado, 2019).

Finalmente, es importante señalar que, según se observa en el quinto informe presentado por el Instituto Kroc en mayo de 2021, el tercer tema contemplado en el punto 4 del acuerdo, relativo a la solución del fenómeno de la producción y comercialización de narcóticos, es el más bajo en el nivel de implementación del Acuerdo Final. Para entender el precario esfuerzo institucional en esta materia, es necesario tener presente que se trata de un punto supremamente sensible, ya que su implementación rigurosa, afectaría importantes grupos de interés, que se han constituido y fortalecido con las economías ilícitas y que desde tiempo atrás, como se ha sostenido en este artículo, han emprendido un proceso fuerte de intervención política institucional con el fin de influir en la formulación, aplicación e interpretación de los marcos jurídicos y políticos legales, y lograr con ello beneficios económicos, controlar y ejercer el poder político, alcanzar inmunidad legal en los fallos de los procesos judiciales que se adelantan contra sus agentes (beneficios de tipo legal) y conquistar socialmente la legitimación de sus actos. Hay que tener claro que en Colombia existe un nivel avanzado y tecnificado —en términos jurídicos y políticos— de influencia de agentes criminales en el aparato estatal, que controlan y afectan todos los niveles de la administración pública y progresivamente han sido validados socialmente (Álvarez et al, 2023).

6. CONCLUSIONES

En Colombia ha existido desde tiempos republicanos hasta el presente formas clientelares en el ejercicio del poder local que se han gestado como pactos territoriales entre autoridades locales, clase política tradicional (partido liberal y conservador), empresarios, comerciantes, terratenientes y elites religiosas, que han servido para formalizar contratos políticos y económicos, administrar y canalizar recursos públicos con sus aliados y acordar tiempos de manejo y sucesión del poder político en las estructuras locales.

Frente a estos órdenes políticos clientelares, el fenómeno del narcotráfico desde la década de los 70s ha tenido un impacto en la institucionalidad, así como en el ejercicio de la democracia. Estas relaciones se han complejizado con la transformación de las actividades de cultivo y comercialización del narcotráfico hacia una agroindustria, y la presencia territorial de actores armados ilegales que también se involucran con las redes del narcotráfico para la financiación de la guerra. En este contexto, la relación entre corrupción y narcotráfico se ha desarrollado a través de la incidencia directa de los carteles de la droga en las autoridades de gobierno, lo que, según ciertas investigaciones judiciales que han demostrado estos vínculos, les han permitido lograr ciertas concesiones en términos de flexibilidad en los controles, negociación de la extradición como política de intercambio recíproco e influencia en las campañas electorales, entre otras.

Las diversas Convenciones de la ONU han incidido en la institucionalidad y los marcos normativos que rigen la política antidrogas en Colombia desde los años 70s como también los han hecho en otros países de la región. En el caso colombiano desde el gobierno de Alberto Lleras Camargo (1958-1962) hasta el gobierno de Iván Duque (2018-2022) el marco normativo nacional ha estado influenciado por la lucha global antidrogas de corte prohibicionista establecida en las Convenciones de 1971 y 1988. De gran importancia a este respecto ha sido la Ley 30 de 1986 que tipificó como delito diversas conductas relacionadas con el narcotráfico y ha influenciado hasta hoy su abordaje legislativo y regulatorio, lo que ha generado un marco normativo que ha sido calificado como ineficiente y cuya implementación ha ido en detrimento de los derechos humanos.

En un mundo globalizado y profundamente interconectado, la demanda de drogas continua en crecimiento y se beneficia de los enfoques prohibicionistas que predominan actualmente en las políticas contra las drogas. El prohibicionismo genera beneficios significativos para el crimen organizado e incentiva a los narcotraficantes a proveer la droga y enfrentar los riesgos que implica su distribución, debido a las importantes ganancias monetarias que les generan. De ahí que sea profundamente importante la estrategia nacional de control de drogas presentada en 2022 por la administración Biden, en la cual se propone un nuevo enfoque frente a la lucha contra las drogas, no sólo en materia de reducción del daño, sino también en políticas que afectan a las distintas fases de la cadena del narcotráfico, planteando la necesidad de políticas eficaces consensuadas con los gobiernos de los países productores de la hoja de coca, que se dirijan a solucionar los problemas económicos de las familias rurales afectadas por los cultivos de uso ilícito y retenidas como mano de obra del narcotráfico.

El Acuerdo Final de Paz ha propuesto, en este sentido, una estrategia diversa a la tradicionalmente prohibicionista recogida en la normativa y la política pública colombiana. Por ello, las medidas que recoge van en sintonía con lo señalado por el gobierno Biden en cuanto a dar un tratamiento distinto y diferenciado al problema de los cultivos de uso ilícito, al fenómeno del consumo y a la criminalidad organizada asociada al narcotráfico, asegurando un enfoque general de derechos humanos y de salud pública y de género. Sin embargo, el Acuerdo y sus medidas, no han podido ser implementados durante el gobierno Duque, debido a las visiones de securitización y al enfoque prohibicionista en la lucha global contra las drogas que han influenciado la estrategia para su combate en Colombia.

La situación ha cambiado con el actual gobierno del presidente Gustavo Petro, quien a finales de 2022 ha presentado a la Comunidad Internacional un nuevo enfoque de lucha contra las drogas dirigido a reducción de daños y riesgos (ONU 2022). Este enfoque supone tratar la problemática del narcotráfico como un tema de derechos humanos y salud pública. Esta propuesta es una respuesta al fracaso de la política de lucha contra las drogas enmarcada internacionalmente en el enfoque prohibicionista que, no ha podido evitar,

el incremento de las hectáreas sembradas de coca de 143.000 (2020) a 230.000 (2022). Así como, según el informe anual del Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos de Naciones Unidas (Simci) de 2023, el incremento de la producción de clorhidrato de cocaína desde las 1.200 (2020) hasta las 1.788 (2022) toneladas. Las cifras más altas desde que Colombia tiene registros. Frente a este incremento histórico de las cifras, no es claro, si el nuevo enfoque podrá bajar las cifras de producción y atacar las relaciones entre COT y las estructuras clientelares del Estado colombiano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Abrams, P. (1988). "Notes on the Difficulty of Studying the State (1977)". *Journal of Historical Sociology*. Vol. 1. Blackwell, Oxford. Pp. 58-89.
- Barreto, A. & Madrazo. (2015). "Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: dos estudios de caso de las transformaciones de las comunidades políticas de las Américas". *Isonomía* No. (43). Pp. 151-193.
- Becker, G., Murphy, K. & Grossman, M. (2004) "The economic theory of illegal goods: the case of drugs". NBER working paper series No. 10976. <https://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/10976.html>.
- Becker, G; Grossman, M. & Murphy, K. (1991). "Rational addiction and the effect of price on consumption". WP No. 68. <https://mgrossman.ws.gc.cuny.edu/files/2017/06/rationaladdic.pdf>.
- Buzan, B. & Waever, O. (2003). *Regions and Powers: the structure of International Security*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Buzan, B., Waever, O. & Wilde, J. (1998). *Security: a new framework for analysis*. Boulder: Lynne Rienner.
- Castells, M. (2001). "La conexión perversa: La economía criminal global". En: "La era de la información. Economía, sociedad y cultura". *Fin del Milenio*. Vol. 3. Siglo XXI Editores. Capítulo 3. Pp. 199-243.
- Chomsky, N., Cortes, B & Becerra, C. (2000). "Plan Colombia". *Innovar*. Vol. 16. Pp. 9-26.
- Duncan, G. (2014). *Más que plata o plomo. El poder político del narcotráfico en Colombia y México*. Bogotá: Debate.
- Duque, J. (2020). "Gobernanza criminal. Cogobiernos entre políticos y paramilitares en Colombia". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*.

- Universidad Nacional Autónoma de México*. Nueva Época, Año lxxv, núm. 241. Pp. 347-380. ISSN-2448-492X. <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2020.241.75094>.
- Foucault, M. (1971). *L'ordre du discours*. France: Éditions Gallimard
- Garay, L. & Salcedo-Albarán, E. (2012). *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados. El caso Colombia*. Centro Internacional para la Justicia Transicional -ICTJ- Vortex, Bogotá.
- Garay, L. & Salcedo-Albarán, E. (2012). *Narcotráfico, corrupción y Estados. Cómo redes ilícitas reconfiguran instituciones en Colombia, Guatemala y México*. México D.F.: Random House.
- Gibson, E. (2006). "Autoritarismo subnacional: estrategias territoriales de control político en regímenes democrático". *Desafíos*, Vol. 14, enero-junio. Universidad del Rosario Bogotá, Colombia. Pp. 204-237.
- González, F & Miranda, N. (1977). "Clientelismo, democracia o poder popular". En: Reyes A. *Latifundio y poder político*. CINEP.
- González, F. & Otero B. (2006). *¿Es ilegítimo el sistema político colombiano? La razón de ser del clientelismo y otras prácticas de la clase política en el contexto colombiano*. Documento de trabajo. CINEP, Bogotá.
- González Tule, L. (Ed) (2019). *Clientelismo, Patronazgo y Corrupción en Colombia y México*. Universidad del Norte.
- Gupta, A. (2015). "Fronteras borrosas: el discurso de la corrupción, la cultura de la política y el estado imaginado". En : Abrams, G. *Antropología del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México. Pp. 71-144.
- Hernández, L., López, C & Fernando, A. (2010). *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron al Estado colombiano*. Bogotá: Corporación Nuevo Arcoiris.
- Hilgers. T. (2012). *Clientelism in Everyday Latin American Politics*. New York: Palgrave Macmillan.
- Hogg, A., & Abrams, D. (1988). *Social identifications: A social psychology of inter-group relations and group processes*. London: Taylor & Frances/Routledge.
- Lai, G. (2012). "Drogas, crimen y castigo. Proporcionalidad de las penas por los delitos de drogas". *Serie reforma legislativa en materia de drogas núm. 20. International Drug Policy Consortium-IDPC. Transnational Institute-TNI*.
- Leal Buitrago, F. & Dávila L. (1990). *CLIENTELISMO. El sistema político y su expresión regional*. TM Editores - IEPRI UN.
- Melo, J. (1998). "Caciques y gamonales: perfil político", *Revista Credencial Historia*, 104 Bogotá. <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencialhistoria/numero-104/caciques-y-gamonales>.

- Michel, T. (2015). "Sociedad, economía y el efecto del estado". En : Abrams, G. *Antropología del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México. Pp. 145-187.
- O'Donnell, G. (2002). "Las poliarquías y la (in) efectividad de la ley en América Latina,". En: Méndez, G. O'Donnell & Pinheiro (eds.) *La (In)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*. Buenos Aires y Barcelona: Editorial Paidós: 2002) p.305-336.
- O'Donnell, G. (2004). "Democracia y Estado de Derecho". *Journal of Democracy*, Vol. 15, n. 4. Pp.32-46.
- Pinto, P. (1998). "Las drogas en la historia". *Revista Científica Salud Uninorte*. Vol. 13. Pp. 24-30.
- Ramírez, J. (2017). "Balance de los quince años del Plan Colombia (2001-2016): recuperación de la institucionalidad colombiana y consolidación de la presencia del Estado en el territorio nacional". *Estud. Int. Vol. 49 (186)*.
- Saffer, H. & Chaloupka, F. (1995). "The Demand for Illicit Drugs". NBER Working Paper No. w5238. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=225302.
- Salgado, H. (2021). "Organizaciones sociales, cultivos de uso ilícito y Acuerdo Final de Paz". En: Moreno, C. Helmsing & Fajardo, D. (Eds.). *Paz posible, guerra imparables Posacuerdo y construcción de paz en Colombia*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Pp. 149-198.
- Salgado, H. (2019). "La solución al problema de las drogas ilícitas: obstáculos normativos y políticos para su implementación". En: Ariza, P., Castellanos, C., López, C., Fajardo, D., Salgado, H., Galvis, L., Antequera, J., Uribe, A., Caycedo, J., Garcia, D., Gallón, G., Rojas, M., Robledo, M., Pineda, C & Díaz, J. (eds). *La paz en disputa*. Bogotá: Aurora.
- Taylor, B & Jelsma, M. (2011). "Cincuenta años de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes: una relectura crítica". *Serie reforma legislativa en materia de drogas. núm. 12. International Drug Policy Consortium-IDPC. Transnational Institute-TNI*.
- Thoumi, E. (1999). "La relación entre corrupción y narcotráfico un análisis general y algunas referencias a Colombia". *Revista de economía del Rosario*. Vol. 2 (1). Pp. 11-33.
- Thoumi, E. (2008). *La normatividad internacional sobre drogas y la evaluación de los resultados de la Sesión Especial D*. Colombia: Vid.
- Thoumi, E. (2009). "La normatividad internacional sobre drogas como camisa de fuerza". *Revista Nueva Sociedad*. Núm. 222. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3986631>.

- Thoumi, E. (2015) *Debates y paradigmas de las políticas de drogas en el mundo y los desafíos para Colombia*. Bogotá: Publicaciones ACCE.
- Uprimny, R & Esther, D. (2011). “Política de drogas y situación carcelaria en Colombia”. *Instituto de Asuntos Públicos. Centros de Estudios de seguridad ciudadana. Núm. 14*. Vid.: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_188.pdf.
- Uprimny, R. (2002). “El desfase entre los que saben y los que hacen: reflexiones sobre el marco jurídico y cultural de la política contra las drogas en Colombia”. En: Sanchez, C.,
- Quijano, A., Mora, J & Merchan, I. *Análisis político*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Alto Comisionado para la Paz. (2016) *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf.
- Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia (2013). *Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas*. Bogotá, Colombia.
- Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia (2015). *Lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia*. Bogotá, Colombia.
- Echavarría, J., Gómez, M., Balen, M., Forero, B., Samira, J., Gutierrez, E., Joshi, M., Kielhold, A., Márquez, J., Menjura, T., Pérez, M., Quinn, L., Quinn, J., Ramírez, A., Restrepo, N., Robayo, A., Rodríguez, A., Rojas, N., Sáenz, C., Serrano, C. & Zuñiga, I. (2023). *Seis años de implementación del Acuerdo Final: retos y oportunidades en el nuevo ciclo político*. Kroc Institute for International Peace Studies.
- Morales, S. (2019) “El Gobierno echó para atrás la política de consumo de drogas: director Corporación ATS.” *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-gobierno-echo-para-atras-lapolitica-de-consumo-de-drogas-director-corporacion-ats/>.
- Observatorio de Drogas de Colombia. (2016). *Caracterización Regional de la problemática asociada a las drogas ilícitas en el departamento del Meta*. http://www.odc.gov.co/Portals/1/politica-regional/Docs/2016/RE043_meta.pdf.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2012). “UNODC and the promotion and protection of human rights, UNODC Guidance Note-Human Rights”. http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HR_paper_UNODC.pdf.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2021). “Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2020”.

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (s.f). “Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos-SIMCI”. <https://www.unodc.org/colombia/en/simci/simci.html>.
- Revista Semana. (s.f) “Acuerdo para la paz”. *Capítulo cuatro*. <https://especiales.semana.com/acuerdo-para-la-paz/capitulo-cuatro.html>.
- Rincón, D. (2017). “Lucha antidrogas es una responsabilidad de todos: Santos”. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/politica/gobierno/discursos-del-presidente-juan-manuel-santos-ante-la-onu-132582>.
- Torrado, S. (2018). “Duque presenta ante el mundo su política antidrogas”. *El País*. https://elpais.com/internacional/2018/09/26/colombia/1537985376_620737.html.
- Transnational Institute. (2015). “Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica”. <https://www.tni.org/es/publicacion/lasconvenciones-de-drogas-de-la-onu>.
- Transnational Institute. (2016). Reforma de la ley de drogas en Colombia: guía básica. <https://www.tni.org/es/publicacion/reforma-de-la-ley-de-drogas-en-colombia-guia-basica>.
- Unión Europea. (2009). Observatorio europeo sobre las drogas y las toxicomanías. *Informe europeo sobre drogas*.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (Julio, 2021). “Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2020”.

Normatividad

Colombia

- Congreso de la República de Colombia. (1920). “Ley 11”. *Sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso*. Diario Oficial Núm. 17.322.
- Congreso de la República de Colombia. (1928). “Ley 118”. *Por la cual se adiciona la Ley 11 de 1920 sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso, y se dictan otras disposiciones relativas al servicio de higiene*. Diario Oficial Núm. 20.956.
- Congreso de la República de Colombia. (1974). “Ley 13”. *Por medio de la cual se aprueba la “Convención Única sobre estupefacientes”, hecho en Nueva York, el 30 de marzo de 1961, y su Protocolo de Modificaciones, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972*. Diario Oficial Núm. 34.228.
- Congreso de la República de Colombia. (1986). “Ley 30”. *Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial Núm. 37.335.

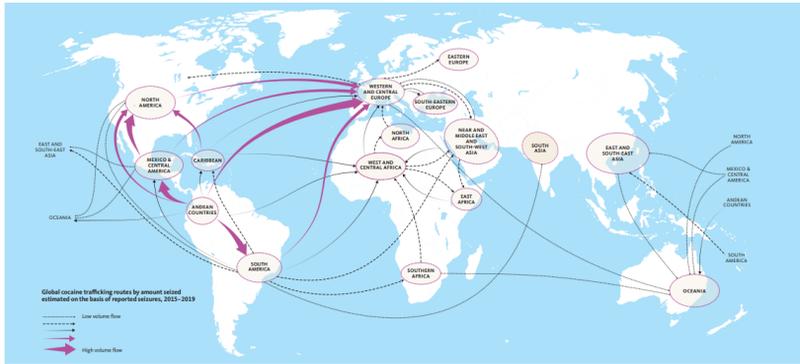
Anexo 1

	2019	CAMBIO (%)	2020
Área neta con cultivos de coca calculada a 31 de diciembre (redondeando a miles) ¹	154.000 hectáreas	-7	143.000 hectáreas
Región Pacífico	57.897 hectáreas	-12	50.701 hectáreas
Región Catatumbo ²	41.749 hectáreas	-4	40.116 hectáreas
Región Central	20.335 hectáreas	24	25.221 hectáreas
Región Putumayo - Caquetá	29.484 hectáreas	-25	22.041 hectáreas
Región Meta - Guaviare	4.585 hectáreas	-3	4.462 hectáreas
Región Orinoquía	245 hectáreas	-51	121 hectáreas
Región Amazonía	173 hectáreas	-31	119 hectáreas
Región Sierra Nevada	7 hectáreas	-71	2 hectáreas
Rendimiento promedio de hoja de coca fresca ³	5,8 tm/ha/año	10	6,4 tm/ha/año
Producción potencial de hoja de coca fresca ³	993.100 tm (872.300 tm - 1.170.900 tm)	0,4	997.300 tm (874.300 tm - 1.180.500 tm)
Producción potencial de clorhidrato de cocaína (100% de pureza)	1.137 tm (999 tm - 1.340 tm)	8	1.228 tm (1.077 tm - 1.454 tm)
Rendimiento promedio de clorhidrato de cocaína/hectárea cosechada ³	6,7 kg/hectárea cosechada	18	7,9 kg/hectárea cosechada
Incautaciones de cocaína ⁴	428.418 kg	18	505.683 kg
Laboratorios ilegales destruidos ⁵	5.485	-5	5.226
Erradicación adelantada por la fuerza pública (cultivos de coca) ⁶	94.606 hectáreas	38	130.147 hectáreas
Erradicación manual voluntaria de cultivos ilícitos reportada por PNIS	6.765 hectáreas	-90	702 hectáreas

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Julio, 2021. "Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2020".

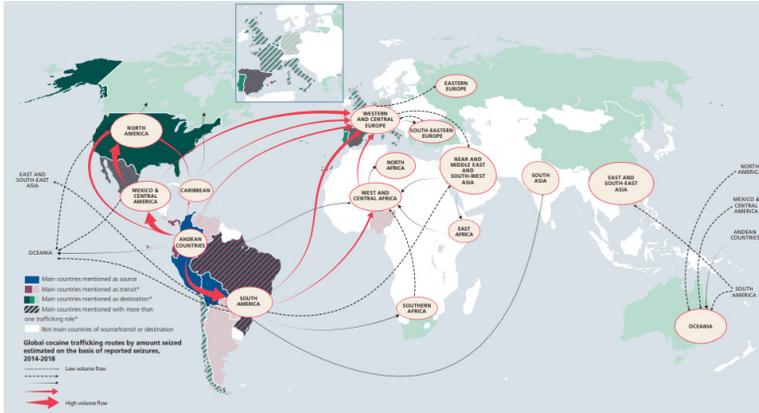
Anexo 2

MAP 5 Main cocaine trafficking flows, as described by reported seizures, 2015–2019



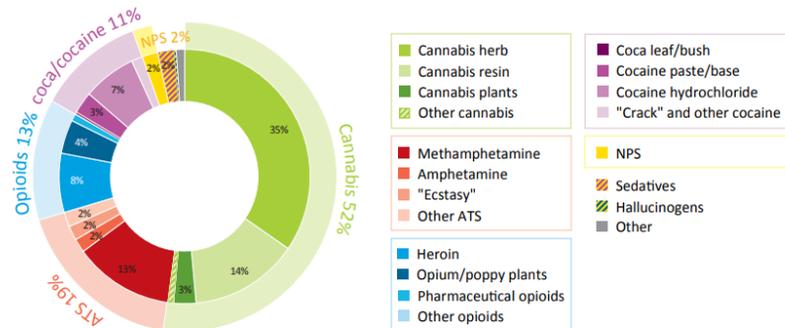
The size of the route is based on the total amount seized on that route, according to the information on trafficking routes provided by Member States in the annual report questionnaire, individual drug seizures and other official documents, over the 2015–2019 period. The routes are determined on the basis of reported country of departure/transport and destination in these sources. As such, they need to be considered as broadly indicative of existing trafficking routes while several secondary routes may not be reflected. Route arrows represent the direction of trafficking: origins of the arrows indicate either the area of departure or the one of last provenance, and points of arrows indicate either the area of consumption or the one of next destination of trafficking. Therefore, the trafficking origin may not reflect the country in which the substance was produced.

MAP 3 Cocaine trafficking routes as described in reported seizures, 2014–2018



Source: UNODC, responses to the annual report questionnaire, and individual drug seizure database.

FIG. 32 Global distribution of drug seizure cases by drug types, 2017–2019

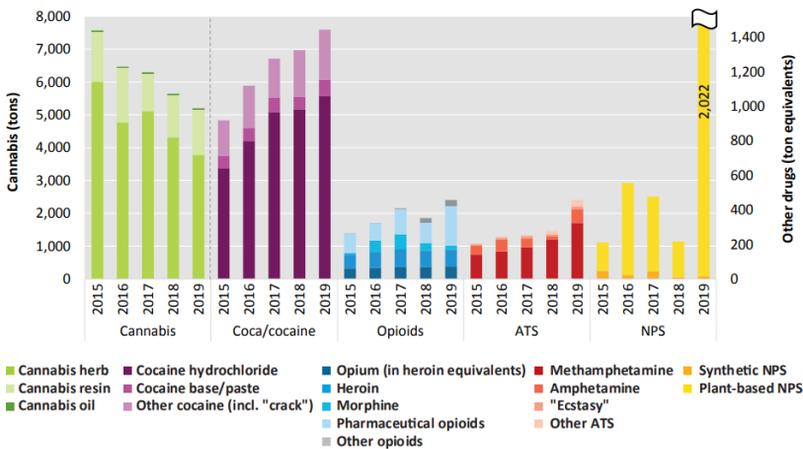


Source: UNODC, responses to the annual report questionnaire.

Note: Based on data from 92 Member States reporting, on average, 2.5 million seizure cases per year to UNODC over the period 2017–2019.

Anexo 3

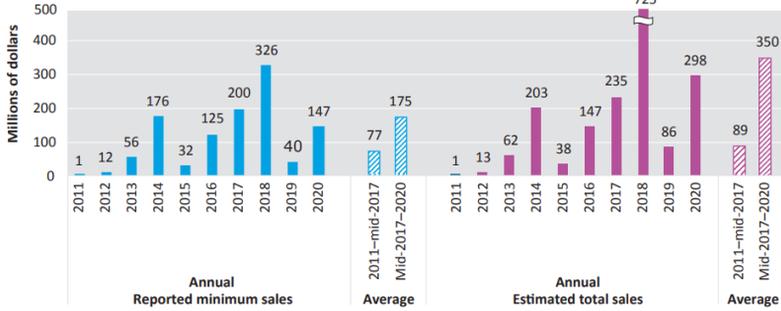
FIG. 34 Trends in global quantities of drugs seized, 2015–2019



Source: UNODC, responses to the annual report questionnaire.

Anexo 4

FIG. 45 Darknet sales on major marketplaces where drugs are sold: reported minimum sales and estimated total sales, 2011–2020



Source: UNODC analysis and estimates, based on data from Hikari Labs.

Note: Based on data from 19 major darknet markets (Agora, AlphaBay, Berlusconi Market, Black Market Reloaded, Cannazon, Dark Market, Dream Market, Empire, Evolution, Hydra, Hydra Market, Pandora, Silk Road and Silk Road 2, TradeRoute, Valhalla, Versus, Wallstreet and Whitehouse). For more details on the calculation of the estimated total sales, see the methodological annex in the online version of the present report. All data reported reflect “minimum” sales as the current web-crawler techniques do not cover all sites on a specific market and customers may purchase not just one but various units of a drug offered for sale over the darknet and this information may not necessarily be contained in the feedback received that is used for the analysis. The challenge of web-crawler techniques not covering all sites on a specific market can be overcome if it is assumed that the investigated “pages” contain approximately the same information as the ones that the web-crawlers could not investigate. The challenge arising from the fact that customers may purchase various units of a drug, in practice, is not thought to lead to dramatically incorrect results, as drugs are offered in categories of quantity, such as 1 tablet, 5 tablets, 10 tablets, 20 tablets, 50 tablets, etc. and there are some indications suggesting that most customers purchase drugs in the amounts offered.

Capítulo 2

Argentina, Brasil y Chile

ANA FLÁVIA AZEVEDO PEREIRA*
JOÃO VICTOR PALERMO GIANECCHINI**
JÚLIA LEAL DA SILVA***
EDUARDO SAAD-DINIZ****

1. INTRODUCCIÓN

La reforma del estado que tuvo lugar en América Latina desde la década de los años 80 y durante los años 90 del siglo XX, de inspiración neoliberal, fracasó en realizar los objetivos de gobernanza y buen gobierno. Algunos estudiosos, como Gargarella, entienden que el reformismo constitucional en América Latina no se ha orientado a la transformación institucional del sistema de gobierno (Gargarella, 2011). El cambio de marcos institucionales provocados por el liberalismo en países marcados por una fuerte desigualdad social como Argentina, Brasil y Chile ha generado, por el contrario, mayores oportunidades de compra de votos, clientelismo, patronazgo y captura del estado por grupos poderosos con la capacidad de producir normas jurídicas favorables a sus intereses que, lejos de maximizar los valores y bienes públicos, se enmarcan en la llamada corrupción legal (Rothstein & Teorell, 2008).

* Abogada de la Universidade Federal de Minas Gerais, Magíster en Derecho, Ética y Desarrollo de la Faculdade de Direito de Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo y Especialista de Derecho y Procedimiento Penal del Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Abogada Asociada de Compliance, Derecho Penal Económico e Investigaciones.

** Abogado y Magíster de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo en Brasil.

*** Abogada de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo en Brasil.

**** Profesor de la FDRP/USP y del Programa de Integración de América Latina de la USP (FDRP/PROLAM/USP). Becario de productividad del CNPQ.

La corrupción legal y el mal gobierno tienen una relación causal bidireccional y se retroalimentan en un círculo vicioso (Cho, Kirwin; 2007). La captura del gobierno por grupos poderosos y el crimen organizado redirecciona los recursos y poderes del estado, con el fin de evitar su utilización para atender las necesidades sociales, y de promover el diseño e implementación de políticas públicas sin tomar en consideración a los más vulnerables, lo que supone una violación de pilares básicos del buen gobierno como la “equidad e inclusión” y la “eficacia y eficiencia del gobierno” (ONU, 2019).

En el marco del análisis sobre las posibles respuestas desde el derecho constitucional al fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), el presente capítulo aborda la cuestión sobre las causas del mal gobierno en Brasil, Chile y Argentina y cómo los instrumentos de gobernanza, o su falta, fomentan un buen gobierno o contribuyen a la corrupción legal. El capítulo busca así responder a las siguientes preguntas: ¿Cómo la corrupción legal y el COT han incidido en la institucionalidad de Brasil, Chile y Argentina? Y, ¿cómo surgieron y se han desarrollado los marcos normativos que orientan la política anticorrupción en Brasil, Chile y Argentina?

A través de un ejercicio de derecho comparado, se expondrán las principales manifestaciones que asume la corrupción legal en Brasil, Chile y Argentina, los problemas de gobernanza que permitieron su perpetuación durante y después de las dictaduras militares y los mecanismos de buen gobierno que vienen ayudando al combate a la corrupción en estos países. El análisis se centrará en los periodos de las dictaduras militares en los tres países y en los cuatro presidentes que en los últimos treinta años han gobernado durante más tiempo en cada país y han tenido más relevancia en el diseño de instrumentos de gobernanza o en la diseminación de la corrupción legal.

La investigación en ciencias sociales aplicadas tiene como objetivo utilizar datos relevantes con el fin de corroborar, o no, ciertas ideas criminológicas y/o jurídicas (teorías). Esto significa que la investigación sobre el derecho tiene un papel importante en el desarrollo del pensamiento crítico sobre la validez de ciertas teorías mediante el uso de evidencia científica. En este sentido, Becker entiende el método de investigación en las ciencias sociales aplicadas a partir del uso de datos, evidencias e ideas, con el fin de analizar el fundamento

teórico de cualquier tema con base en los datos disponibles, de manera que se centre la atención en la búsqueda de evidencia científica sobre lo que funciona (y lo que no funciona) en las distintas teorías explicativas (Becker 2017: 15 et seq.).

En consecuencia, en esta investigación se emplearán indicadores de percepción internacionales, tales como el IPC (Índice de Percepción de la Corrupción), el BGC (Barómetro Global de la Corrupción) (ambos elaborados por Transparencia Internacional) y los informes-país de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) respecto al cumplimiento de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención Antisoborno) (1997).

También se utilizarán los Indicadores Globales de Gobernanza y Corrupción del Banco Mundial¹, el cual utiliza una metodología que mide medidas relativas a la gobernanza que van desde aproximadamente -2.5 a 2.5, con los valores más altos correspondientes a una mejor gobernanza. Los datos también son presentados en formato de rango de percentil, que van desde 0 (rango más bajo) a 100 (rango más alto).

Los datos se usarán para analizar los cambios durante amplios períodos, evaluar las tendencias generales y comparar el desempeño de los países. Entre los seis indicadores disponibles, se han seleccionado dos para el análisis: la calidad regulatoria y el control de la corrupción. El primero se refiere a la percepción de la capacidad del gobierno para diseñar y aplicar políticas públicas y regular adecuadamente el sector privado, mientras que el segundo se ocupa de la percepción sobre el uso del gobierno para intereses particulares, el mayor o menor nivel de corrupción (tanto en relación con grandes escándalos, como con respecto a pequeños sobornos) (*grand corruption* y *petty corruption*) y la captura del estado por parte de las élites.

¹ The World Bank. Worldwide Governance Indicators. Interactive Data Access. Vid.: <https://www.worldbank.org/en/publication/worldwide-governance-indicators/interactive-data-access>.

En todo caso, es conveniente no olvidar que, a pesar de su liderazgo mundial, estos índices siguen enfrentándose a importantes críticas sobre el método de recogida, el tratamiento y el análisis de los datos, así como sobre la propia naturaleza de su elaboración, porque se basan en datos subjetivos sobre la percepción de la gobernanza y la corrupción por parte de los ciudadanos y las empresas (Apaza 2009: 139-143).

2. CORRUPCIÓN Y MAL GOBIERNO

La gobernanza implica la interacción entre las instituciones formales y las de la sociedad civil, abarcando a las instituciones gubernamentales, pero también subsumiendo a las no gubernamentales que operan informalmente dentro del ámbito público. Estado y sociedad civil se constituyen a través de la interacción continua, y la gobernanza producida (mala o buena) es un resultado de este proceso (Weiss, 2000: 795-814).

Kaufmann, Kraay & Mastruzzi, en representación del Banco Mundial, asocian muy claramente la gobernanza con la corrupción: el control de esta última es uno de los seis indicadores de la primera, midiendo el nivel de ejercicio del poder público para beneficio privado (lo que incluye la pequeña corrupción, la gran corrupción y los supuestos de captura del estado). Sin embargo, en última instancia, todos los indicadores están indirectamente relacionados con la corrupción, como es el caso de la eficacia del gobierno (que mide la competencia de la burocracia estatal y la calidad de la prestación de los servicios públicos), la calidad regulatoria (que mide la incidencia de las políticas no favorables al desarrollo), el estado de derecho, la calidad del cumplimiento de los contratos, el funcionamiento de la policía y de los tribunales de justicia y la probabilidad de que se produzcan delitos y violencia (Kaufmann, Kraay & Mastruzzi).

Para Rose-Ackerman, la corrupción está estrechamente relacionada con la gobernabilidad, ya que la corrupción sistemática (gran corrupción) puede socavar la legitimidad del estado y su funcionamiento económico. Para llegar a esta conclusión, distingue entre la corrupción oportunista, de “bajo nivel”, y la corrupción sistemática.

Mientras que en el primer caso individuos o grupos aislados buscan el favor personal (aunque exista un contexto regulatorio adecuado), en el segundo hay toda una estructura, jerarquía, sistema y burocracia que gira en torno a la obtención de favores personales por parte de diferentes grupos. Así, mientras la corrupción de bajo nivel socava la gobernabilidad al favorecer una distribución ineficiente e injusta de los recursos, la corrupción sistemática, dado su carácter generalizado, lleva a la gobernabilidad al borde del fracaso (Rose-Ackerman, 2006: 20-21).

Kaufmann, Kraay & Mastruzzi (2007) examinan las causas de la corrupción al ser esta una preocupación central en las investigaciones econométricas realizadas sobre los distintos países, que consideran la existencia de una gobernanza débil (incluyendo altos niveles de corrupción) como el principal motivo del bajo crecimiento económico (en el mismo sentido Rose-Ackerman 2005: 208-249). En consecuencia, desde esta perspectiva, incluso si los países adoptan las medidas macroeconómicas correctas, estas no funcionarán a menos que el estado cuente con instituciones capaces de poner en práctica dichas políticas. De esta manera, no es posible que se dé un proceso de crecimiento, a menos que existan instituciones que funcionen razonablemente bien (Kaufmann; Kraay y Mastruzzi 2006).

En el contexto latinoamericano, la interrelación entre la corrupción y los problemas socioeconómicos es evidente desde la perspectiva de la gobernanza (Latinobarómetro, 2018). Así, por ejemplo, en Brasil, la corrupción aparece como un problema ciertamente importante, junto a otros como la delincuencia, la situación política y la economía. Así mismo, en Argentina, si bien la corrupción ha pasado a ser un tema secundario en la encuesta realizada en 2018, el análisis ofrecido por Latinobarómetro relaciona esto con la grave crisis económica que enfrenta el país, lo que termina por dar mayor relevancia a este problema. Finalmente, con respecto a Chile, el Latinobarómetro (2020) refleja también la preocupación que generan los altos niveles de percepción de corrupción, lo que es debido en buena medida a los numerosos escándalos destapados que revelan la dinámica incestuosa entre el Estado y el sector empresarial (dinámica que afecta a gran parte de los países latinoamericanos) (Latinobarómetro, 2020).

2.1. Corrupción sistémica y captura del gobierno

La corrupción impacta el sistema político, electoral y democrático, así como el desarrollo económico y social (incluyendo los derechos humanos), ya que la estructura del gobierno es capturada por grandes empresas involucradas en escándalos de corrupción. Además, también menoscaba la gobernanza porque corrompe la legitimidad del gobierno, hace ineficaz la participación ciudadana en las tomas de decisiones y limita la transparencia y la responsabilidad (accountability).

Para Rose-Ackerman, una característica común de los contextos donde la corrupción es más frecuente es la captura del estado por los intereses de una pequeña élite. En estos casos, el interés público se diluye y ejerce menos influencia que los intereses de la élite gobernante (Rose-Ackerman 2005: 208). De esta manera, los altos niveles de permeabilidad de las instituciones públicas a las prácticas ilícitas tienden a reproducir las desigualdades sociales y económicas, como se observa en los países latinoamericanos que enfrentan dificultades para desarrollar instituciones sólidas y prácticas transparentes orientadas al ejercicio del interés público. En última instancia, los países en los que la captura del estado se institucionaliza y se afianza acaban ahuyentando las inversiones legítimas que no están relacionadas con prácticas corruptas (Rose-Ackerman 2005: 212-213).

El escándalo de corrupción de la Lava Jato (caso Odebrecht) demuestra cómo las empresas desarrollan y profundizan cada vez más en el ámbito latinoamericano las dinámicas de captura del estado en sus más diversos niveles, a través de prácticas como el lobby corporativo y la captura regulatoria, socavando así la capacidad de las instituciones de control para ofrecer respuestas suficientes a los sucesivos escándalos empresariales (Rose-Ackerman & Pimenta 2020: 199-212). Esta situación adquiere en el siglo XXI, a partir de la profundización de la globalización, un aumento en la complejidad de las prácticas corruptas en el seno de las instituciones estatales (Olasolo 2021: 839 et seq.), en la medida en que la participación de empresas desde diversas partes del mundo terminan por imponer mayores dificultades al ejercicio del control y la sanción, haciendo que la gobernanza, especialmente en los países en desarrollo, como las naciones

latinoamericanas, enfrenten obstáculos nuevos y más complejos para que el interés público se pueda satisfacer a través de las políticas gubernamentales (Rose-Ackerman 2005)..

2.2. Especificidades en materia de corrupción asociada al crimen organizado transnacional en América Latina

La corrupción pública y privada está asociada con el COT en la medida en que “la corrupción es un facilitador que protege las operaciones del crimen organizado”. Malos patrones de intercambio e interacción social entre actores públicos y privados (estatales y no-estatales), que se extienden sobre la brecha que comúnmente divide al ámbito de la legalidad (“mundo legítimo”) del ámbito de la criminalidad (“bajo mundo ilegítimo”), influyen en el carácter, la forma y la evolución del orden político, constituyendo elementos del mal gobierno. Los grupos criminales organizados, especialmente en América Latina, están “infiltrando”, “cooptando” y “capturando” las instituciones estatales. Estos procesos se manifiestan en una variedad de maneras, tales como: (a) la mediación entre los intereses de las áreas dominadas por las instituciones del estado y los intereses de los espacios sociales que son controlados por instituciones que surgen del narcotráfico; (b) el financiamiento de las máquinas electorales por las organizaciones de narcotráfico; y (c) las prácticas ilegales, e incluso criminales, de los mismos estados, como los actos de “gran corrupción” en el sector público (Schultze-Kraft, 2016: 25-44).

Para Schultze-Kraft, la violencia y la coerción juegan un papel importante en los sistemas políticos, donde el crimen organizado adquiere su mayor poder político y las normas constitucionales y legales formales coexisten e interactúan con el patrimonialismo y el clientelismo. Sería el orden crimilegal, en emergencia en muchas partes del sur global, donde una variedad de ejecutores estatales y no estatales, incluidas las organizaciones criminales, participan en la formación de oligopolios de la coerción y violencia. Es el caso de Brasil, donde la violencia organizada no es un conflicto armado externo, una amenaza “forastera” a la paz, o un obstáculo exógeno a la construcción del orden político, sino una manifestación del continuo legalidad/

criminalidad, como lo son las milicias y las organizaciones del narcotráfico (Schultze-Kraft, 2016: 25-44).

La delincuencia organizada corrompe las instituciones democráticas, llegando a despojarlas de sus más elementales características de garantía de los derechos de los ciudadanos (inhibición del acceso a la justicia y de los servicios a los ciudadanos). Como resultado, la captura del estado hace que un número muy elevado de trabajadores públicos decidan perseguir solamente intereses personales, dañando al estado desde dentro en perjuicio de las políticas públicas que benefician a los ciudadanos y promuevan el desarrollo social (Pagán, 2019: 117-138).

Además, como señala Arias:

[...] la intervención del crimen organizado también se presenta en la vida cotidiana y en el ejercicio del gobierno. La actividad criminal no causa únicamente violencia, por contra intuitivo que esto parezca; también puede generar orden, proveer bienes públicos e incidir en la implementación de políticas públicas. Dicho de otra manera, las organizaciones criminales intervienen de diversas maneras en los procesos de gobernanza. La clave para entender todas estas variantes se encuentra en el ámbito local y en los estudios de caso” (Bonilla Alguera, 2020).

En consecuencia, Arias sostiene que las organizaciones criminales “estructuran diferentes sistemas de gobernanza [que] generan variadas formas de seguridad y peligro para los residentes” (Bonilla Alguera, 2020).

Con base en lo anterior, consideramos que la investigación sobre los problemas de corrupción y gobernanza en Argentina, Brasil y Chile necesita analizar los distintos períodos gubernamentales y sus particularidades con relación a las estrategias de gobernanza y responsabilidad democrática. Por ello, el estudio de cada país se ha dividido en cinco periodos distintos, comenzando por el período dictatorial y la redemocratización, y siguiendo después con los cuatro principales gobiernos democráticos, hasta el momento presente.

3. LA GOBERNANZA EN ARGENTINA

De acuerdo con la Constitución argentina, los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación y tienen jerarquía

superior a las leyes (arts. 31 y 75), debiendo ser aprobados por el Congreso antes de entrar en vigor, y correspondiendo a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre cuestiones regidas por los mismos (art. 116) En la materia que nos ocupa, Argentina ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)², la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)³, la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE)⁴

² Argentina adoptó la Convención Interamericana el 29 de marzo de 1996. La Convención fue posteriormente aprobada mediante la Ley 24.759, de 13 de enero de 1997, mientras que el instrumento de ratificación se depositó el 1 de noviembre de 2000. El objetivo de la CICC es prevenir, sancionar y erradicar la corrupción y facilitar la cooperación entre los estados parte para alcanzar el primer objetivo. Para ello, regula el establecimiento de: (a) normas de conducta para los funcionarios públicos basadas en la ética; (b) sistemas de declaración y publicidad del patrimonio de las personas que ocupan cargos públicos; y (c) sistemas de protección de cualquier persona que denuncie prácticas corruptas, incluso protegiendo su identidad. Además, prevé la creación y el fortalecimiento de: (a) órganos de control para alcanzar los objetivos de la CICC; y (b) mecanismos de participación de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales para prevenir la corrupción. Otros aspectos importantes son el sistema de asistencia mutua que recoge y la tipificación del enriquecimiento ilícito.

³ Argentina adoptó la CNUCC el 10 de diciembre de 2003. La Convención fue posteriormente aprobada mediante la Ley 26.097, de 6 de junio de 2006, y el instrumento de ratificación se depositó el 28 de agosto de 2006. La CNUCC contiene en esencia las mismas directrices que la CICC, es decir, la prevención y represión de la corrupción, basada en la cooperación internacional y el mantenimiento de la integridad de los bienes públicos.

⁴ Argentina adoptó la Convención de OCDE el 17 de diciembre de 1997. La Convención fue posteriormente aprobada mediante la Ley 25.319, de 6 de octubre de 2000, y el instrumento de ratificación se depositó el 8 de febrero de 2001. El objetivo de la Convención OCDE es prevenir y combatir la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en relación con las transacciones internacionales. Por ello tipifica la conducta prohibida como “soborno de un funcionario público extranjero”, que consiste, en términos generales, en el acto de dar, entregar u ofrecer a este tipo de funcionarios una ventaja indebida para eludir los procedimientos regulares de una transacción comercial internacional. Además, prevé sanciones, incluso penales,

y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)⁵.

3.1. El período dictatorial (1976-1983) y la redemocratización (1983-1989)

La influencia del poder militar en el sistema político argentino entre 1930 (fecha del primer golpe de estado) y 1983 no permitió la estructuración de un verdadero sistema de partidos, e impidió la formación de una tradición democrática consolidada en el país. Así, la vida política argentina durante este periodo se caracterizó por la excesiva influencia del poder militar, la escasa competencia entre partidos y la rotación del poder entre civiles y militares (Quiroga 2018).

Durante este periodo, calificado por algunos como “pretoriano”, la corrupción era utilizada como parte de la estrategia discursiva que preparaba un golpe militar y creaba a continuación comisiones especiales para investigar selectivamente a los funcionarios depuestos. Los gobiernos golpistas proponían siempre recuperar los valores supuestamente violados por los mandatarios elegidos por el voto popular, que habían instalado un sistema de corrupción generalizada, lleno de escándalos protagonizados por los entornos presidenciales (Guillermo 2002).

Desde finales del siglo XIX, Argentina se insertó en el mercado mundial y las elites adoptaron patrones de comportamiento político y empresarial en búsqueda de acceso privilegiado al estado, con el

para las personas jurídicas por sobornar a estos funcionarios o, si es incompatible con el sistema del país, cualquier otra medida no penal que castigue efectivamente la conducta cometida. También regula la posibilidad de retención, confiscación u otra sanción pecuniaria para compensar el daño ocasionado, la necesidad de mantener sistemas contables para el control de las empresas y la necesidad de que el plazo de prescripción sea suficiente para investigar y castigar el delito. Por último, regula el deber que tienen los estados parte de cooperar eficazmente para la investigación y el castigo de los delitos contenidos en la Convención.

⁵ Argentina adoptó la Convención de Palermo el 19 de noviembre de 2002. La Convención fue aprobada mediante la Ley 25.639, de 29 de agosto de 2002.

fin de hacer un uso “privatista” de sus estructuras para frenar los reclamos de mayor equidad en la distribución del ingreso y escapar a las exigencias de la competencia en el mercado mundial, en lugar de buscar la innovación tecnológica, la conquista de nuevos mercados y la optimización de las actividades económicas (Guillermo 2002).

Así mismo, durante la década de 1980 en la que tuvo lugar la transición del régimen autoritario al régimen civil, la corrupción de los funcionarios y políticos electos continuó extendiéndose. Esto se debió a la ausencia de un sistema de representación política sólido, con requisitos de transparencia y rendición de cuentas, lo que permitió a los políticos y los funcionarios de alto rango estar protegidos por una amplia red de complicidades y mantener los dispositivos clientelistas en los que se basaba su poder (Guillermo 2002).

3.2. El gobierno de Carlos Menem (1989-1999)

Desde 1991 hasta 2006, Argentina recibió apoyo casi continuo del Fondo Monetario Internacional (FMI), mientras el liberalismo económico que imperó en el gobierno menemista legitimó los argumentos sobre la necesidad de reducir el estado para resolver la crisis económica y eliminar las raíces profundas de la corrupción. De hecho, en su primer discurso frente a la Asamblea Legislativa, Carlos Menem declaró la guerra a la corrupción (Guillermo 2002).

Sin embargo, lo cierto es que el gobierno Ménem fue marcado por escándalos de corrupción, hechos de enriquecimiento ilícito de funcionarios y consejeros cercanos al presidente y decisiones que desmontaron los mecanismos de control, garantizando con ello la impunidad necesaria a los funcionarios bajo sospecha. Así, apenas un año después de su llegada al poder, estalló en 1991 el escándalo *Swifgate* como consecuencia de que la embajada de Estados Unidos presentó formalmente una queja ante el gobierno argentino porque a la firma Swift-Armour se le habían exigido, desde el entorno presidencial de Menem, “pagos sustanciales” para destrabar el ingreso de maquinaria importada (Guillermo 2002). Desde entonces, los escándalos por prácticas corruptas no dejaron de sucederse, lo que ha hecho que algunos autores hayan calificado el gobierno de Menem como una auténtica “cleptocracia” (Guillermo 2002).

En 1994, la reforma de la Constitución argentina introdujo un nuevo sistema judicial, siendo creado el Consejo de la Magistratura, operativo desde 1998 por medio de la Ley 24.937, el cual es responsable de la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial (art. 114). Hasta 1998, los jueces federales eran elegidos directamente por el Presidente con el consentimiento del Senado, de manera que la reforma buscó fortalecer la base meritocrática del poder judicial. Sin embargo, en promedio, el Consejo de Magistratura necesita de dos años para seleccionar a cada juez, lo que deja importantes casos de corrupción interna sin juez asignado. La situación ha llevado al uso generalizado de jueces suplentes que no ofrecen las mismas garantías de independencia que los jueces ordinarios porque no son designados utilizando el mismo procedimiento. Los retrasos en las nominaciones judiciales también plantean graves preocupaciones sobre la influencia política, puesto que los jueces suplentes a menudo solicitan puestos judiciales permanentes y, como candidatos, pueden estar bajo presión del gobierno para resolver casos delicados mientras la aprobación de su candidatura está pendiente (OCDE 2008).

A esto hay que unir el hecho de que durante el gobierno Menem se amplió la Corte Suprema de cinco a nueve miembros, siendo los cuatro nuevos designados ampliamente considerados como nombramientos muy débiles, que, en última instancia, no hicieron sino atribuir al gobierno la denominada “mayoría automática” (OCDE 2008).

En 1996, después de ganar las elecciones, salió a la luz otra ola de escándalos, razón por la cual los opositores volvieron a acusar a Menem de corrupción, pero no fue imputado. Entre estos escándalos, cabe mencionar a modo de ejemplo el que afectó al Banco Nación, porque al otorgar a la empresa IBM la licitación para la renovar su sistema informático se descubrieron que se habían pagado más de 21 millones de dólares en sobornos. Un expresidente y tres antiguos directores del banco, así como cinco empresarios, fueran procesados (OCDE 2010). Así mismo, cabe también referirse a la venta de armas argentinas a Croacia y Ecuador, países sobre los que pesaba un embargo militar de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por estar en guerra (el primero en la antigua Yugoslavia y el segundo contra Perú). Dos exministros y varios militares fueran procesados.

Menem habría obtenido hasta diez millones de dólares en el esquema de contrabando de armas, razón por la cual en 2001 estuvo bajo arresto domiciliario durante casi seis meses. Así mismo, también se vio envuelto en escándalos de evasión de impuestos y ocultación capitales en cuentas bancarias suizas (McFadden, 2021).

A pesar de lo anterior, Menem continuó siendo senador tras su mandato, y posteriormente en 2003 se convirtió nuevamente en candidato presidencial (Runeau, 2018). Finalmente, resultó condenado en dos causas, cuyas sentencias fueron apeladas ante la Corte Suprema, que lo absolvió de la primera relativa al tráfico ilegal de armas a Ecuador y Croacia (Centro de Información Judicial, 2018), y evitó pronunciarse sobre la segunda relacionada con el pago de sobresueldos a funcionarios durante su gobierno, debido a que la misma se extinguió a causa de su muerte (Ámbito, 2021).

En este contexto, en noviembre de 1999, entró en vigor el Estatuto de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (Ley 25.188), que buscaba implementar la CICC y modificó el Código Penal (CP) argentino, al agregar el delito de cohecho transnacional en el art. 258 bis. La Ley también modificó el art. 268 del CP sobre el delito de enriquecimiento ilícito (Béguelin, 2021). Al año siguiente fue aprobada la Convención OCDE mediante la Ley 25.319, de 6 de octubre de 2000.

El sucesor de Menem, Fernando de la Rúa, fue elegido en diciembre de 1999 con un discurso en torno a las demandas de transparencia. Ese mismo mes se creó la Oficina Anticorrupción (OA) por medio del Decreto presidencial 102/99. Su funcionamiento se puso a cargo del Secretario de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, siendo su principal objetivo velar por la prevención e investigación de las conductas incluidas en la CICC (Beguélin 2021). Sin embargo, como varios autores han señalado, al depender orgánicamente del Poder Ejecutivo Nacional, carece de una verdadera independencia para investigar efectivamente los casos de corrupción en la administración pública (Giullitti & Lavin, 2017: 245; Garrido, 2017: 272).

Un año después, la Ley 25.246 (2000) definió las bases del sistema antilavado de dinero de Argentina, modificando el tipo penal de lavado de dinero y creando la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). La UIF a pesar de estar adscrita al Ministerio de Finanzas, tiene autonomía financiera y funcional, y ha estado operativa desde el 2003, habiéndose personado desde entonces como parte querellante en distintas causas judiciales, además de colaborar con diferentes investigaciones a pedido de la fiscalía (Beguélín 2021).

Sin embargo, mientras todo esto se producía, en octubre del año 2000, Carlos Álvarez, vicepresidente en el gobierno de la Rúa, renunció al cargo por razones ligadas con actos de corrupción (Guillermo 2002). Además, en abril de 2001, el Grupo de Trabajo de la OCDE revisó la implementación de la Convención y consideró que Argentina no se ajustaba plenamente a sus estándares, razón por la cual, en 2003, y con el fin abordar las preocupaciones del Grupo de Trabajo, se promulgó la Ley 25.825 que modificó el art. 258 bis del CP, relativo al soborno de funcionarios públicos extranjeros.

En todo caso, es sumamente revelador que, según los datos ofrecidos por los Indicadores Mundiales de Buen Gobierno del Banco Mundial, entre 1996 (cuando el índice fue creado) y 2002, la puntuación de Argentina en la categoría relativa al control de la corrupción bajó de -0.10 a -0.47, mientras que en la categoría de calidad regulatoria bajó de 0.52 a -0.92⁶. Como resultado, Argentina cayó en este periodo en el ranking mundial de calidad regulatoria de la posición 66.85 a la 19.39⁷.

3.3. Los gobiernos de Néstor y Cristina Kirchner (2003-2015)

Durante los gobiernos de Néstor (2003-2007) y Cristina Kirchner (2008-2015), siguieron siendo numerosos los escándalos de corrupción en Argentina, entre los que hemos rescatado, a modo de ejemplo,

⁶ Considerando el margen de error de 0,28 en 1996 y 0,20 en 2002, la variación del índice para el periodo es significativa.

⁷ El rango varía de 0-100, dónde 0 corresponde al rango más bajo y 100 al rango más alto. El rango indica la clasificación de un país entre todos los países del mundo.

los siguientes. En primer lugar, en diciembre de 2007, un periodista de investigación publicó un libro en el que reveló que en marzo de 2006 dos agentes de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) visitaron a un juez de instrucción para informarle que “el Presidente de la Nación estaba muy interesado” en un importante caso de fraude fiscal y corrupción que el juez estaba investigando (Abiad, 2007: 284). En esas mismas fechas, se desveló también que un alto funcionario del gobierno le pidió a un fiscal que mantuviera informado al gobierno sobre el progreso de ciertas actuaciones penales (íbid: 261). Así mismo, en un tercer caso, el dueño de un establecimiento comercial llamó a un alto funcionario cuando llegó la policía para realizar el allanamiento de su establecimiento comercial de acuerdo a lo ordenado por el juez de instrucción, quien al recibir la llamada del alto funcionario decidió suspender el allanamiento, dejando de investigar las denuncias de soborno recibidas, porque consideró que el funcionario que le llamó era una “fuente confiable” (Niell, 2014).

Una cuarta situación se presentó cuando un alto funcionario del gobierno criticó duramente en declaraciones y entrevistas públicas la decisión de una jueza de instrucción de abrir una investigación, al punto que la amenazó con presentar una denuncia ante el Consejo de la Magistratura, lo que llevó a la jueza a retirarse del caso “por razones de decoro” y porque los comentarios del funcionario podrían “comprometer la objetividad en la resolución”. La jueza fue finalmente reincorporada cuando el Tribunal de Apelación anuló su decisión de retirarse (Kollmann, 2007). Un quinto caso involucró la investigación por corrupción de un empresario que tenía presuntamente estrechos vínculos con un funcionario argentino al más alto nivel del gobierno, lo que terminó con la suspensión del fiscal por la Fiscalía General en 2013 una vez que el empresario denunció públicamente que aquel no tenía facultades para investigar (al año siguiente un tribunal de acusación levantó la suspensión) (Ministerio Público Fiscal, 2013). En sexto lugar, se conocieron también ciertas pruebas sobre intentos inapropiados de cerrar prematuramente casos delicados de soborno en el extranjero, como River Dredging (Uruguay) (OCDE 2014: 34).

Finalmente, para concluir esta breve muestra de casos de corrupción vinculados a miembros de los gobiernos de los Kirchner, o a

altos funcionarios cercanos al presidente o a su entorno, es necesario referirse a la precaria situación de los jueces de instrucción suplentes, lo que facilitó su reemplazo cuando decidían avanzar en investigaciones por corrupción ligadas a personas con estrechos vínculos con funcionarios del más alto nivel del gobierno argentino (Clarín, 2013; La Nación, 2013). La divulgación de todos estos casos generó, sin duda, conciencia sobre los frecuentes contactos, directos e indirectos, entre ministros del gobierno y jueces y fiscales federales, lo que venía a indicar que el sistema judicial argentino estaba siendo sujeto a un significativo nivel de interferencia política, especialmente durante las investigaciones judiciales (OCDE 2008: 34).

En este contexto, no es de extrañar que durante el periodo 2003-2015, Argentina fuera rara vez capaz de investigar y enjuiciar de manera efectiva los delitos económicos graves, lo que parecía responder a una especie de expectativa general de que los casos de corrupción no avanzaban, lo que, sin duda, favoreció el sentimiento de impunidad de quienes incurrieran en los mismos (OCDE 2008). En este sentido, un estudio de 2007 del Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE, 2007) mostró que los casos de corrupción tenían una duración promedio de 14 años. Ese mismo año, un editorial del diario Clarín (uno de los más difundidos en el país) puso de manifiesto que ninguna de las 1668 denuncias presentadas por la OA desde su creación en 1999 hasta 2007 había resultado en condena alguna (Clarín, 2007). El estudio del CIPCE citaba como principales razones para explicar esta situación las siguientes: (a) la aceptación excesiva de las tácticas dilatorias de los abogados defensores; (b) la ausencia de sistemas organizados de enjuiciamiento; y (c) la falta de recursos, y en particular de fiscales, jueces e investigadores especializados (OCDE 2008: 8). El estudio señalaba también que los casos sobre delitos económicos tenían un promedio de diez diligencias interlocutorias (incidentes), y en algunos casos llegaban a las cien, cuando habitualmente eran poco frecuentes en los casos ordinarios. De esta manera, daba la impresión de que estaban siendo utilizadas como estrategia litigiosa por las defensas, y que los tribunales eran incapaces de resolverlos de manera organizada y expedita (OCDE 2008: 27). A esto hay que unir que el tratamiento de las denuncias graves de corrupción no parecía tampoco prioritario, como lo refleja el hecho de que las denuncias contra una destacada em-

presa argentina por un cuantioso soborno a un funcionario público extranjero de alto rango solo se investigaron en 2006, a pesar de que aparecieron en el dominio público en 2002.

Como Argentina no tenía siquiera una ley integral de protección de denunciantes, se aprobó en 2003 la Ley 25.764 que creó el Programa de Protección de Testigos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Seguridad, que ofrece protección a los testigos a través de medidas como la reubicación y el cambio de identidad, y complementa la Ley 20.744, sobre el Contrato de Trabajo, que contempla el despido injustificado, pero no protege frente a otro tipo de represalias en el lugar de trabajo. Además, la OA presentó en 2003 un proyecto de ley para proteger a los denunciantes en casos relacionados con la corrupción, que no encontró, sin embargo, el necesario apoyo del gobierno (OCDE 2014: 60).

Posteriormente, en 2008, Argentina promulgó la Ley 26.371 para crear una nueva corte de apelaciones, la Cámara Federal de Casación Penal, con el fin de reducir la demora en los procedimientos. Sin embargo, los jueces que la integraron por primera vez solo fueron nombrados cinco años y medio después, en noviembre de 2013, entrando la nueva Cámara Federal en funcionamiento en marzo de 2015 (Centro de Información Judicial, 2015).

Otras leyes promulgadas en 2008 tuvieron por objeto abordar las apelaciones interlocutorias y agilizar los procedimientos. Así, mediante la Ley 26.372 (2008), se establecieron nuevas reglas para la designación de los jueces suplentes, con el fin de que ninguna demora en esta materia pudiera impedir el pronto enjuiciamiento de los casos complejos que se encontraban en dicha etapa procesal (OCDE 2010: 17). Del mismo modo, mediante la Ley 26.373 (2008) se modificó el art. 353 del Código Procesal Penal (CPP) para establecer que los recursos pendientes ante las Cámaras de Casación Federal y Nacional, o ante la Corte Suprema de Justicia, no impedirían el sometimiento de un caso a un tribunal de enjuiciamiento. Con ello, se buscaba evitar las maniobras dilatorias habituales sobre tecnicismos por parte de los abogados de los acusados, que intentaban que los casos complejos se mantuvieran en la fase de investigación hasta que expirasen los plazos de prescripción (OCDE 2010: 17).

En el mismo sentido, la Ley 26.374 (2008) abordó diferentes aspectos de los procesos de apelación a nivel federal para acelerar los procesos en las distintas Cámaras de Apelaciones, en lo Penal Federal y en las Cámaras de Casación, mediante la combinación y acortamiento de los procesos. Además, la Resolución 67/2010 de la Procuraduría General de la Nación (PGN) instruyó a los fiscales para que solicitaran a los tribunales el establecimiento de fechas de audiencias anticipadas y negaran las maniobras de demora de la defensa. La Resolución 1/2012 de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal dictó, así mismo, normas destinadas a agilizar las investigaciones de casos complejos.

Sin embargo, un nuevo estudio de 2012 señaló que la duración media de los procedimientos por corrupción continuaba siendo de más de 11 años, incluidos más de 7 años para las investigaciones. Además, de los seis casos analizados que habían concluido, tres habían prescrito. El estudio reveló también que la defensa había interpuesto 139 recursos interlocutorios en los 16 casos en los que se habían dictado autos de acusación (OCDAP et al, 2012: 6, 8, 14).

Un segundo estudio de 2014 analizó quince casos sobre corrupción y delitos económicos, llegando a conclusiones similares (CIPCE & INECIP, 2014;). Igualmente, el Informe de 2013 del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana (MESICIC) señaló que 63 casos de corrupción interna habían prescrito en el período 2007-2010. Así mismo, según el MESICIC, las investigaciones complejas se demoraban un promedio 14 años (OEA, 2012), y solo el 3,11% del total de los casos habían sido remitidos a enjuiciamiento, con una sola sentencia condenatoria.

Por su parte, según la evaluación realizada en 2014 por el Grupo de Trabajo de la OCDE, las medidas adoptadas por Argentina para implementar la Convención seguían siendo ineficaces (OCDE 2014). Así, según recogía el informe, la OA había intervenido como demandante en casi 130 casos desde 1999, pero los juicios solo se habían completado en 13 casos, mientras que otros 35 estaban en proceso o pendientes de juicio. Además, según el Grupo de Trabajo, la OA había tenido que intervenir 236 veces entre 2009 y 2013 para oponerse a los recursos de la defensa que solicitaban el archivo de los procesos por prescripción (OCDE 2014: 28).

Otro de los problemas que se observó es que, durante los gobiernos de los Kirchner, la OA adoptó una política abiertamente oficialista, que centró su accionar en la elaboración de políticas preventivas y no en la investigación de los funcionarios de la administración pública (Garrido, 2017: 272). Esto provocó distintas controversias por su supuesta falta de independencia en el tratamiento de aquellos casos sensibles que podrían llegar a involucrar a funcionarios del gobierno (Béguelin 2021). Así mismo, el exvicepresidente de Cristina Kirchner, Amado Boudou, recibió una condena de 5 años y seis meses de prisión en 2018, por hechos relacionados con el escándalo de la empresa Ciccone (Quiroga 2018).

La influencia política del Ejecutivo sobre el Poder Judicial se acrecentó como resultado del cambio del método de selección de los jueces de la Corte Suprema que el gobierno de Néstor Kirchner aprobó en 2003-2004 para incluir la divulgación pública de las calificaciones de los nominados y ampliar las oportunidades para que las organizaciones y los individuos pudieran expresar sus opiniones sobre los candidatos. Posteriormente, en 2006, por medio de la Ley 28.080, el gobierno cambió la composición del Consejo de la Magistratura y los representantes de los poderes políticos aumentaron de 9 de 20 a 7 de 13, dándoles la mayoría necesaria para vetar candidatos y bloquear destituciones. Los cambios otorgaron también al Ejecutivo y al partido de gobierno la facultad de nombrar cinco miembros, con la capacidad para bloquear cualquier voto que requiriese una mayoría de dos tercios (OCDE 2019: 113).

Al año siguiente, la reforma de 2007 reforzó la función de control constitucional de la Corte Suprema, mientras que en 2013 el gobierno anunció nuevos cambios y amplió el Consejo de la Magistratura a 19 miembros, 12 de los cuales serían elegidos por voto popular. No obstante, como se consideró que estas propuestas reducían significativamente la independencia judicial, en junio de 2013, la Corte Suprema declaró la ley inconstitucional (OCDE 2014: 35)⁸.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso Extraordinario n° 369. XLIX, Expte. n° 3034/13, Caso “Rizzo, Jorge Gabriel”. Decisión el 18 de junio de 2013. Vid.: <https://www.cij.gov.ar/nota-11694-La-Corte-declar-inconstitucional-cambios-en-el-Consejo-de-la-Magistratura.html>.

En materia antilavado y contra la financiación del terrorismo (ALA), el Decreto 1963/2010 otorgó a la UIF un rol central. Además, estableció que el Poder Ejecutivo designaba al titular de la UIF a propuesta del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y podía removerlo por causa justificada (Ley 25.246 arts. 9; 9 bis). A este respecto, es importante señalar que Argentina derogó en 2011 el art. 278 CP y promulgó un nuevo delito de lavado de activos que cubre el autolavado (art. 303 del CP). También se promulgó el art. 304 del CP para crear un nuevo régimen de responsabilidad empresarial por lavado de dinero, cuando este último se comete en nombre, con la participación o en beneficio de una persona jurídica (si bien su aplicación ha sido muy escasa).

El número de entidades requeridas para presentar reportes de operaciones sospechosas (ROS) aumentó de 350 en 2009 a 34.510 en marzo de 2014. Como resultado, solo en 2013 se presentaron 36.079 ROS, frente a 6.042 en 2009-2011. Además, el presupuesto de la UIF se ha quintuplicado y el tamaño de su personal se ha más que duplicado desde 2010. El número de denuncias que la UIF ha presentado ante las fuerzas del orden como demandante aumentó de 1 en 2000-2009 a 46 en 2010-2014. Durante el mismo período, remitió un promedio de 172 solicitudes de investigación anuales a las fuerzas del orden. Sin embargo, en 2010 un nuevo director de la UIF asumió el cargo y contrató a familiares, amigos y simpatizantes del gobierno, que no estaban calificados para los puestos que ocuparon en la UIF. Algunos medios de comunicación informaron que un fiscal y un juez de instrucción estaban investigando a la UIF porque, supuestamente, retuvo 128 de los 130 ROS que deberían haber sido enviados a las fuerzas del orden (La Nación, 2015).

Otro aspecto relevante del periodo 2003-2015, es que muchos de los órganos de combate a la corrupción fueron creados en el mismo. Así, el 17 de julio de 2009, la Fiscalía General creó la Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de Delitos contra la Administración Pública (OCDAP), para colaborar con los fiscales, o los fiscales de distrito, en las investigaciones de corrupción (OCDE 2010: 15).

Tres años después, en 2012, la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC), que es una procuraduría especializada en criminalidad organizada de la Procuraduría Gene-

ral de la Nación, fue creada por la resolución PGN 914/12 (Pérez Barberá, 2017: 318 et seq.). La PROCELAC actúa desde seis áreas operativas: (a) lavado de activos y financiamiento del terrorismo; (b) fraude económico y bancario; (c) mercado de Capitales; (d) delitos tributarios y contrabando; (e) delitos contra la administración pública; y (f) concursos y quiebras. Además, la PROCELAC no puede, en principio, acceder a información confidencial, como aquella protegida por el secreto bancario, fiscal o bursátil. De este modo, el material del que dispone la PROCELAC es limitado y depende de un trabajo en conjunto con otros actores que intervienen en la investigación y persecución penal de los hechos de corrupción (Argibay Molina, 2017: 137 et seq.; Pérez Barberá, 2017: 321 et seq.).

Más adelante, en 2015, se creó la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA), a través de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (N.º 27.148/15). La PIA reemplazó a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA), que en los años anteriores había sufrido un serio recorte de funciones por medio de la Resolución PGN 147/08. Al igual que la PROCELAC, la PIA integraba la Procuraduría General de la Nación, y se encargaba de la investigación de los hechos de corrupción (Giullitti & Lavin, 2017: 244). El cambio más destacado se dio con la incorporación de criterios asociados a la importancia del caso, para de ese modo centrar su actuación en casos significativos, y dejar de lado la investigación de supuestos de bagatela (Resolución PGN 757/16). Esto dio lugar no solo a una reducción de la cantidad de casos, sino también a un mayor énfasis en los penales, en detrimento de la investigación de meras infracciones administrativas (Béguelin 2021). En 2016 la PROCELAC y la PIA firmaron un acuerdo para delimitar sus respectivas competencias (OCDE 2017: 23).

Por último, al final de este periodo, Argentina promulgó un nuevo CPP, el 4 de diciembre de 2014, que introdujo un sistema de justicia acusatorio, plazos de prescripción más cortos para completar los casos complejos, procedimientos simplificados y oportunidades reducidas para apelaciones interlocutorias. Se esperaba que el CPP entrara en vigor por fases, comenzando en la Ciudad de Buenos Aires en marzo de 2016. Sin embargo, debido a cambios de última hora en el cronograma y a otras demoras, el CPP solo entró en vigor en las provincias

de Salta y Jujuy el 10 de junio de 2019. El nuevo CPP se prevé que entre en vigor en la Ciudad de Buenos Aires (la jurisdicción con más casos de corrupción y cohecho internacional) a fines de 2025.

Fruto de lo anterior, los Indicadores Mundiales de Buen Gobierno del Banco Mundial, entre 2003 y 2015, la puntuación de Argentina en las categorías relativa al control de la corrupción bajó de -0.48 a -0.58, mientras que en la categoría de calidad regulatoria bajó de -0.69 a -0.90. Como resultado, Argentina cayó en este periodo en el ranking mundial de calidad regulatoria de la posición 24.86 a la 19.52.

3.4. *El gobierno Macri (2016-2019)*

Tras asumir el cargo, el presidente Mauricio Macri declaró públicamente que no interferiría en el trabajo de jueces y procuradores (La Prensa, 2016; Reuters, 2016). Sin embargo, los escándalos por corrupción continuaron durante su gobierno. Así, por ejemplo, el caso *Panama Papers* reveló el ocultamiento de propiedades, activos, ganancias y de evasión tributaria de líderes políticos mundiales, entre otras personalidades (Linares, 2016). El caso involucró al propio Macri, quien fue mencionado en una sociedad *offshore* de su padre, lo que dio lugar a una investigación penal por la justicia argentina, que provocó la repatriación de 18 millones de pesos argentinos declarados en las Bahamas (Macri fue posteriormente desligado del caso por los tribunales locales) (Quiroga 2018; Béguelin 2021).

Del mismo modo, durante este gobierno continuaron las dificultades para investigar y enjuiciar de manera efectiva los delitos económicos graves, al punto que solo tres casos de corrupción dieron lugar a que personas físicas fueran sancionadas por fraude, malversación o blanqueo de capitales durante el periodo 2016-2019 (dos de los casos involucraron condenas de funcionarios corruptos, mientras que en el tercero un empresario fue sentenciado a nueve años de prisión por actos de corrupción que provocaron un accidente de tren con numerosas víctimas mortales).

Además, durante los años 2016 y 2017, el gobierno de Macri tuvo un fuerte enfrentamiento con la Procuradora General de la Nación (PGN), quien fue criticada por apoyar abiertamente a Cristina Kir-

chner (la cual la había nombrado en 2012) y a su partido político, así como por usar sus poderes para influir en los resultados de casos específicos que afectaban al gobierno anterior. Ante esta situación, el propio Macri y varios miembros de su gobierno le pidieron reiteradamente la renuncia (la cual fue finalmente presentada a finales de 2017) y trataron de promulgar legislación para limitar sus poderes (incluyendo, un proyecto de ley (2016) para reestructurar el MP mediante la creación de cuatro subprocuradores generales), lo que socavó la promesa pública del gobierno de no interferir con la justicia⁹.

En este contexto, una auditoría de los tribunales federales concluyó en 2016 que los casos de corrupción habían estado en curso durante más de una década (Savoia, 2016). Tres estudios independientes realizados ese mismo año corroboraron esta situación. Así, el primero, que analizó 63 grandes casos de corrupción ocurridos entre 1996 y 2016, encontró que solamente el 15 % llegó a juicio y el 11 %

⁹ La independencia del PGN, que encabeza el Ministerio Público (MP), no está sujeta a las mismas garantías que la de los jueces. El art. 120 de la Constitución establece que el MP, que en Argentina tienen el monopolio del ejercicio de la acción penal, es un organismo independiente, si bien es el Ejecutivo quien nombra al PGN previa aprobación por una mayoría de dos tercios del Senado. Además, a diferencia de los jueces, el MP no cuenta con un órgano equivalente al Consejo de la Magistratura que desempeñe un papel en el nombramiento, regulación, sanción y destitución de los procuradores, jugando el PGN una función central en todos estos aspectos. De acuerdo con su legislación constitutiva (Ley 27 148), el MP es una organización jerárquica con el PGN en su vértice (art. 9(a)), que ejerce la supervisión general de todos los funcionarios del Ministerio Público (art. 12(f)). Cada funcionario es responsable de monitorear y administrar a sus subordinados y debe actuar de acuerdo con las instrucciones de sus superiores (art. 9(a)). Todos los procuradores están subordinados al PGN, quien tiene “el máximo poder de decisión” y la responsabilidad de gestión del MP. A la luz de lo anterior, y tras las graves tensiones en 2016 y 2017 entre el gobierno Macri y la mencionada PGN, varias normas internas fueron modificadas o derogadas. Así, en febrero de 2018, el nuevo PGN, mediante Resolución 11/2018, dejó sin efecto las Resoluciones que permitían al PGN supervisar a los procuradores. Además, el 29 de mayo de 2018, se aprobó el Decreto 491/2018 (que reformó el Decreto 588/03) que prevé que para designar a los funcionarios del MP, se siga el mismo procedimiento de selección de los candidatos a la Corte Suprema de Justicia (Decreto 222/03).

resultó en condenas. De esta manera, la duración promedio de un caso seguía siendo de 14 años, y algunos se habían prolongado por casi dos décadas (Telam, 2016; Infobae, 2016). Así mismo, el informe subrayó que aproximadamente 2.000 casos de corrupción estaban en curso. Entre ellos 922 en la Ciudad de Buenos Aires, de los cuales 720 se encontraban en etapa de instrucción o acusación. Por lo tanto, los doce jueces federales de instrucción existentes en Buenos Aires tenían un promedio de 60 investigaciones y enjuiciamientos (Infobae, 2016; La Nación, 2016). El segundo estudio mostró además que el tiempo promedio entre la denuncia del delito y el inicio del juicio era de más de 7 años, y que muchos casos se encontraban prescritos (La Nación, 2016). Finalmente, el tercer estudio indicó que la mitad de los más de 2.000 casos de fraude a la administración pública tramitados por los tribunales federales en los últimos 20 años aún se encontraban en etapa preliminar (Entorno Inteligente, 2016).

En este contexto, si bien se esperaba que el CPP de 2014 entrara en vigor en fases a partir del 1 de marzo de 2016 en la ciudad de Buenos Aires, el gobierno Macri suspendió su aplicación porque los tribunales federales “no estaban en condición para implementar este nuevo Código” que introducía un procedimiento oral para las investigaciones y daba a los fiscales la responsabilidad sobre el desarrollo de estas últimas (OCDE 2017, p. 24). Además, si bien el gobierno no controló ni la Cámara de Diputados ni el Senado en el Congreso Nacional, mostró una cierta capacidad para impulsar algunas reformas legislativas significativas en materia penal y anticorrupción. Así, el Ministerio de Justicia promulgó, en primer lugar, el Decreto Ejecutivo 103/17 para crear un comité con el fin de revisar toda la legislación penal, incluidas aquellas disposiciones relevantes para la implementación de la Convención OCDE. Sobre esta base, el gobierno Macri introdujo un programa legislativo conocido como Justicia 2020, que incluía medidas legislativas como los proyectos de ley sobre responsabilidad corporativa y arrepentimiento.

El primero de estos proyectos, para cuya elaboración se consultó ampliamente al sector privado, y cuya aprobación fue una prioridad del gobierno Macri, se tradujo en la Ley 27.401 sobre Responsabilidad Penal Empresarial, que entró en vigor en marzo de 2018, creando un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas

por hechos de corrupción, que, si bien cubre a todas las personas jurídicas relevantes (incluidas las empresas estatales y controladas por el Estado) (OCDE 2019: 4). Todavía a día de hoy no ha venido acompañada de una regulación procesal detallada para su aplicación (OCDE 2019i: 4)¹⁰.

¹⁰ Desde que Argentina se convirtió en Parte de la Convención de la OCDE, habían existido cinco iniciativas legislativas para introducir la responsabilidad corporativa por cohecho transnacional. Sin embargo, las cuatro primeras avanzaron lentamente y el gobierno no las acabó retirando sin que se llegara a votar sobre las mismas. La quinta prosperó finalmente en 2011 y se tradujo en el establecimiento de la responsabilidad penal de las empresas por varios otros delitos (delitos fiscales, tráfico de información privilegiada y otros delitos relacionados con valores, blanqueo de capitales y delitos de financiación del terrorismo y de cambio de divisas), pero no por cohecho internacional.

Según la Ley 27.401, cuando se produzca una fusión, adquisición, escisión o cualquier otra forma de transformación societaria, la responsabilidad de la(s) persona(s) jurídica(s) transformada(s) se transfiere(n) a la(s) resultante(s) o absorbente(s). Así mismo, la exención de responsabilidad prevista en el art. 9 también se aplica a las personas jurídicas sucesoras, de manera que, si una persona jurídica comete cohecho transnacional, su sucesor eludiría la responsabilidad: (a) denunciando espontáneamente la conducta ilícita y devolviendo todos los beneficios indebidos; o (b) si la anterior persona jurídica hubiera implementado un sistema adecuado de control y supervisión, de acuerdo con los requisitos de los arts. 22 y 23 de la Ley. En particular, el art. 23 enumera tres elementos obligatorios y diez opcionales para todos los programas de integridad, lo cuales deben ser consistentes con el tamaño de las personas jurídica, su capacidad económica y los riesgos que enfrenta. El Decreto 277/2018 aprobó las normas reglamentarias para la adecuada implementación de lo dispuesto en los arts. 22, 23 y 24 de la Ley, y la OA elaboró los “Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los arts. 22 y 23 de la Ley núm. 27.401”, aprobados mediante Resolución núm. 27/2018. Vid.: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-27-2018-314938/texto>. Conforme al art. 23 de la Ley 27.401, la creación de un canal para denunciar irregularidades y proteger denunciantes es uno de los elementos opcionales de un programa de cumplimiento efectivo. En desarrollo de esta disposición, la OA publicó en 2018 una Guía del Denunciante (la cual no es jurídicamente vinculante), donde se recoge el procedimiento para denunciar hechos de corrupción, con el fin de generar conciencia sobre los delitos de esta naturaleza y lo que hay que hacer para su denuncia. Vid.: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_del_denunciante_0.pdf. La

Con respecto al segundo, la Ley 27.304 (conocida como “ley del arrepentido”), de diciembre de 2016, reguló la posibilidad de que el acusado pudiera obtener ciertos beneficios sobre su pena a cambio de proporcionar información veraz y verificable sobre los delitos en los que participó, siempre y cuando incriminase a otra persona que tuviera igual o mayor responsabilidad. Este instituto no era nuevo en el derecho argentino, pero se limitaba a ciertos delitos como el narcotráfico, expandiéndose con la Ley 27.304 su aplicación a, entre otros, los delitos de corrupción (OCDE 2019i: 84-85).

Así mismo, el gobierno Macri creó una Dirección General de Cooperación Regional e Internacional en la Fiscalía General para ayudar a redactar y dar seguimiento a las solicitudes, facilitar el contacto con autoridades extranjeras y brindar capacitación. Además, a través del Decreto 1169/2018, amplió el régimen de inhabilitación previsto en los Decretos 436/2000 (art. 136) y 1023/2001 (art. 28) para las personas que eran objeto de un proceso penal por delitos tipificados en la CICC, ampliándose dicho régimen a contratos de obras públicas, y aplicándose también a personas jurídicas por cohecho transnacional. A esto hay que unir que, en julio de 2016, se aprobó la Ley 27.260 que transfirió la UIF desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos al Ministerio de Hacienda, con el propósito de fomentar una mejor cooperación entre la UIF y las otras agencias reguladoras de este último ministerio, si bien el gobierno retuvo la facultad de nom-

Ley no impone como sanción a una persona jurídica la obligación de implementar un programa efectivo de integridad (es decir, cumplimiento) para prevenir futuros delitos. Una empresa puede aceptar implementar un programa de integridad voluntariamente, pero no se le puede exigir que lo haga como parte de una sentencia. Además, frente a los lineamientos de la Convención OCDE, el art. 6 de la Ley 27.401 agregó una condición para la imposición de sanciones: que el delito se haya cometido sin la “tolerancia” de la persona jurídica, de manera que la condición de “tolerancia” crea una defensa adicional a la responsabilidad corporativa. Finalmente, la Ley prevé en sus secciones 16 a 18, la posibilidad de resolución no judiciales de los casos de soborno corporativo en el extranjero a través de acuerdos de colaboración efectivos. De esta manera, el fiscal y una persona jurídica pueden celebrar este tipo de acuerdos si esta última se compromete a revelar información o datos precisos, útiles y verificables para esclarecer hechos, o para identificar a los participantes o productos del soborno.

brar y remover al titular de la UIF. Dos años después, en 2018, la UIF aprobó la Resolución 134/2018, por la que extendió la definición de Personas Expuestas Políticamente (PEP) para incluir a quienes ocuparan funciones relevantes en los partidos políticos, lo que suponía que las instituciones financieras y otras entidades reguladas debían comenzar a aplicarles la debida diligencia reforzada que les exige su trato con las PEP (Ley 25.246, art. 21 bis (a)).

Todo esto generó que a partir de 2016 se pudiera observar un cierto giro en la justicia federal que comenzó a activar causas y expedientes que habían permanecido sin tratamiento durante años en materia de corrupción. Además, ante el grave problema que suponían las prescripciones de los casos por corrupción, la Corte Suprema afirmó que en este tipo de procesos los tribunales inferiores deberían entrar a juzgar los méritos del caso en lugar de aplicar la ley de prescripción (Corte Suprema de Justicia, 2014). Como resultado, un tribunal inferior fue más allá y declaró, en 2016, la prescripción totalmente inaplicable en los casos de corrupción (La Cámara Federal de la Plata, 2016), lo que fue seguido en los dos años siguientes por otros tribunales que han afirmado expresamente en su jurisprudencia la imprescriptibilidad de esta clase de delitos, considerando la existencia de un deber de Argentina de sancionar estos hechos como consecuencia de sus compromisos internacionales (Béguelin, 2021)¹¹.

Como resultado, se multiplicaron y aceleraron las causas por lavado de dinero, asociación ilícita y enriquecimiento ilícito, algunas de las cuales involucraban directamente a la expresidenta Cristina Kirchner, sus hijos y sus exfuncionarios, así como también a un grupo de empresarios (Quiroga, 2018). En este contexto, se hicieron públicos en 2018 los “cuadernos de las coimas”: ocho cuadernos que registran las coimas millonarias vinculadas a empresas de la construcción y del sector energético, que fueron redactados por el chofer, Oscar Centeno, que transportaba bolsas y valijas con millones de dólares hasta la Quinta de Olivos (sede de la residencia presidencial) y a la propia

¹¹ P.ej., Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, CFP 12099/1998/T01/12/CFC8, “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/recurso de casación”, Sentencia del 29 de agosto de 2018.

casa del Kirchner (Quiroga 2018). Escritos de manera minuciosa y, durante diez años, los cuadernos de Centeno han producido una seísmo en sectores de la dirigencia política y del empresario, que roza a algunos jueces (Quiroga, 2018).

Esta es la mayor causa de corrupción conocida hasta el momento en la Argentina, por lo que ha sido denominada el *Lava Jato Argentino*. Cuenta con un gran número de funcionarios y empresarios detenidos y procesados, la mayoría de los cuales ha optado por el régimen del imputado colaborador o arrepentido (Quiroga 2018). En febrero 2022, la Cámara de Casación confirmó el procesamiento contra Cristina Kirchner por coimas. Con la decisión, quedó firme la acusación contra Cristina Kirchner por asociación ilícita y cohecho pasivo (27 hechos) en calidad de coautora (Salinas, 16/02/2022). Para la justicia federal, según confirmaron los jueces de las tres instancias, durante el gobierno de Néstor y Cristina Kirchner existió una estructura de corrupción que funcionó desde el Ministerio de Planificación Federal para recaudar fondos ilegales, los cuales fueron pagados por empresarios que eran contratistas del estado (Salinas, 17/02/2022).

Según los datos de los «Indicadores Mundiales de Buen Gobierno» del Banco Mundial, entre el periodo 2015 y 2019, la puntuación de Argentina en la categoría sobre el control de la corrupción aumentó progresivamente y alcanzó -0,08. Así, en cuatro años Argentina subió en el ranking mundial de la posición 33,65 para 53,37 en 2019. La puntuación de la categoría calidad regulatoria, aumentó de -0,91 en el 2015 para -0,49 en 2019, retomando el índice que estaba en el 2003¹².

3.5. El gobierno de Alberto Fernández (2019-presente)

Alberto Fernández fue jefe de Gabinete de Néstor Kirchner (2003-2007) y Cristina Kirchner (2007-2008), siendo elegido en las elecciones de octubre de 2019 con Cristina como vicepresidenta.

¹² Considerando el margen de error de 0,17 en 2015 y 2019, la variación del índice para el período es significativa.

Ante el acercamiento que los llevó a postularse juntos, hizo declaraciones públicas en las que fue crítico con las acusaciones de corrupción y lavado de activos realizadas por la justicia federal contra su vicepresidenta. En los dos años siguientes, las diez causas que enfrentaba Cristina Kirchner ante la justicia se redujeron significativamente debido a la falta de pruebas, ausencia de delito o problemas de procedimiento (Molina, 15/02/2022), destacando en particular la decisión adoptada en noviembre de 2021 de no llevar a juicio oral a la vicepresidenta y a sus hijos por dos de las causas más conocidas de corrupción y lavado de dinero, las relativas a Hotesur y Los Sauces (Centenera, 2711/2021). Así mismo, en 2022, Fernández declaró como testigo ante el Tribunal de Justicia Federal de Buenos Aires en una causa por presunta corrupción en los contratos de obras públicas, defendiendo a la principal acusada, Cristina Kirchner (Clarín, 2022).

Varios escándalos de corrupción tuvieron también lugar durante el gobierno Fernández, entre los que destaca el conocido como “Olivogate”, relativo a la violación en julio de 2020 de las severas restricciones impuestas para contener la COVID-19 con el fin de celebrar el cumpleaños de su pareja en la residencia presidencial junto a una decena de invitados (Mon, 2021). Así mismo, hubo sospechas en torno a las negociaciones sobre las vacunas contra el coronavirus (Fernández, 2020), y el Ministro de Salud renunció en febrero 2021 bajo sospecha de haber recibido, u otorgado, acceso preferente a las escasas inyecciones contra la COVID-19 (Centenera, 19/02/2021).

En este contexto, en diciembre 2021, la Corte Suprema declaró, quince años después de recibir la causa, la inconstitucionalidad de la Ley 26.080/2006, que había reducido los miembros del Consejo de la Magistratura de 20 a 13. La Corte concluyó, por unanimidad, que la nueva composición (tres jueces del Poder Judicial, seis legisladores, dos representantes de los abogados, un representante del Poder Ejecutivo y un representante del ámbito académico y científico) no respetaba el “equilibrio” de los sectores representativos (Telam, 2021). En consecuencia, restableció la vigencia de las normas de la Ley 24.937, que la Ley 26.080 (declarada inconstitucional) había derogado, con lo que el Consejo

volvió a tener nuevamente 20 miembros, encargando al Congreso que eligiese a los siete miembros restantes en los cuatro meses siguientes (en tanto no aprobara una nueva ley que regulase el Consejo), lo que fue objeto de crítica por el gobierno Fernández (Sagués, 21/04/2022).

En cuanto a elementos positivos en materia de lucha anticorrupción que se pueden observar en el gobierno Fernández, es de destacar que, en enero de 2019, el Presidente de la República Argentina decidió poner en vigencia, a partir del Decreto de necesidad y urgencia 62/2019, un nuevo régimen procesal que permite al estado ejercer una acción civil, autónoma e independiente de otros procesos judiciales, con el fin de recuperar bienes presuntamente provenientes de ciertos delitos, entre los que se encuentran los asociados a la corrupción (Béguelin 2021). Para eso, reformó los arts. 5 y 22 de la Ley 27.148 (Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal). Así mismo, en 2019, la PROCELAC creó una nueva unidad dedicada a casos de cohecho transnacional, lo que aumentó la especialización y los recursos para combatir este delito (OCDE 3bis-follow-up-report 2019).

Como resultado de lo anterior, los Indicadores Globales de Buen Gobierno del Banco Mundial relativos a Argentina en el período 2019 y 2020 muestran una ligera caída tanto con respecto al “control de la corrupción” (que pasó de -0.49 a -0.57)¹³, como en relación con la “calidad regulatoria” (que descendió de -0.08 a -0.12)¹⁴.

¹³ Considerando el margen de error de 0,13 en 2019 y 2020, la variación del índice para el período no es significativa.

¹⁴ Considerando el margen de error de 0,17 en 2019 y 0,19 en 2020, la variación del índice para el período no es significativa.

4. LA GOBERNANZA EN BRASIL

Con el propósito de combatir la corrupción, Brasil se ha hecho parte de la CICC¹⁵, la CNUCC¹⁶ y la Convención OCDE¹⁷, así como del Protocolo de Palermo¹⁸, que determinan los compromisos internacionales de Brasil en materia de gobernanza y anticorrupción. Para su cumplimiento se requiere su implementación en el ámbito interno a través de toda una serie de reformas legislativas e institucionales (Bragança & Obregón 2018), que han marcado, en buena medida, la agenda brasileña en esta materia.

4.1. *El período dictatorial (1964-1985) y la redemocratización (1985-1993)*

El periodo dictatorial en Brasil está marcado por el desmantelamiento de las instituciones democráticas aún en construcción en el

¹⁵ La CICC (1996) fue aprobada en Brasil por el Decreto Legislativo n° 152/2002 y promulgada por el Decreto Presidencial n° 4410/2002. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, previsto en la CICC, aún no ha sido tipificado en Brasil, siendo una conducta considerada como un ilícito civil (arts. 884, 885 y 886 del Código Civil brasileño).

¹⁶ La CNUCC (2003) fue promulgada a través del Decreto núm. 5.687/2006, siendo así el instrumento internacional más reciente de los mencionados. El 18 de noviembre de 2011 se sancionó la Ley 12.527, que implementa las obligaciones recogidas en materia de transparencia en la CNUCC, y que era necesaria para facilitar el control por parte de la sociedad, permitiendo una mayor vigilancia y dificultando los actos de corrupción. También destacamos la previsión de contrataciones públicas basadas en principios como la transparencia, los criterios objetivos de contratación y la publicidad de los instrumentos de contratación pública. Cabe señalar que tales disposiciones ya existían en el ordenamiento jurídico brasileño, en vista de la existencia de la Ley 8.666/93. Sin embargo, sigue faltando por tipificar en Brasil el delito de enriquecimiento ilícito, el cual está previsto en el art. 20 de la CNUCC.

¹⁷ La Convención OCDE (1997) fue aprobada por el Congreso Nacional brasileño mediante el Decreto Legislativo 125/2000 y promulgada por el Decreto Presidencial 3678/2000. En su implementación ha sido particularmente relevante la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas (Ley 12.486/13) y el aumento de la asistencia mutua, tal como se prevé en la Convención.

¹⁸ Aprobado por el Decreto n. 5.015/2004.

país, la censura partidista, la eliminación de la oposición política y el control del aparato administrativo-gubernamental por parte de la cúpula militar, incluyendo los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (Bechara & Medeiros 2021: 175).

Las estructuras de gobierno del país estuvieron, entre 1964 y 1985, controladas por la dictadura cívico-militar impuesta por el golpe militar de 1964. A pesar de la censura y la ausencia de libertad de expresión, así como del dominio de las instituciones encargadas de investigar y aplicar la ley a las prácticas de corrupción, hay estudios que demuestran el alto índice de prácticas corruptas durante el periodo de la dictadura militar (Gaspari 2002: 54 et seq.), debido, entre otros factores, a la ausencia de rendición de cuentas (*accountability*) sobre las prácticas gubernamentales y a su relación incestuosa con el sector privado, cuyo legado influye en las dificultades para promover buenas prácticas transicionales y mejorar los estándares de gobernanza y *enforcement* hasta el día de hoy (Bercovici 2010: 77-90).

El fin de la dictadura militar en Brasil en 1985 y el movimiento hacia la redemocratización del país y, especialmente, de las estructuras de gobierno, estuvo marcado por la Constitución Federal de 1988, que reconoció la necesidad de la apertura política y la afirmación de los derechos fundamentales. En este período histórico, el país buscó adherirse a las agendas internacionales y a las agendas globales para promover transformaciones estructurales tanto a nivel institucional como normativo, incluso el cambio de paradigmas con respecto a la prevención de la corrupción y la mejora de estructuras de gobernanza (Bechara & Medeiros 2021: 175).

Sin embargo, la transición de la dictadura a la democracia estuvo marcada por fuertes turbulencias. Tras la derrota de los militares, representados por Paulo Maluf, en las elecciones indirectas, Tancredo Neves fue elegido el 15 de enero de 1985 como el primer presidente civil desde el golpe de estado de 1964. Le correspondería consolidar la transición democrática, a pesar de su relativa proximidad al régimen militar. Sin embargo, la víspera de su toma de posesión fue ingresado de gravedad en un hospital de Brasilia. Su vicepresidente, José Sarney, asumió la presidencia tras su fallecimiento el 21 de abril de 1985. Como consecuencia, uno de los políticos civiles más influyentes durante la dictadura militar, y que sólo diez meses antes

había sido presidente del partido que apoyaba al gobierno, sería finalmente el responsable de la transición a la democracia (Bechara & Medeiros 2021: 175).

Con el fin del gobierno de Sarney, la población brasileña volvería a votar directamente en 1989 para la elección del siguiente presidente. En esta ocasión, el candidato Fernando Collor ganó las elecciones. Sin embargo, no terminó su mandato y dimitió debido a toda una serie de acusaciones de corrupción en su gobierno. Posteriormente fue condenado por los tribunales brasileños en investigaciones por corrupción y permaneció inhabilitado durante ocho años (Sallum Jr & Camarões 2011). Los gobiernos de Sarney y Collor fueron, por tanto, responsables de marcar la tormentosa transición entre los regímenes dictatorial y democrático en el escenario brasileño (Pereira 1989).

4.2. El gobierno de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002)

Tras la breve presidencia de Itamar Franco (1992-1994), que como vicepresidente de Collor completó su mandato tras su dimisión, el gobierno de Fernando Henrique Cardoso fue el responsable de la inserción de Brasil en la agenda neoliberal de mercado en el contexto internacional globalizado (Boito Jr, 2006). Desde el punto de vista económico, los planes de privatización de las empresas anteriormente públicas confirieron un mayor poder económico a las empresas transnacionales y del aumento de la participación del capital extranjero en Brasil (Boito Jr, 2006).

El gobierno Cardoso no fue particularmente conocido por su compromiso anticorrupción. De hecho, en 1995, emitió el Decreto 1.376, por el que suprimió la Comisión Especial de Investigación, creada por Itamar Franco e integrada por representantes de la sociedad civil, cuyo objetivo funcional era prevenir y combatir la malversación de recursos públicos. Posteriormente, si bien creó en 2001 la Contraloría General de la República (CGR) a través de la Medida Provisional 2143-31 (cuya función, al menos en teoría, era asesorar al poder ejecutivo en materia de medidas de prevención y control de la corrupción), la ausencia de competencias y atribuciones específicas impidió el adecuado funcionamiento del organismo y el seguimiento de las denuncias de corrupción) (Haddad, 2019). Finalmente, el

gobierno de Cardoso parece haber estado detrás de la supuesta compra de votos de parlamentarios para la aprobación de la Enmienda Constitucional sobre la reelección presidencial en Brasil, de la cual el propio Cardoso fue beneficiario (Haddad, 15/09/2019).

4.3. El gobierno de Lula (2002-2010)

Durante los dos mandatos de gobierno de Luiz Inácio Lula da Silva se reforzaron las instituciones de investigación, control y represión de la corrupción, como la CGR y la Policía Federal (Oliveira & Souza 2017). El objetivo principal de esta orientación fue promover, mediante operaciones conjuntas, una acción articulada de represión del crimen organizado, frente a la extensión y especialización de sus actividades a comienzos de la primera década del siglo XXI (Oliveira & Souza 2017). Poco después, el gobierno Lula desarrolló un sistema de órganos de inspección en cada ministerio para controlar las actividades del Poder Ejecutivo con el fin de prevenir y detectar actos internos de corrupción (Oliveira & Souza 2017).

El gobierno Lula buscó también desarrollar una nueva relación con el Ministério Público (la Fiscalía brasileña), para que pudiera cumplir mejor con sus funciones constitucionales establecidas en el art. 127 de la Constitución Federal (1988), en cuanto que “[...] institución permanente, esencial para la función jurisdiccional del Estado, encargada de la defensa del orden jurídico, del sistema democrático y de los intereses sociales e individuales irrenunciables”. Desde entonces, la autoridad del MP es designada por el voto de sus pares, lo que garantiza su autonomía funcional en la investigación y persecución de posibles sospechosos de prácticas asociadas a la corrupción (Brasil 1988).

En el ámbito legislativo, se promulgó la Ley Complementaria 135/2010, que prevé un nuevo régimen de inhabilitación en caso de condena definitiva e inapelable, incluso en casos de corrupción. El objetivo de la legislación fue limitar aún más las prácticas corruptas en el sector público, impidiendo las candidaturas de personas condenadas por las mismas y otros delitos relacionados.

En el ámbito de la transparencia en las contrataciones públicas, el gobierno Lula inauguró ciertas iniciativas para hacer frente a la, hasta entonces, «caja negra» del gasto público. Entre ellas destaca la creación del Portal de la Transparencia, con el fin de permitir que cualquier ciudadano pudiera controlar dicho gasto (Hage, 14/12/2010).

Sin embargo, a pesar de los avances en el control y represión de la corrupción, y la reestructuración a estos efectos de ciertas instituciones públicas, lo cierto es que estalló el escándalo del «Mensalão» (Folha de S. Paulo, 2012). Así, según una investigación del periódico Folha de São Paulo, la trama de corrupción se dividía en tres núcleos: político, operativo y financiero (Hage, 14/12/2010). En la primera esfera hubo manipulación política para que los nuevos partidos se aliaran con el Partido de los Trabajadores (PT), lo que ocurrió mediante la transferencia de dinero, es decir, sobornos. En el ámbito operativo, se desarrolló una asociación entre el gobierno y las agencias de publicidad contratadas por el estado, a través de la cual el dinero público fue desviado a los cómplices del PT. Por último, la dimensión financiera giraba en torno al Banco Rural, que fue utilizado para los préstamos ilegales a los políticos implicados en el Mensalão (el Banco accedió a este tipo de transacciones para que, a cambio, se defendieran sus intereses en el ámbito político) (Carvalho, 2013).

4.4. Los gobiernos de Dilma Rousseff (2011-2015) y Michel Temer (2015-2018)

El gobierno de Dilma Rousseff enfrentó diversas presiones para desarrollar instrumentos de control y combate a la corrupción, bajo la particular influencia de las iniciativas promocionadas por la OCDE. La Convención OCDE, de la que Brasil es parte, es un instrumento que define las obligaciones de los gobiernos, las empresas, los contables públicos, los abogados y la sociedad civil de los estados parte. Aunque Brasil no es miembro de pleno derecho de la OCDE, la financiación oficial de apoyo a la exportación observa los principios recogidos en su Convención (Brasil, Decreto n. 3.678/2000). En el contexto nacional, es responsabilidad del Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Contraloría General de la Unión monitorear la

implementación de las convenciones internacionales y los compromisos asumidos por Brasil para prevenir y combatir la corrupción.

A pesar de ello, sólo durante el Gobierno Rousseff se desarrollaron iniciativas claras para controlar y reprimir la corrupción. Uno de los mayores avances en su regulación fue la elaboración y aprobación de la Ley Anticorrupción (Ley 12.846/2013), que prevé sanciones administrativas y responsabilidad civil para las empresas por las prácticas corruptas de su personal, con independencia de su rango. Esta nueva legislación buscaba superar una laguna en la legislación brasileña con respecto a la responsabilidad de las empresas por los actos comprendidos en el concepto de corrupción, puesto que, hasta entonces, sólo se podía castigar a los individuos por las prácticas corruptas (art. 5).

Además, en cuanto a la mejora de los aspectos relacionados con la gobernanza y el desarrollo de instrumentos de prevención de la corrupción, la nueva ley buscaba, a través del incentivo a la corregulación público-privada del comportamiento empresarial, mejorar los estándares de cumplimiento a través de la prescripción de programas de cumplimiento empresarial. De esta manera, la nueva Ley Anticorrupción pretendía, bajo la influencia de los instrumentos anticorrupción internacionales, garantizar la seguridad de las inversiones y mejorar los indicadores de gobierno corporativo (Silveira & Saad-Diniz, 2015).

En cuanto a la aplicación de la ley, el gobierno Rousseff buscó fortalecer las instituciones de control y represión de la corrupción mediante la estructuración de la Inspectoría General de la Unión y del Ministerio Público Federal, con el fin de garantizar la independencia funcional y la necesaria asignación de recursos para la investigación y sanción de los actos constitutivos de corrupción (Brasil, Ley n. 12.843/2013).

Sin embargo, fue también bajo el gobierno Rousseff cuando estalló el mayor escándalo de corrupción de la historia de Brasil, el llamado «Caso Odebrecht» u «Operación Lava Jato». Se trata de una trama de corrupción que involucra a la mayor empresa estatal brasileña, Petrobras, y el desvío de miles de millones de reales de las arcas públicas, en el que están implicados sectores de la élite empresarial brasileña, funcionarios públicos y altas autoridades políticas (Bechara & Medeiros 2021).

Como consecuencia, los Indicadores Mundiales de Corrupción y Gobernabilidad del Banco Mundial indican un deterioro durante el gobierno Rousseff. Así, en 2011, los datos del Banco Mundial indicaban un índice de 0,2, que era considerado como una buena respuesta del país en cuanto al control y la represión de la corrupción. Sin embargo, con el estallido del escándalo Lava Jato, el indicador brasileño empeoró mucho, llegando a -0,4 en 2016, año en el que se llevó a cabo el proceso de *impeachment* que terminó con su destitución (Martuscelli, 2020).

Durante el gobierno de Michel Temer (2016-2018), que asumió la presidencia tras la destitución de Rousseff, y a pesar de terminar el gobierno con un alto índice de aprobación popular (el más alto desde el periodo de la dictadura militar), hubo también numerosas denuncias de corrupción, siendo el propio presidente investigado por los delitos de obstrucción a la justicia, corrupción pasiva, malversación de fondos y organización criminal (Transparency International 2019). Como consecuencia, después de finalizar su mandato, Temer fue acusado de malversación de fondos de las obras de la central Angra 3 (suspendidas temporalmente), y, en marzo de 2019, fue detenido por la Fuerza de Tarea de la Operación Lava Jato (Transparency International 2019), si bien su detención fue finalmente suspendida por ser considerada inconstitucional (existen además otras dos causas pendientes contra él por participación en organización criminal y de corrupción y malversación en la empresa Eletronuclear) (Transparency International).

Debido a la continuación de la Operación Lava Jato y a las acusaciones de corrupción contra el propio presidente, el indicador de corrupción del Banco Mundial siguió mostrando durante el gobierno Temer un mal resultado para Brasil, cerrando en -0,4 en 2018, tras haber estado en -0,5 el año anterior.

4.5. El gobierno de Jair Bolsonaro (2019-2022)

El gobierno de Jair Bolsonaro ha estado marcado por el fin de la Operación Lava Jato y el desmantelamiento de las instituciones de control y fiscalización de la corrupción en Brasil. Todo ello en medio de las investigaciones contra el expresidente por ejercer una

influencia indebida en el despido y traslado de varios representantes de la Policía Federal (principal órgano encargado de investigar las prácticas de corrupción y blanqueo de activos en Brasil), ante las acusaciones que implicaban a su familia en estos delitos.

Según un estudio de Transparencia Internacional, el gobierno Bolsonaro ha sido reconocido nacional e internacionalmente por el desmantelamiento de las estructuras anticorrupción creadas y desarrolladas en los gobiernos anteriores a nivel nacional, lo que hace que los temores de impunidad por las prácticas corruptas de los actores de alto nivel se hayan de nuevo asentado en la percepción pública de la corrupción en el país, influyendo en el resultado negativo de la clasificación brasileña en la lucha contra la corrupción (Transparencia Internacional 2021).

Así, según Transparencia Internacional, el retroceso en el control y la represión de la corrupción en Brasil durante el gobierno de Bolsonaro se puede evidenciar en los siguientes aspectos: (a) la disminución en el nivel de transparencia, participación social y cumplimiento del debido proceso legislativo en la Cámara de Diputados (presidida por Arthur Lira); (b) los retrocesos en materia de transparencia y rendición de cuentas con respecto a las decisiones presupuestarias federales adoptadas por el Congreso Nacional (lo que se corresponde con la nueva práctica parlamentaria del «presupuesto secreto»); (c) la aprobación de la reforma de la Ley de Improbidad Administrativa, mucho más allá de las recomendaciones técnicas, allanando el camino para un aumento significativo de la impunidad; (d) la renovación del mandato del Fiscal General a pesar de todos los problemas que suscitó su primer mandato (Transparencia Internacional, 2021).

Así mismo, durante el gobierno Bolsonaro, y a raíz del fin arbitrario de la Operación Lava Jato y de la reestructuración de los órganos de control de la corrupción, la OCDE tomó una medida sin precedentes contra Brasil: la creación de un grupo de seguimiento permanente sobre el estado de la corrupción en Brasil (Londoño & Milhorange, 2021).

La gestión de la pandemia de COVID-19 también ha traído consigo acusaciones de corrupción relacionadas con el escándalo de CO-

VAXIN. Las investigaciones se llevaron a cabo a través de una comisión de investigación parlamentaria creada para investigar posibles delitos y otros actos ilícitos cometidos por miembros del gobierno federal durante la gestión de la pandemia en Brasil. La acusación de corrupción, debido a la supuesta implicación de Bolsonaro en las negociaciones como se recoge en los documentos obtenidos por la comisión, muestran que el importe contratado por el gobierno brasileño para la compra de vacunas para el COVID-19, de 15 dólares por vacuna (80,70 reales), estaba muy por encima del precio ofrecido inicialmente por la empresa Bharat Biotech, de 1,34 dólares por dosis. La compra no se concretó porque el escándalo fue ampliamente difundido por los medios de comunicación y ninguno de los sospechosos rindió cuentas (Londonõ & Milhorange, 2021).

Finalmente, durante el gobierno de Bolsonaro, y en medio de un contexto de retórica anticorrupción apoyada principalmente por el entonces ministro de Justicia, Sérgio Moro, se aprobó la más que controvertida “Ley Anticrímen” o “Pacote Anticrime” (Ley N° 13.964/2019), que si bien no establece directamente mecanismos de represión de la corrupción, da un tratamiento especial al *whistleblower* (o “denunciante do bem” como se conoce en la legislación brasileña), con el fin de mejorar los mecanismos de detección del delito empresarial, incluyendo la corrupción (Saad-Diniz; Marin 2021).

En todo caso, y a pesar de los diversos impactos negativos de las medidas adoptadas por el gobierno Bolsonaro en términos de respuestas a la corrupción a nivel nacional, el indicador del Banco Mundial entre 2019 y 2020 muestra una pequeña mejora de -0.4 a -0.3.

5. LA GOBERNANZA EN CHILE

De acuerdo con la Constitución chilena, los tratados internacionales tienen prevalencia sobre la ley nacional en Chile, pero no tienen un efecto directo en el sistema legal interno y se requiere una ley para su implementación, por tanto, debe ser aprobada por el Congreso antes de entrar en vigor. Chile ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), la Convención de la

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE) y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

5.1. El periodo dictatorial (1973-1990) y la redemocratización (1990-1999)

Antes de la redemocratización, el periodo dictatorial de Augusto Pinochet (1973 a 1990), se caracterizó no sólo por la represión de los derechos y libertades individuales, sino también por un intenso «secretismo» en la Administración Pública, que permitió que floreciera la corrupción en el país (Orellana Vargas, 2004). En esta época hubo una exoneración masiva de funcionarios por razones que nunca han sido aclaradas, además de que la Contraloría General de la República (CGR) de Chile, después de la reforma constitucional de 1980, se convirtió en «una institución de bajo perfil institucional, orientando su trabajo dentro de la administración del Estado y evitando choques frontales con la autoridad política» (Jiménez, 2021: 68). A esto hay que unir que, tres días antes de pasar el control de Chile al nuevo gobierno de Patricio Aylwin (1990-1994), Pinochet promulgó la Ley 18.972 (llamada «Ley de Amarre»), disponiendo que se designen nuevos cargos de confianza del presidente, los funcionarios que ocupaban previamente dichos cargos deberían recibir la opción de permanecer en un puesto de igual categoría o cesar en sus funciones, obteniendo una indemnización equivalente a un mes de su última remuneración por cada año de servicio en la administración pública, con un límite de ocho meses (Chile 1990). En la práctica, ninguno de los antiguos funcionarios de confianza de Pinochet pudiera ser despedido por los nuevos gobiernos democráticos, favoreciendo a estos funcionarios y permitiéndoles mantener sueldos exorbitantes¹⁹.

¹⁹ Orellana Vargas (2004) dice: “En estas circunstancias, el Presidente democrático sólo podría nombrar a los subsecretarios, SEREMIS y jefes de servicio. En algunos Ministerios donde el Presidente tenía derecho a nombrar 360 funcionarios su facultad quedaba reducida a 13. En la Administración

Si durante el periodo de la dictadura Chile sufrió una corrupción galopante, durante el período de redemocratización, a la luz del escándalo de corrupción de la empresa estatal Codelco, Chile tomó una serie de medidas no sólo para estructurarse legal e institucionalmente para abrazar la transición democrática, sino también para hacerlo al mismo tiempo que intentaba controlar el problema de la corrupción. El escándalo se hizo público en enero de 1994, cuando se descubrió que el jefe del Departamento de Mercado de Futuros de la mayor y más importante empresa chilena, la cuprífera estatal CODELCO, había realizado alrededor de 5.000 operaciones fraudulentas entre septiembre de 1993 y enero de 1994. El resultado fue una pérdida en operaciones de futuros de más de 200 millones de pesos chilenos. En respuesta, el nuevo gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000) constituyó una Comisión Nacional de Ética Pública con el encargo de realizar un diagnóstico de la situación y proponer respuestas nacionales (Presidencia de la República de Chile, 2006). Así, la comisión publicó un documento con 41 recomendaciones de medidas de prevención y fiscalización (sobre patrimonio, sistemas de control, contratación pública y financiamiento político, entre otros ámbitos) y medidas penales (como la inclusión de nuevos delitos y establecimiento de una fiscalía para la corrupción (Presidencia de la República de Chile, 2006)).

Como consecuencia, en los años siguientes se realizaron reformas administrativas, se incorporaron los convenios internacionales de lucha contra la corrupción y se instaló un órgano de control, adoptando medidas de control social (sobre todo de fiscalización) y de castigo penal. En particular, en 1997 fue creado el Ministerio Público de Chile por la Ley núm. 19.519 como un órgano autónomo, jerárquico y no vinculado directamente a los demás poderes del estado. El art. 80-B del Decreto Legislativo núm. 052 (conocido como la Ley Orgánica del Ministerio Público) establece que «el Fiscal de la Nación, previa aprobación de la Junta de Fiscales Supremos, podrá designar

Pública chilena había 5.658 cargos calificados de directivos, de los cuales 5.100 tenían que quedar en manos de los funcionarios leales a Pinochet o pagarles altas indemnizaciones para estimular su retiro o crearles cargos paralelos si deseaban seguir en sus puestos”.

fiscales para que intervengan, según su categoría, en la investigación y juzgamiento de todos aquellos hechos delictivos vinculados entre sí o que presentan características similares y que requieran de una intervención especializada del Ministerio Público». De esta manera, el MP puede, desde 1997, establecer Fiscalías especializadas anticorrupción.

Así mismo, en 1999 fue promulgada la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, que impone a la Administración Pública la obligación de respetar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas. Con esto, fueron establecidos también mecanismos de control y sanciones, así como un sistema de declaraciones juradas de patrimonio e intereses y un sistema de acceso a la información pública. Además, en materia penal, se promulgó ese mismo año la Ley 19.645/1999, que reformó los tipos penales de malversación, fraude al estado, cohecho²⁰, negociación incompatible e introdujo los tipos penales de uso de información privilegiada por funcionario y tráfico de influencias.

Finalmente, internacionalmente, Chile ratificó en 1998 la CICC, cuyo objetivo es promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, haciendo lo propio en 2001 con la Convención OCDE, comprometiéndose a “tipificar como delito el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en su legislación nacional, e implementar políticas efectivas para evitarlo, detectarlo, investigarlo y sancionarlo” (Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales de Chile,

²⁰ Basualto (2021: 198/199) dice: “Junto con precisarse el sentido de las conductas típicas, se adelantó el momento consumativo (basta ahora la sola solicitud o aceptación y el solo ofrecimiento o consentimiento en dar un beneficio), se independizaron entre sí las conductas activas y pasivas y, de la mano de una jerarquización de las distintas hipótesis (cohecho respecto de un acto de servicio correcto, de un acto con infracción de deberes, de la comisión de un delito funcionario), se aumentaron las penas aplicables, lo que, sin embargo, al mismo tiempo tornó superflua o disfuncional la figura conceptualmente más grave de concusión (art. 241), que no fue tocada por la reforma”.

s.f.). Además, desde 1999, Chile se ha sometido a todas las instancias de evaluación por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho.

Como resultado de este nuevo enfoque, los Indicadores Globales de Buen Gobierno del Banco Mundial, asignaron a Chile en la categoría de control de la corrupción una puntuación de 1,5 en 1996 y de 1,4 en 1998, siendo idénticos los puntajes obtenidos respectivamente en la categoría de calidad regulatoria.

5.2. El gobierno de Ricardo Lagos (2000 a 2005)

A pesar de los esfuerzos iniciados en el período anterior para controlar la corrupción y aplicar las recomendaciones internacionales en este sentido, la administración de Ricardo Lagos estuvo marcada por el escándalo conocido como MOP-GATE, que dio lugar a una serie de cambios destinados a modernizar el modelo de gestión pública chileno y el sistema de persecución penal.

En 2002, un empresario denunció que en ese año debió pagar 15 millones de pesos al por entonces Subsecretario de Transportes, para que así se aprobase la operación de una planta de revisión técnica en la ciudad de Rancagua. Este caso de cohecho, conocido inicialmente como “coimas”, afectó no sólo al subsecretario, sino también a otros dirigentes políticos, y, tras las investigaciones, condujo a la condena penal y electoral de los implicados. Además, las investigaciones del caso coimas condujeron a una nueva investigación, esta vez de un caso de malversación de fondos fiscales, que posteriormente se denominó MOP-GATE (el nombre proviene de los protagonistas del caso, que fueron miembros del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y de la empresa Gestión Ambiental y Territorial Sociedad Anónima (GATE S.A.). El escándalo surgió al constatarse que el MOP había pagado a 129 funcionarios por trabajos que jamás se habían llevado a cabo, al tiempo que se comprobó que GATE había recibido pagos indebidos por autopistas concesionadas y sus proyecciones desde 1997.

A raíz de las medidas anticorrupción adoptadas tras los casos CODELCO, coimas y MOP-GATE (todos ellos relacionados con instituciones y funcionarios públicos), el gobierno Lagos se centró en desarrollar el modelo de gestión pública de Chile. Como consecuen-

cia, desde 2003 se observaron diversos esfuerzos para abordar las reformas legislativas, políticas e institucionales necesarias para modernizar el estado y el régimen de la administración pública en Chile. Así, en 2003, fueron promulgadas las Leyes 19.884 y 19.885, relativas a la regulación del gasto electoral y las contribuciones o donaciones con fines políticos. Además, ese mismo año fue también promulgada la Ley 19.886 sobre compras públicas, contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Dos años después, en 2005, fue promulgada la Ley 20.050, que incluye 54 modificaciones a la Constitución chilena y afianza el principio de publicidad de los actos estatales (art. 8). Por su parte, en el ámbito institucional, y como parte de las reformas a la gestión pública, la Ley 19.882/2003 creó un órgano competente para el desarrollo del personal del sector público (el Servicio Civil), así como un sistema con requisitos de competencias y calificaciones para acceder a cargos de Alta Dirección Pública.

Además, la Ley 19.829/2002 modificó el código penal (CP) chileno al agregar los arts. 250 bis A (que penaliza el soborno de un funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales) y 250 bis B (que define el término «funcionario público extranjero»). Esta ley también modificó el delito de soborno activo interno (art. 250) para reflejar las diferentes sanciones correspondientes al delito de soborno extranjero. Así mismo, Chile reformó completamente su sistema de procedimiento penal entre 2000 y 2005, con la adopción gradual de un nuevo código de procedimiento penal (CPP), que introdujo un sistema acusatorio y la figura del fiscal público (OCDE, 2004).

Como resultado, la puntuación de Chile en la categoría de control de la corrupción de los Indicadores Mundiales de Buen Gobierno del Banco Mundial fue 1,6 entre 2000 y 2002, 1,3 en 2003, 1,4 en 2004 y 1,5 en 2005, mientras que en la categoría de calidad regulatoria obtuvo 1,4 entre 2000 y 2002, 1,5 en 2003 y 1,4 en 2004 y 2005.

5.3. El gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010 y 2014-2018)

Así como en gobiernos anteriores, los dos periodos de gobierno de Michelle Bachelet estuvieron marcados por escándalos de corrupción y crisis de desconfianza, seguidos de cambios legales que bus-

caron controlar la corrupción. Así, en 2006, se descubrió que una empresa fantasma, llamada Publicam LTDA., recibía recursos del organismo estatal destinado a fomentar y apoyar proyectos deportivos (Chiledeportes) por prestaciones de servicios a campañas electorales de diversos políticos. Así, las investigaciones indicaron que existían diversas irregularidades en este organismo, incluyendo la malversación de fondos públicos de más de 400 millones de pesos chilenos, usados para pagar a Publicam LTDA. y financiar campañas políticas (Segovia, 2017).

Como consecuencia, en 2006 se designó un grupo de trabajo para proponer reformas sobre probidad y transparencia, y a partir de entonces se observaron diversos esfuerzos legislativos, políticos e institucionales para profundizar y avanzar la política criminal de Chile. Aún en 2006, se ratificó la CNUCC y se promulgó la Ley 20.088, que tipificó como delito el enriquecimiento ilícito (art. 241 del CP). Al año siguiente, en 2007, se aprobó también la Ley 20.205, que aporta diversas protecciones para los funcionarios que denuncian irregularidades y faltas al principio de probidad. Además, en 2008, y en línea con las reformas a la administración pública, se promulgó la Ley 20.285 (conocida como “Ley de transparencia”), que permite a los ciudadanos acceder a informaciones en poder de los órganos del estado, pudiendo solicitarlas si no están protegida por ninguna excepción legal. Finalmente, en respuesta a la recomendación recogida en la Convención OCDE sobre el diseño de políticas y mecanismos que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas, se promulgó en 2009 la Ley 20.393 sobre la responsabilidad penal corporativa, que se aplica al lavado de dinero, al financiamiento del terrorismo y al soborno a funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

En 2014, Bachelet regresó a la presidencia, pero, así como en su primer mandato, volvió a realizar una gestión rodeada de escándalos, que esta vez sacudieron significativamente su popularidad. Así, en 2015, el caso “Caval” sacó a la luz un esquema de tráfico de influencias, abuso de poder y aprovechamiento económico puesto en marcha por el entorno de la familia de Bachelet. Durante el proceso judicial no fue, sin embargo, posible vincular a su entorno con los demás delitos imputados, ni con el cohecho de funcionarios municipales (Olasolo, 2021: 202). Sin embargo, otras situaciones de prácticas co-

rruptas, como el financiamiento ilegal de la política en los casos Penta (Chile Transparente, 2023) y SQM (Chile Transparente, 2022), así como el caso “Corpesca” de financiamiento indebido para influir directamente en las regulaciones (Diario Constitucional, 2021), terminaron erosionando la confianza en el gobierno. Además, a pesar de negar su relación con la constructora brasileña OAS, en un acuerdo de culpabilidad aprobado por la justicia brasileña en el marco de la Operación Lava Jato, el contratista Leo Pinheiro afirmó que Bachelet había negociado una transferencia con la empresa para financiar su campaña política (Haydar & Bianchi, 2019).

Ante esta situación, se constituyó la Comisión Engel, como una comisión gubernamental para analizar y combatir los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción. La Comisión presentó 236 propuestas de prevención y regulación de los conflictos de intereses y financiamiento de la política. Como resultado, la Ley 20.870 promovió en 2015 una reforma constitucional que incluyó la posibilidad del cese del cargo de algunas autoridades por infracción grave a las normas de transparencia, límites y control del gasto electoral. Posteriormente, en 2016, se promulgó la Ley 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés, con vistas a desarrollar el sistema de declaración de patrimonio e interés.

Finalmente, ese mismo año, se promulgó también la Ley 20.900/2016, cuya tramitación se había iniciado durante el gobierno Piñera en 2014, y que profundizó y fortaleció las reglas sobre transparencia pública, gasto electoral y financiamiento de las campañas políticas. Esta ley introdujo toda una serie de delitos, como la obtención u otorgamiento de aportes para candidaturas o partidos políticos de más de 40%, la obtención u otorgamiento de aportes de parte de o por personas jurídicas, la utilización de aportes estatales a los partidos políticos con una finalidad distinta de la prevista y la falsedad en las rendiciones de cuentas al Servicio Electoral. Además, dado que su art. 32 establece que estos delitos tienen que ser denunciados o querrellados por el Servicio Electoral, se le da un gran protagonismo a esta institución (más allá del MP) en la persecución de los casos de irregularidades y corrupción.

En definitiva, debido a las respuestas normativas que siguieron a los escándalos de corrupción, los datos de los Indicadores Mundiales

de Buen Gobierno del Banco Mundial asignaron a Chile durante el primer periodo de gobierno de Bachelet (2006-2010) una puntuación de entre 1.4 y 1.5 en las categorías de calidad regulatoria y control de la corrupción. Sin embargo, en su segundo mandato, todos los indicadores de buen gobierno empeoraron, pasando el puntaje en materia de control de la corrupción de 1.5 en 2014 a 1.1 en 2018, y en calidad regulatoria de 1.5 a 1.3.

5.4. El gobierno de Sebastián Piñera (2010-2014 y 2018-2022)

En los gobiernos de Sebastián Piñera entre 2010-2014 y 2018-2022, Chile enfrentó desafíos significativos, destacándose la pérdida de confianza en las instituciones, debido a escándalos de corrupción y denuncias de abuso de poder. Estos eventos contribuyeron a un clima de descontento, que culminó en el estallido social de 2019. En respuesta, el gobierno propuso una Agenda de Modernización del Estado, pero las tensiones persistieron. La creación de una asamblea constituyente en 2021 buscaba abordar las demandas populares, resultando en una nueva constitución propuesta en 2022. Estos eventos catalizaron medidas legislativas anticorrupción, reflejando la compleja interacción entre eventos sociales y esfuerzos anticorrupción en Chile.

Durante el primer mandato de Piñera, se destacan algunos casos de corrupción (Krstulovic, Navia 2021). En 2010, surgieron escándalos relacionados con Chiledeportes, rebautizado como Instituto Nacional de Deporte, y el programa de reconstrucción tras el terremoto de 2010, conocido como Manos a la Obra. El año siguiente, en 2011, se destacaron el MINVU-Gate o Kodama, los subsidios otorgados por la Intendente de la Región del Bío-Bío y el caso Fragatas. En 2012, otros tres casos llamaron la atención, incluyendo el Perdonazo del Servicio de Impuestos Internos a la cadena comercial Johnson's, el Caso Plan Frontera o Sobreprecios y el caso de la Policía de Investigaciones, PDI. En 2013, se registraron los casos de corrupción en la Municipalidad de Arica y las inversiones no declaradas del exministro y precandidato presidencial oficialista.

A lo largo de la última década, la Fiscalía ha formalizado a 112 carabineros por delitos de narcotráfico, y investigaciones basadas en

informes del Departamento de Asuntos Internos de Carabineros, revela una problemática más amplia dentro de la institución, que abarca desde la colaboración de funcionarios con bandas de asaltantes hasta la manipulación de registros en comisarías para disminuir artificialmente las tasas de delitos violentos (Miranda; Sepúlveda, 2022). Carabineros, alguna vez considerada una de las instituciones más prestigiosas de Chile, ha visto mermada su reputación en años recientes debido a la corrupción y denuncias de uso excesivo de la fuerza. El «Pacogate», cuyas investigaciones comenzaron en 2017, ya ha involucrado a más de 130 personas, incluidos exaltos mandos de Carabineros, exacerbó la desconfianza pública (Pardo, 2017). El punto álgido llegó en 2019 con las protestas que dejaron numerosas víctimas y acusaciones de violaciones generalizadas a los derechos humanos, contribuyendo a la exacerbación del descontento popular.

El 18 de octubre de 2019 marcó el estallido de las protestas más masivas en Chile desde el retorno a la democracia en 1990. Iniciadas en Santiago en respuesta al aumento de la tarifa del transporte en el Metro, las manifestaciones rápidamente se extendieron a lo largo del país. Aunque el aumento del pasaje fue el detonante, las demandas se multiplicaron rápidamente, abarcando desde la renuncia del Presidente Piñera hasta mejoras en pensiones, servicios de salud y educación pública, evolucionando hacia la denuncia de profundas desigualdades sociales y abusos de poder (Aguilera, 2020; Espinoza, 2022). La respuesta gubernamental, caracterizada por medidas de fuerza y abusos por parte de la policía y el ejército, sumió al país en una crisis de derechos humanos, denunciada por organismos nacionales e internacionales, incluyendo la ONU y la CIDH (Aguilera, 2020). El descontento subyacente se fundamenta en una evaluación crítica del funcionamiento del Estado y la pérdida de confianza en las instituciones públicas, un fenómeno que se ha extendido en América Latina (Izquierdo et al, 2018). Así, en julio de 2019, el gobierno propuso una Agenda de Modernización del Estado (Gobierno de Chile, 2019), que implicó la definición de una nueva política de Estado consensuada con diversos actores, reflejando las urgencias y demandas identificadas.

En respuesta al estallido social, se estableció en 2021 una asamblea constituyente con el propósito de redactar una nueva constitu-

ción. La redacción final de dicha constitución fue presentada por el gobierno en 2022, llevándose a cabo un plebiscito para determinar, de manera popular y consensuada, la adopción o rechazo de la nueva carta magna. Tras un estallido social en octubre de 2020 y en medio de la pandemia, un 78% de la población apoyó un proceso constituyente democrático (Servicio Electoral de Chile, 2020).

Aun en medio de un contexto social, político y constitucional turbulento, surgieron escándalos de corrupción. En 2022, fue encarcelado preventivamente un exjefe del Ejército de Chile en medio de la investigación del caso denominado «Milicogate», que aborda múltiples facetas de corrupción y busca esclarecer el destino de más de 6.000 millones de pesos (Acento, 2022). Se le acusa de participación y enriquecimiento indebido en el uso irregular de fondos asignados a viajes oficiales, así como de malversación de recursos públicos destinados a seguridad e inteligencia. Este acontecimiento marca la implicación de cuatro sucesores de Augusto Pinochet en delitos de fraude dentro de la institución (Montes, 2022). Desde el fin de la dictadura, todos los comandantes en jefe del Ejército chileno han sido vinculados a fraudes millonarios, con acusaciones que incluyen la compra de propiedades y automóviles de lujo mediante el uso indebido de fondos reservados.

Paralelamente a este contexto, se produjeron algunos cambios legislativos importantes en materia de corrupción. La Ley 21.121/2018, que, en general, modifica normas sobre corrupción y otros delitos, crea nuevos tipos penales y amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Algunas de las innovaciones que la Ley trajo incluyen: (a) la adición del delito de administración desleal en el Código penal (art. 470 núm. 11); (b) una expresiva ampliación del delito de negociación incompatible hacia sujetos que se desempeñan en el mundo privado; (c) la adición del delito de cohecho entre privados, tanto activo como pasivo; y (d) la ampliación de la interpretación del cohecho de agentes públicos, al tipificarse el cohecho “en razón del cargo”. Así, según señala Hernández Basualto (2021: 207), las reformas más importantes introducidas por esta ley son reformas jurídico-penales que no se refieren a delitos cometidos por agentes públicos, sino al reforzamiento de estándares de probidad en el sector privado y empresarial.

Un punto destacado en las medidas de prevención contra la corrupción durante la crisis de la Covid-19 es el esfuerzo de la Unidad de Análisis Financiero, que, siguiendo las directrices del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), lanzó en 2020 dos folletos informativos dirigidos a los sectores público y privado, relacionados con la prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo en el contexto de la Covid (OCDE, 2021). Identificando, por un lado, los fenómenos que podrían representar riesgos de lavado de dinero y financiación del terrorismo para el sistema financiero y, por otro lado, las medidas que cada sector puede adoptar para evitar estos riesgos durante la pandemia. El ChileCompra ha fortalecido su enfoque en la transparencia para fomentar la integridad, utilizando la tecnología como componente principal. En particular, el Observatorio, un departamento dentro de ChileCompra, realiza un monitoreo diario permanente de todas las contrataciones directas asociadas a la «adquisición COVID». ChileCompra ha reforzado su colaboración con diferentes organismos públicos: DIPRES, MINSAL, CGR, CAIGG, SUBDERE e incluyó las nuevas señales de alerta propuestas por OCDS relacionadas con la pandemia.

El 13 de abril de 2021, se publicó la Ley N° 21.314, que modificó el Decreto Legislativo N° 3.538 para regular al denunciante anónimo en la Comisión para el Mercado Financiero (CMF). Esta ley establece un protocolo para la colaboración voluntaria del denunciante en investigaciones de violaciones de leyes dentro de la competencia de la CMF, garantizando la confidencialidad de su identidad. Se sanciona con multa y prisión la violación de esta confidencialidad, aplicando también responsabilidad administrativa y destitución del cargo. Además, la ley protege al denunciante impidiendo la terminación de acuerdos de servicio debido a su información. En abril de 2022, se emitió la Instrucción Fiscal N° 278/2022, estableciendo criterios para fiscales en investigaciones de corrupción, reemplazando una instrucción anterior. También se presentó un proyecto de Nuevo Código Penal al Congreso en enero de 2022. Estas medidas buscan fortalecer los mecanismos de denuncia y canales de aplicación de la ley en el sistema legal chileno.

6. CONCLUSIONES

Del estudio de los tres países es posible observar que todos, durante el período de redemocratización, adoptaron modelos económicos neoliberales. En algunos casos, como el argentino, incluso como una supuesta estrategia para reducir los casos de corrupción. Además, a fines de la década de 1990 y principios de la de 2000, los tres países implementaron los estándares internacionales anticorrupción contenidos en la CICC, la CNUCC y la Convención OCDE en sus sistemas jurídicos nacionales.

Como resultado, se observa en este periodo una efervescencia de propuestas legislativas para la incorporación a sus ordenamientos nacionales de institutos jurídicos (como el acuerdo de clemencia y la colaboración premiada) o marcos legales (como la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de agentes públicos extranjeros). En algunos casos, las propuestas legislativas prosperaron, se convirtieron en ley y se aplicaron ampliamente en casos concretos, como la Ley Anticorrupción de Brasil durante la Operación Lava Jato o la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial en Chile. En otros casos, estas iniciativas legislativas no avanzaron y fueron abandonadas (como la propuesta de protección de denunciantes en Argentina). En cualquier caso, los tres países cuentan en la actualidad con marcos legislativos para combatir la corrupción interna y externa.

Sin embargo, los tres países han estado marcados en los últimos cuarenta años por varios escándalos que han involucrado a sus más altos funcionarios gubernamentales. En Argentina, los escándalos involucraron particularmente a los expresidentes Menem y Cristina Kirchner. A pesar de que los casos tuvieron gran repercusión mediática, no culminaron, sin embargo, en condenas, aumentando la sensación de impunidad en la sociedad. Por ello, al asumir la Presidencia, Macri instituyó la lucha contra la corrupción como bandera de su gobierno, lo que llevó a la aprobación de varias medidas legislativas y a la apertura de investigaciones contra la propia Cristina Kirchner y varios altos funcionarios de su gobierno. Sin embargo, al volver al poder en 2019, las investigaciones y acusaciones fueron en su gran mayoría archivadas. En consecuencia, lo que se observa en Argentina, incluso a partir del análisis de los índices de gobernabilidad y

corrupción del Banco Mundial, es un continuo empeoramiento de la percepción del país sobre estos índices, con una breve y leve mejora durante el gobierno de Macri.

En el caso de Brasil, los escándalos involucraron principalmente a altos funcionarios del gobierno federal y a miembros de la élite que representaban a las grandes empresas y contratistas brasileños, tanto en el caso del escándalo Mensalão como en la Operação Lava Jato, cuyo final arbitrario durante el gobierno Bolsonaro generó un gran impacto entre los organismos internacionales (incluida la creación por la OCDE de un grupo de seguimiento para monitorear el estado de control y represión de la corrupción en Brasil) e importantes retrocesos al ser desmanteladas las principales instituciones relacionadas con la lucha anticorrupción.

En reacción a la repercusión de los casos en los medios de comunicación y en la sociedad brasileña, y respondiendo a la presión de la OCDE, el gobierno Rousseff adoptó, tras el estallido del escándalo Mensalão, la Ley Anticorrupción. Posteriormente, durante el gobierno Bolsonaro se aprobó la Ley Anticrimen. Sin embargo, según los datos del Banco Mundial, esto no ha sido suficiente para evitar el gran retroceso experimentado entre 2011 y 2020 en la percepción ciudadana sobre el nivel de control de la corrupción en Brasil.

Finalmente, en el caso de Chile, los escándalos han involucrado principalmente a empresas y personas públicas en casos de corrupción, tráfico de influencias y fraude. Como consecuencia de su repercusión en los medios y en la sociedad, el gobierno estableció mesas de trabajo para analizar las crisis producidas y proponer cambios, lo que culminó con la adopción de una serie de reformas legales que permitieron a Chile no solo responder a situaciones puntuales con prontitud, sino también implementar políticas de control de la corrupción en los ámbitos penal, electoral, administrativo y civil, tanto para la Administración Pública como para las entidades privadas. A partir de ello, lo que se ha observado a lo largo del tiempo, incluyendo las valoraciones del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE y los resultados de los Indicadores Globales de Gobernanza y Corrupción del Banco Mundial, es que hubo un escenario de intensa respuesta regulatoria y control de la corrupción que, sin embargo,

no ha impedido que surgieran nuevos escándalos más recientemente, y una masiva respuesta social en las calles ante los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Abiad, P. (2007). *El Club K de la obra pública: Skanska, un caso*. Buenos Aires: Ed. Planeta.
- Aguilera, C. & Espinoza, V. (2022). “‘Chile despertó’: los sentidos políticos en la Revuelta de Octubre”. *Polis Revista Latinoamericana*. Santiago: Vol. 21 (61). Pp. 13-41.
- Apaza, C. (2009). “Measuring governance and corruption through the worldwide governance indicators: Critiques, responses, and ongoing scholarly discussion.” *PS: Political Science & Politics*. Vol. 42(1). Pp. 139-143.
- Aureano, G. & Ducatenzeiler, G. (2002). “Corrupción y Democracia: Algunas Consideraciones a Partir del Caso Argentino”. Ciudad de México: *Revista Mexicana de Sociología*. Vol. 64 (1). Pp. 67-98.
- Basualto, H. (2021). “Chile”. En: Olasolo, Buitrago, Mané & Sánchez. *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 12. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 195-233.
- Becker, H. (2017). *Evidence*. Chicago y Londres: University of Chicago Press.
- Bragança, D. & Quiroga, M. (2018). “O Brasil e o combate à corrupção à luz de tratados internacionais”. En *Derecho y Cambio Social*. ISSN: 2224-4131.
- Cho, Wonbin, & Kirwin M. (2007). “A vicious circle of corruption and mistrust in institutions in sub-Saharan Africa: A micro-level analysis.” *A Comparative Series of National Public Attitude Surveys on Democracy, Markets, and Civil Society in Africa* No. 71
- Dias, L, & Béguelin, J. (2021). “Argentina” En: Olasolo, Buitrago, Mané & Sánchez. *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*. Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol 12. Valencia: Tirant lo Blanch (Ed.). Pp. 133-173.
- En Secchi, P. Kalpschtrej, K., & Arcidiácono, P. (Eds.). *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. Pp. 269-280.

- Fukuyama, F. (2013). "What is Governance?". Working Paper No. 314. Center for Global Development.
- Gargarella, R. (2011). "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina". En *El Derecho en América Latina*. Pp. 87-109.
- Garrido, M. (2017). "Organismos de control: un año de transición, cambios y polémicas."
- Giulitti, M. & Lavin, R. (2017). "Las causas de la impunidad. Las deficiencias del sistema de investigación y sanción penal de la corrupción en Argentina" En Secchi, P. Kalpschtrej, K., & Arcidiácono, P. (Eds.). *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia. Informe 2016-2017*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. Pp. 217-248.
- <https://doi.org/10.1017/S1049096509090106>.
- https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1328817.
- <https://www.afrobarometer.org/wpcontent/uploads/migrated/files/publications/Working%20paper/AfropaperNo71.pdf>.
- https://www.cgdev.org/sites/default/files/1426906_file_Fukuyama_What_Is_Governance.pdf.
- <https://www.scielo.cl/pdf/polis/v21n61/0718-6568-polis-21-61-13.pdf>.
- Izquierdo, A., Pessino, C., & Vuletin, G. (2018). *Mejor gasto para mejores vidas: cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos*. Vol. 10. Washington DC: Inter-American Development Bank.
- Jiménez, G. (2021). La posición de la Contraloría General de la República durante la dictadura chilena. Volumen. 8(1). Santiago de Chile: Economía y Política. Pp. 65-93.
- Kaufmann, D, Kraay, A. & Mastruzzi, M. (2006). "Growth and Governance: A Reply/Rejoinder" en *Journal of Politics* Vol. 69(2). Pp. 555-562.
- Kaufmann, D., Kraay, A. & Mastruzzi, M. (2007). "The Worldwide Governance Indicators Project: Answering the Critics". World Bank Policy Research Working Paper No. 4149.
- Kaufmann, D., Kraay, A., & Mastruzzi, M. (2006). "Measuring governance using cross-country perceptions data". *International handbook on the economics of corruption*. MPRA Paper No. 8219. Pp. 52.
- Krstulovic, M. C., & Navia, P. (2021). *El combate a la corrupción como prioridad ciudadana para la acción gubernamental: el caso de Chile, 2000-2019*. Opinión Pública, Vol. 27(2). Pp. 451-475.
- Olásolo, H, Días, E. Granados, M; Sarmientos. (2021). *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito*

- Ibero-Americano*. Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. Vol. 12. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Orellana, P. (2004). “Probidad y corrupción en Chile: El punto de quiebre”. *Polis Revista Académica de la Universidad Bolivariana*. Vol. 3(8).
- Pagán, M. (2019). “La peligrosa conexión entre corrupción y delincuencia organizada” *Alegatos Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*. Núm. 101, Pp. 117-138.
- Pereyra, S. (2012). “La Política de los escándalos de corrupción desde los años 90. Desarrollo Económico”. Núm. 52. Pp. 255-284.
- Pérez, G. (2017). “Entrevista al Dr. Gabriel Pérez Barberá”. En *Letra*, Núm. 4(7). Pp. 318-328.
- Quiroga, H. (2018). “El Estado faccioso en la Argentina. Corrupción de principios, corrupción de las instituciones. Araucaria” *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*. Núm. 40, Pp. 233-257.
- Rose-Ackerman, S. (2005). “The challenge of poor governance and corruption” en *Revista DireitoGV1*. Esp. 1. Pp. 207-266.
- Rose-Ackerman, S. & Pimenta, R. (2020) “Corruption in Brazil: beyond the criminal law”. In: Lagunes, P. & Svejnar. Eds. *Corruption and the Lava Jato Scandal in Latin America*. New York: Routledge Taylor and Francis Group. Pp. 199-212.
- Rothstein, Bo, & Jan Teorell. (2008). “What is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions”. *An International Journal of Policy, Administration and Institutions*. Vol. 21(2). Pp. 165-190.
- Schultze-Kraft, M. (2006). “Órdenes criminales: repensando el poder político del crimen organizado” *Iconos 55 Revista de Ciencias Sociales*. Núm. 55. Pp. 25-44. https://www.researchgate.net/publication/301791183_Ordenes_criminales_repensando_el_poder_politico_del_crimen_organizado.
- Weiss, T. (2000). “Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges”. *Third World Quarterly*. Vol. 21(5). Pp. 795-814. <https://library.fes.de/libalt/journals/swe>.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Acento. (2022, 2 de abril). Exjefe del Ejército de Chile, preso por fraude. <https://acento.com.do/internacional/exjefe-del-ejercito-de-chile-preso-por-fraude-9048952.html>.

- Aguilera, C. (2020). "Violaciones a los Derechos Humanos en largo octubre chileno". *Latin American Perspectives*. <https://journals.openedition.org/ideas/8386#quotation>.
- Ámbito. (2021). "La Corte declaró «abstracto» un fallo sobre una condena de cárcel para Carlos Menem". <https://www.ambito.com/politica/carlos-menem/la-corte-declaro-abstracto-un-fallo-una-condena-carcel-n5338453>.
- Angulo, M. (22 de diciembre de 2016). "Será pública la auditoría de la Justicia: hay 2.000 causas de corrupción". *Infobae*. <https://www.infobae.com/politica/2016/12/22/sera-publica-la-auditoria-de-la-justicia-hay-2-000-causas-de-corrupcion/>.
- Argibay Molina, J. (2017). "Desafíos para la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) en contextos de corrupción". *Poder Ciudadano: corrupción y transparencia*, Informe 2016-2017. Pp. 134-139.
- Bonilla G. (2020). "Criminal Enterprises and Governance in Latin America and the Caribbean". Cambridge: Cambridge University Press. Volumen. XXIX (1). Pp. 262-266.
- Centenera, M. (19 de febrero de 2021). "Un escándalo de vacunas a figuras influyentes le cuesta el cargo al ministro de Salud de Argentina". *El País*. <https://elpais.com/internacional/2021-02-20/un-escandalo-de-vacunas-a-figuras-influyentes-le-cuesta-el-cargo-al-ministro-de-salud-de-argentina.html>.
- Centenera, M. (26 de noviembre de 2021). "La Justicia argentina archiva una importante causa por corrupción contra Cristina Fernández". *El País*. <https://elpais.com/internacional/2021-11-27/la-justicia-argentina-archiva-una-importante-causa-por-corrupcion-contra-cristina-fernandez.html>.
- Centro de Información Judicial (08 de octubre de 2018). "Resolución de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa contra Carlos Menem por contrabando de armas". <https://www.cij.gov.ar/nota-32015-Resolucion-de-la-C-mara-Federal-de-Casacion-Penal-en-la-causa-contra-Carlos-Menem-por-contrabando-de-armas.html>.
- Centro de Información Judicial (2 de marzo de 2015). "Comenzó a funcionar la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional". <https://www.cij.gov.ar/nota-14995-Comenz-a-funcionar-la-C-mara-Nacional-de-Casacion-en-lo-Criminal-y-Correccional.html>.
- Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (2 de Julio de 2007). "Análisis de 50 causas del fuero federal". <http://www.cipce.org.ar/articulo/analisis-50-causas-del-fuero-federal-2007>.

- Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica. (05 de septiembre de 2012). “Los tiempos y demoras en casos de corrupción”. <http://www.cipce.org.ar/articulo/tiempos-demoras-casos-corrupcion-2012>.
- Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica. (30 de Diciembre de 2013). “Oficina Anticorrupción: análisis 2000/2012.” <http://www.cipce.org.ar/articulo/oficina-anticorrupcion-analisis-20002012>.
- Chile Transparente. (2022). “Caso SQM”. <https://www.chiletransparente.cl/caso-sqm/>.
- Chile Transparente (2023). “Caso Penta”. <https://www.chiletransparente.cl/caso-penta/>.
- Clarín. (15 de febrero de 2022). “Qué decía Alberto Fernández en 2016 sobre el manejo de la obra pública durante el kirchnerismo: “Es gravísimo”.” Vid.: https://www.clarin.com/politica/decia-alberto-fernandez-2016-manejo-obra-publica-kirchnerismo-gravisimo-_0_68vsোধddYO.html.
- Clarín. (2007) “El caso de la valija quedó sin juez nuevamente y el expediente pasa a la fiscal”. https://www.clarin.com/ediciones-antteriores/caso-valija-queda-juez-nuevamente-expediente-pasa-fiscal_0_Sk4ev-IJRYe.html.
- Clarín. (2013). “Suspenden el sorteo para cambiar a la jueza que investiga a Báez”.
- Clarín. (2014). “El segundo de Zannini tuvo que presentar la renuncia”. https://www.clarin.com/politica/coimassegundoZanninipresentarrenuncia_0_ry0uy0cDme.html.
- Clarín. (27 de febrero de 2017). “Mejorar la lucha contra la corrupción”. <http://www.clarin.com/diario/2007/07/27/opinion/o-02801.htm>.
- Consejo de la magistratura-Poder Judicial de la nación. (n.d.). “Auditorías”. *Video*. <http://consejabierto.pjn.gov.ar/dataset?groups=auditorias>.
- Corporación Latinobarómetro (2018). “Informe 2018”. www.latinobarometro.org.br.
- Corporación Latinobarómetro (2020). “Informe Chile 2020”. www.latinobarometro.org.br.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Recurso Extraordinario n° 369. XLIX, Expte. n° 3034/13, Caso “Rizzo, Jorge Gabriel”. *Decisión el 18 de junio de 2013*. <https://www.cij.gov.ar/nota-11694-La-Corte-declar-inconstitucional-cambios-en-el-Consejo-de-la-Magistratura.html>.
- Diario Constitucional (2021, 17 de abril). “Detalles del Caso Corpesca: Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago condenó al exsenador Jaime Orpís a la pena única de 5 años y un día de presidio efecti-

- vo, en calidad de autor de seis delitos consumados de fraude al Fisco”. *Noticias*. <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/04/17/detalles-del-caso-corpesca-tercer-tribunal-de-juicio-oral-en-lo-penal-de-santiago-condeno-al-exsenador-jaime-orpis-a-la-pena-unica-de-5-anos-y-un-dia-de-presidio-efectivo-en-calidad-de-autor-de-seis/>.
- Fernández, A. (18 de diciembre de 2020). “Corrupción es dejar vacunas en los galpones de la Aduana”. *El Economista*. <https://eleconomista.com.ar/politica/alberto-fernandez-corrupcion-dejar-vacunas-galpones-aduana-n40060>.
- Folha, P. (2012). “O julgamento do Mensalão”. <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/signup.shtml>
- Gobierno de Chile, Agenda de Modernización del Estado. (Julio 2019). Presidencia, Ministerio de Hacienda y Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago. https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/d3/e3/d3e3bb104ad24df8adfab4ff69a658b6/agenda-de-modernizacion-delestado.pdf.
- Haddad, N. (15 de Septiembre de 2019). “Coleção Folha reconstitui período republicano, marcado por crises e muitas fake news”. <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/09/colecao-folha-reconstitui-periodo-republicano-marcado-por-crisis-e-muitas-fake-news.shtml?origin=folha>.
- Hage, J. (14 de dezembro 2010). “Combate à corrupção no governo Lula”. <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1412201007.htm>.
- Haidar, D. & Bianchi, P. (19 de Septiembre de 2019). “Delação de Léo Pinheiro sacode política no Chile, Bolívia e Peru”. https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/16/politica/1568669762_784011.html.
- https://www.clarin.com/politica/suspendensorteocambiarinvestigabaez_0_HJrgs7dsvXg.html.
- Inter-American Convention against Corruption (2012). “Republic of Argentina-Final Report”. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_arg_en.pdf.
- Kollmann, R. (11 de Agosto de 2007) “La jueza y la Aduana se pelean y el valijero viaja”. *El País*. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/89550-28610-2007-08-11.html>.
- La Gaceta. (16 de Agosto de 2007). “La jueza Marta Novatti quedó a cargo de la causa.” <http://www.lagaceta.com.ar/nota/230963/argentina/jueza-marta-novatti-queda-carga-causa.html>.
- La Nación. (17 de Julio de 2014). “Restituyeron en su puesto al fiscal José María Campagnoli”. <https://www.lanacion.com.ar/politica/restituyeron-al-fiscal-jose-maria-campagnoli-nid1710784/>.

- La Nación. (24 de mayo de 2013). “La investigación sobre Lázaro Báez en Río Gallegos ya tiene nueva jueza”. <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-investigacion-sobre-lazaro-baez-en-rio-gallegos-ya-tiene-nueva-jueza-nid1585040/>.
- La Nación. (26 de febrero de 2015). “Sbattella, al servicio de la impunidad.” <https://www.lanacion.com.ar/editoriales/sbattella-al-servicio-de-la-impunidad-nid1771473/>.
- La Nación. (3 de mayo de 2016). “Oportuna auditoría de las causas de corrupción.” <https://www.lanacion.com.ar/opinion/oportuna-auditoria-de-las-causas-de-corrupcion-nid1894844/>.
- La Prensa. (25 de marzo de 2016). Macri, sobre casos de corrupción: “No podemos meternos en causas que han iniciado otros y menos presionar a la Justicia”. *Política*. <https://www.laprensa.com.ar/442999-Macri-sobre-casos-de-corrupcion-No-podemos-meternos-en-causas-que-han-iniciado-otros-y-menos-presionar-a-la-Justicia.note.aspx>.
- McFadden, R. (16 de febrero de 2021). “Carlos Saúl Menem, el presidente que dirigió a Argentina durante una era turbulenta, murió a los 90 años”. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2021/02/16/espanol/carlos-menem-argentina.html>.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina-Oficina Anticorrupción. *Guía del denunciante*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_del_denunciante_0.pdf.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina-Oficina Anticorrupción. Resolución 27/2018 <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-27-2018-314938/texto>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. “Anticorrupción e Integridad: Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos en Transacciones Comerciales Internacionales-OCDE”. <https://www.subrei.gob.cl/ejes-de-trabajo/cer/convencion-anticohecho>.
- Ministerio Público Fiscal. (13 de Diciembre de 2013). “El Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público dispuso la suspensión del fiscal Campagnoli”. <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/el-tribunal-de-enjuiciamiento-del-ministerio-publico-dispuso-la-suspension-del-fiscal-campagnoli/>.
- Miranda, B., & Sepúlveda, N. (2022, 31 de enero). *Corrupción en Carabineros: los secretos vínculos con narcos y bandas de ladrones*. *Ciper Chile*. <https://www.ciperchile.cl/2022/01/31/corrupcion-en-carabineros-los-secretos-vinculos-con-narcos-y-bandas-de-ladrones/>.
- Molina, F. (15 de febrero de 2022). “Alberto Fernández declara en una causa por corrupción contra Cristina Kirchner: Estamos discutiendo deci-

- siones políticas.” *El País*. <https://elpais.com/internacional/2022-02-15/alberto-fernandez-declara-en-una-causa-por-corrupcion-contra-cristina-kirchner-estamos-discutiendo-decisiones-politicas.html>.
- Mon, H. A. (1 de septiembre de 2021). “La Argentina, una nación de escándalos.” *New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2021/09/01/espanol/opinion/escandalo-argentina-alberto-fernandez.html>
- Montes, R. (6 de abril de 2022). “Encarcelado en Chile el exjefe del Ejército en una causa por corrupción”. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2022-04-06/encarcelado-en-chile-el-exjefe-del-ejercito-en-una-causa-por-corrupcion.html>.
- Neill, P. (15 de abril de 2014). “Revisarán las llamadas de Liuzzi y Oyarbide.” *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/revisaran-las-llamadas-de-liuzzi-y-oyarbide-nid1680881/>.
- Novaresio, L. (19 de Julio de 2016). “Las causas judiciales por corrupción duran en Argentina un promedio de 14 años.” *Infobae*. <https://www.infobae.com/politica/2016/07/19/las-causas-judiciales-por-corrupcion-duran-en-argentina-un-promedio-de-14-anos/>.
- OCDAP, ACIJ, & CIPCE. (2012). “Los procesos judiciales en materia de corrupción” *Los tiempos del proceso. Estado de Situación*. Pp. 6-14. <https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2012/09/procesosjudiciales.pdf>.
- OCDE (2008). “Argentina: phase 2 report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendations on combating bribery in international business transactions”. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/40975295.pdf>.
- OCDE (2010). “Argentina: Phase 2-Follow-up report on the implementation of the phase 2 recommendations”. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/46057339.pdf>.
- OCDE (2019). “Argentina: Follow-up to the phase 3 bis report & recommendations”. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Argentina-3bis-follow-up-report-ENG.pdf>.
- OCDE. (11 de octubre de 2004). “Chile: Phase 2”. *Review of implementation of the convention and 1997 recommendation*. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/39540391.pdf>.
- OCDE. (2001). “Argentina review of implementation of the convention and 1997 recommendation”. <https://www.oecd.org/countries/argentina/argentina-oecdanti-briberyconvention.html>.

- OCDE. (2014). “Phase 3 Report on implementing the OECD anti-bribery convention in Argentina”. Paris. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Argentina-Phase-3-Report-ENG.pdf>.
- OCDE. (2017). “Phase 3 Report on implementing the OECD anti-bribery convention in Argentina”. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-3bis-Report-ENG.pdf>.
- OCDE. (2019). “Implementing the OCDE anti-bribery convention-Phase 1 bis Report-Argentina”. Paris. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-1bis-Report-ENG.pdf>.
- OCDE. (2021, 12 de março). “Chile’s Phase 4”. Monitoring Report. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/chile-phase-4-follow-up-report.pdf>.
- OEA (18 de marzo de 2012). “Republic Of Argentina”. *Mechanism for the follow-up on the implementation of the inter-american Convention Against Corruption*. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_arg_en.pdf.
- ONU. (2019). “Knowledge Tools for Academics and Professionals”. *Module Series on Anti-Corruption. Module 2: Corruption and Good Governance*. https://grace.unodc.org/grace/uploads/documents/academics/Anti-Corruption_Module_2_Corruption_and_Good_Governance.pdf.
- Pardo, D. (2017, 15 de junio). *Cómo un oscuro entramado de corrupción puede acabar con la reputación de los Carabineros en Chile, la policía “menos corrupta de la región”*. BBC. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40283143>.
- Perfil (03 de julio de 2016). “La mitad de las denuncias de corrupción nunca avanzaron.” <https://www.perfil.com/noticias/politica/la-mitad-de-las-denuncias-de-corrupcion-nunca-avanzaron-20160703-0030.html>.
- Pergil, F. (26 de abril de 2014). “El juez más polémico de Argentina, en el ojo del huracán.” *El País*. https://elpais.com/internacional/2014/04/26/actualidad/1398542270_233197.html
- Presidencia de la República de Chile (2006). “*Informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública encargado por S. E. la Presidenta de la República*”.
- Redação, D. (5 de octubre de 2018). “*Carlos Menem é absolvido em processo por contrabando de armas*.” Veja. <https://veja.abril.com.br/mundo/carlos-menem-e-absolvido-em-processo-por-contrabando-de-armas/>.
- Runeau, G. (31 de agosto de 2018). “Quién es el responsable de que Menem no tenga condena firme y esté libre.” *El Cronista*. <https://www.cronista.com/3dias/Quien-es-el-responsable-de-que-Menem-no-tenga-condena-firme-y-este-libre-20180831-0001.html>.

- Sagüés, N. (21 de abril de 2022). “¿Puede la Corte Suprema resucitar leyes derogadas?” *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/puede-la-corte-suprema-resucitar-leyes-derogadas-nid21042022/>.
- Salinas, L. (16 de febrero de 2022). “Caso Cuadernos: la Cámara de Casación confirmó el procesamiento contra Cristina Kirchner por coimas.” *Clarín*. https://www.clarin.com/politica/caso-cuadernos-camara-casacion-confirmo-procesamiento-cristina-kirchner-coimas_0_XFxHT74GeW.html.
- Salinas, L. (17 de febrero de 2022). “Cuadernos de las Coimas: hace más de dos años se cerró la instrucción, pero no hay plazos para comenzar el juicio.” *Política*. Clarín. https://www.clarin.com/politica/cuadernos-coimas-hace-anos-cerro-instruccion-plazos-comenzar-juicio_0_tJeaEYU3h.html.
- Savoia, C. (22 de diciembre de 2016). “Auditoría a la Justicia: hay 2000 causas abiertas por corrupción y jueces sobrecargados.” *Clarín*. https://www.clarin.com/politica/auditoria-justicia-2000-causas-abiertas-corrupcion-jueces-sobrecargados_0_HJxZP7xVI.html.
- Segovia, M. (2017, 10 de noviembre). “El gato cuidando la carnicería: ex director de Chiledeportes condenado por fraude al fisco va de candidato a Core del PR”. *El Mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/11/10/el-gato-cuidando-la-carniceria-ex-director-de-chiledeportes-condenado-por-fraude-al-fisco-va-de-candidato-a-core-del-pr/>.
- Servicio Electoral de Chile. (26 de octubre de 2020). “Plebiscito Nacional 2020 fue la mayor votación de la historia de Chile”. *Noticias*. <https://www.servel.cl/2020/10/26/plebiscito-nacional-2020-fue-la-mayor-votacion-de-la-historia-de-chile/>.
- Télam Digital (17 de Julio de 2016). “Solo siete de 63 grandes causas de corrupción terminaron con condenas.” *Política*. <https://www.telam.com.ar//notas/201607/155566-solo-siete-de-63-grandes-causas-de-corrupcion-terminaron-con-condenas.html>.
- Telam Digital (16 de diciembre de 2021). “La Corte Suprema declaró inconstitucional la reforma del Consejo de la Magistratura.” <https://www.telam.com.ar/notas/202112/578059-corte-suprema-inconstitucionalidad-consejo-de-la-magistratura.html>.
- The World Bank. Worldwide Governance Indicators. Interactive Data Access. <https://www.worldbank.org/en/publication/worldwide-governance-indicators/interactive-data-access>.

Capítulo 3

México

VANIA PÉREZ MORALES*
CARLOS HERNÁNDEZ VÁSQUEZ**
ZULIA YANZADIG OROZCO REYNOSO***

El caso Ayotzinapa evidenció la corrupción en México y sus efectos y grado de crueldad. Los hechos del 26 de septiembre de 2014, así como de años subsecuentes confirman la debilidad de las insti-

* Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, maestra en Trabajo Social con enfoque en Desarrollo Humano y licenciada en Ciencia Política y Administración Pública por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Cuenta con más de una década de experiencia en temas relacionados con la ética, la integridad, la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento del estado de derecho en México y América Latina; desde un enfoque de derechos humanos. Actualmente es integrante del Comité de Participación Ciudadana (CPC) del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) y profesora de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Tecnológico de Monterrey.

* Consultor Independiente en Políticas Públicas en Anticorrupción y Ciberseguridad. Es Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Mtro. en Law Enforcement, Security and Intelligence por la Universidad de Buckingham del Reino Unido. Actualmente es profesor en Análisis de Inteligencia en la Universidad Anáhuac y miembro de la Asociación de Especialistas en Delitos Financieros Capítulo México y del Grupo de Investigación, Análisis y Opinión de la H. Cámara de Diputados. En su experiencia profesional, trabajó para la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y para el Gobierno Británico en la implementación de programas de cooperación internacional en Latinoamérica.

* Investigadora Titular de Tiempo Completo adscrita al Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I. Cuenta con un doctorado en Urbanismo, una maestría en Derecho y la licenciatura en Sociología por la UNAM.

tuciones de seguridad y justicia, así como el contubernio que existe entre autoridades de todos los niveles (incluyendo el fuero militar) para favorecer redes de impunidad y violaciones graves a los derechos humanos (Lorenzen & Orozco, 2017). El presente capítulo no establece relaciones específicas entre corrupción y violaciones graves a los derechos humanos en el caso Ayotzinapa, pero sí las condiciones previas y posteriores al fatídico año de 2014. También muestra las acciones emprendidas por el estado mexicano e identifica lo que hace falta para evitar una situación similar.

La corrupción hace dupla con la impunidad. Es decir, aquella situación donde se deja sin castigo un delito (Rodríguez Zepeda, 2011), y que propicia que no haya castigo para quien lo comente; o bien, que el castigo impuesto no sea proporcional al delito cometido. En cualquiera de los casos, la sistemática y consecutiva ecuación corrupción-impunidad se vuelve un círculo vicioso infinito (Rodríguez Zepeda, 2011). Ayotzinapa es prueba de la existencia de este binomio *sine qua non*. La corrupción y la impunidad no sólo estuvieron presentes en los hechos del 26 y 27 de septiembre de 2014, sino que se han mantenido hasta la actualidad (CIDH-OEA, 2022).

De hecho, al día de hoy, seguimos sin certeza, a pesar de las pesquisas judiciales realizadas durante las administraciones de Enrique Peña Nieto (2012-2018) y Andrés Manuel López Obrador (2018-2024). No obstante, existe vasta evidencia que conlleva a la participación de autoridades de seguridad civil y castrense en la comisión de los delitos, lo que a su vez robustece la frase que contiene el reclamo de la sociedad: “Fue el estado” (Lorenzen & Orozco, 2017; CIDH-OEA, 2022).

1. INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ PASÓ EN AYOTZINAPA?

Para conocer que pasó durante los hechos ocurridos el 26 y 27 de septiembre de 2014 se han llevado a cabo investigaciones durante los gobiernos de Peña Nieto y López Obrador. La falta de confianza hacia el primero, por parte de los padres y las víctimas, ocasionó que el gobierno mexicano formalizara un acuerdo de cooperación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 18 de

noviembre de 2014, para conformar el Grupo Interdisciplinario de Expertas y Expertos Independientes (GIEI)¹, que llevó a cabo otra investigación con la finalidad de proporcionar asistencia técnica para la búsqueda de los 43 estudiantes desaparecidos.

Inicialmente, el gobierno de Peña Nieto condujo una investigación encaminada hacia la “verdad histórica” de lo sucedido aquella noche. Este enfoque de política criminal de corte inquisitorio, obsoleto a pesar de que México ya se encontraba en la implementación de un sistema penal acusatorio, sostenía que los estudiantes de la Escuela Normal Rural de Ayotzinapa se dirigieron al municipio de Iguala (Guerrero) para manifestarse en su Palacio Municipal con el fin de confrontar el mitin encabezado por la presidenta del Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia (DIF) de esa comunidad y esposa del entonces presidente municipal.

De acuerdo con las investigaciones de la que fuese la Procuraduría General de la República (PGR), la razón de la desaparición se debió a que dentro del grupo de estudiantes se encontraban infiltrados miembros del grupo criminal “Los Rojos”, motivo por el cual, una vez detenidos los estudiantes por la policía municipal de Iguala, estos fueron entregados al grupo criminal “Guerreros Unidos”, con quienes el cuerpo de seguridad pública de dicho municipio mantenía nexos y quienes eran un grupo criminal antagónico a Los Rojos (GIEI, s.f.). Una vez privados de su libertad, los estudiantes normalistas habrían sido privados de la vida, incinerados hasta su total calcinación (en el basurero municipal de Cocula) y arrojados al río San Juan (Martínez, 2015).

La verdad histórica criminalizaba a las víctimas bajo la ya vieja retórica de la violencia en México. La existencia de grupos del crimen

¹ El Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) fue creado por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de un acuerdo con México y con los representantes de las víctimas, para brindar asistencia técnica internacional desde la perspectiva de los derechos humanos en la investigación de la desaparición forzada de 43 estudiantes de la normal rural Raúl Isidro Burgos de Ayotzinapa, en Guerrero, en Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), Informe Ayotzinapa. Vid.: <https://centroprodh.org.mx/GIEI/?p=242>.

organizado que tenían cooptados a las autoridades municipales y a la sociedad civil, en este caso los normalistas de Ayotzinapa, y que en un enfrentamiento entre grupos rivales se había generado un fatídico hecho: el calcinamiento de 43 personas. Al margen de esta posible relación de complicidad entre grupos criminales y autoridades, lo cierto es que esta improvisada conclusión no satisfizo a los padres de aquellos estudiantes ni a la opinión pública (especializada y no especializada), razón por la cual se abrió paso al trabajo del GIEI (Lorenzen & Orozco, 2017).

En su Primer Informe de septiembre de 2015, el GIEI, cuya función era acompañar la investigación de los crímenes y sus responsables, así como la búsqueda de los desaparecidos y la atención a las víctimas y familiares, rebatía la verdad histórica del gobierno de Peña Nieto. En primer lugar, el Informe daba un reconocimiento a las víctimas del caso, al hacer un ejercicio de investigación con un enfoque de derechos humanos. Es decir, entendía que el ataque a los normalistas tenía mayores dimensiones que el simple involucramiento del crimen organizado y la violencia perpetrada por este en, al menos, las últimas dos administraciones presidenciales, tal y como afirmaban las autoridades (Ferri, 2022).

Con este enfoque se hizo una investigación más profunda que las desarrollados por la Procuraduría General de Justicia del estado de Guerrero (PGJ) y la PGR, analizando: (a) el tipo de hecho; (b) las circunstancias y condiciones que lo hicieron posible; (c) la masividad del ataque y el número de víctimas; (d) el nivel de violencia ejercido; (e) los diferentes escenarios y el nivel de coordinación de los autores; (f) el grado de información previa y en el momento que tenían otras autoridades; (g) los objetivos y explicaciones del ataque, específicamente en relación con uno de los autobuses, y los problemas en la investigación que señala esta circunstancia como la posible determinante de la acción; (h) la ausencia de protección de los normalistas durante las varias horas que duró el ataque; e (i) la propia decisión de llevar a cabo la desaparición forzada de un grupo de 43 normalistas (GIEI, s.f.).

El Primer Informe resaltó que la gravedad del ataque no se circunscribía exclusivamente a los 43 desaparecidos, sino que había habido 180 víctimas directas de diferentes violaciones de derechos

humanos, la gran mayoría de ellos jóvenes y muchos menores de edad. Esta cifra trataba de fotografiar la extensión de la violencia de aquellos hechos, pero ya en su análisis, se lograba evidenciar el nivel indiscriminado, desproporcionado y sin sentido de la agresión sufrida, así como el aumento progresivo del mismo a lo largo de aquella noche. Esto a pesar de que los normalistas, ni iban armados, ni boicotearon ningún acto político, ni atacaron a la población como lo señalaba la “verdad histórica” de las autoridades (ídem). Además, el GIEI pudo experimentar el miedo que tenían testigos para participar en la investigación, el cual no era únicamente una respuesta al nivel de agresión sufrido, sino al grado de control que se percibía en la zona por parte de los perpetradores o sus cómplices, y a la falta de protección que sentían los testigos frente a posibles acciones en su contra (ídem).

Por otra parte, el GIEI también pudo identificar que hubo al menos nueve ataques en momentos y lugares distintos, prolongándose algunos de ellos a lo largo de la noche. Además, se pudo identificar que no solo hubo presencia de autoridades locales durante los hechos, porque algunos testigos señalaron la presencia de policía estatal, federal e incluso del ejército mexicano. Es decir, a lo largo de la tarde del 26 de septiembre, entre el momento en que los normalistas se agruparon y comenzaron a tomar los autobuses y el inicio de los ataques, se encontraron a diversas fuerzas de seguridad de los tres órdenes de gobierno. Todos ellos sabían de las presencia y acciones de los normalistas aquel día (GIEI, 2015).

El Informe también resalta la presencia de grupos del crimen organizado. Con información de fuentes abiertas, el GIEI identificó que Iguala es un lugar de comercio y transporte importante de estupefacientes, especialmente heroína, hacia Estados Unidos. Esta situación hizo suponer al GIEI que el ataque a los normalistas estuvo motivado por intereses de más alto nivel (ídem), ya que ahora se sabe que parte de ese tráfico se hace mediante el uso de autobuses que esconden dicha droga de forma camuflada. En ese aspecto, en las investigaciones de la PGR se omite la existencia y análisis de un quinto autobús que parece ser central para explicar la desaparición de los 43 normalistas (GIEI, 2015; Lorenzen & Orozco, 2017).

Finalmente, este Primer Informe resalta el hecho de que no se dio protección a los normalistas frente a los ataques y que además hubo un retraso importante en la atención a las víctimas. Estos hallazgos del GIEI, que permitían entender mejor lo que pasó aquella noche del 26 y 27 de septiembre de 2014 y superaban técnicamente la investigación realizada por la PGR, fueron elementales para extender su mandato con el fin de emitir un Segundo Informe en abril de 2016 (GIEI, 2016; Ferri, 2022).

El Segundo Informe del GIEI da cuenta de nuevos hechos sucedidos la noche de los asesinatos, tanto en algunos de los escenarios previamente analizados, como en otros nuevos. Además, analiza la actuación de la policía estatal, la policía federal, la policía federal ministerial y los miembros del 27 Batallón del ejército, confrontando sus declaraciones con las de otros testigos, los registros de evidencias del C-4 y los datos existentes sobre su comportamiento durante esa noche. Finalmente, examina de manera más detallada los contactos telefónicos de los normalistas y el proceso de investigación del basurero de Cocula y de la escena del río San Juan (GIEI, s.f.).

Al respecto, el Segundo Informe del GIEI identifica que durante esa noche existieron bloqueos en algunas partes de la carretera que mostraban una clara intención de controlar la salida de vehículos de Iguala hacia Chilpancingo, y de atacar posibles objetivos. Asimismo, muestra la posible participación de la policía de Huitzucó en los hechos y las informaciones que apuntan a que los normalistas hayan podido ser trasladados a la Comandancia de Iguala tras su detención (GIEI, 2016).

Por otra parte, respecto de la actuación de los diferentes cuerpos policiales, el Segundo Informe muestra la falta de protección, aparentemente intencional, a los normalistas y otras víctimas de esa noche, así como, la realización de visitas a las escenas del crimen poco tiempo después de los hechos más graves, o cuando estos aún se estaban produciendo, sin registro legal suficiente de dichas diligencias y manipulando la evidencia. Por último, el análisis de la telefonía de los normalistas mostró que algunos de los teléfonos estuvieron activos todavía unas horas o días después de lo sucedido (GIEI, 2016).

En este segundo periodo de trabajo del GIEI, se pudieron observar las deficiencias en las investigaciones realizadas por la PGJ y la

PGR y se tuvo un mejor entendimiento de las incorrectas actuaciones de otros cuerpos de seguridad más allá de los municipales, incluyendo el ejército. En conjunto, concluyó el GIEI, todos estos elementos han impedido la identificación y aprehensión de los responsables y, por consiguiente, el conocimiento del destino de los normalistas (GIEI, 2016).

Las claras discrepancias entre los resultados del análisis del GIEI y las investigaciones de las autoridades federales mexicanas generaron un quiebre con la ya decadente administración de Peña Nieto, lo cual dificultó la continuidad de los trabajos del GIEI durante su gobierno. No obstante, con el cambio de gobierno y a petición de los padres y madres de los normalistas desaparecidos, en 2019 se firmó un nuevo Acuerdo con López Obrador para continuar proveyendo asistencia técnica. Previamente, este último había emitido un primer decreto para crear la Comisión de la Verdad y Acceso a la Justicia del Caso Ayotzinapa (CoVAJ).

Como resultado del trabajo conjunto entre el GIEI y la CoVAJ, el primero emitió su Tercer Informe en febrero 2022 y la segunda publicó su informe en agosto del mismo año. Hasta ahora, la versión más certera que se recoge en ambos informes la podemos leer en la síntesis realizada por Pablo Ferri para el diario El País:

El grupo criminal Guerreros Unidos organizó una cacería el 26 de septiembre de 2014, en Iguala, tratando de evitar que delincuentes rivales se escaparan del municipio. Para ello, el grupo se valió de sus redes de apoyo, conformadas principalmente por policías de Iguala, Huitzuco, militares y policías federales. Entre todos armaron un cerco alrededor de Iguala, acabando con la vida de al menos 26 personas, tres estudiantes normalistas, un futbolista, un taxista y su pasajera. Apoyada en policías de otros municipios y autoridades de diferentes niveles de Gobierno, la red criminal desapareció además a 43 estudiantes (Ferri, 2022).

Ambos informes nos permiten entender mejor las razones por las ocurrieron hechos tan violentos la noche del 26 y 27 de septiembre de 2014, subrayándose en particular que “México tiene un problema grave de corrupción que, en convivencia con el crimen organizado, da como resultado violaciones graves de derechos. En resumen, la desaparición de 43 normalistas constituyó un crimen de Estado, en el

que concurrieron integrantes del crimen organizado y diversas instituciones del Estado mexicano” (Gobierno de México, 2022).

Pero ¿cuál era la situación de corrupción en México y su relación con el crimen organizado en el espectro de tiempo en el que sucedieron estos hechos? ¿Por qué las estrategias de combate a la corrupción y protección, promoción, respeto y garantía de los derechos humanos parecen ser ajenos entre sí? ¿deberían unirse ambos esfuerzos para evitar un nuevo Ayotzinapa?

2. LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO

La corrupción en México es un “elefante blanco” longevo. Se ha extendido en espacio privados e institucionales y, en convivencia con el crimen organizado, menoscaba todo tipo de autoridades a cualquier nivel de gobierno. A propósito del color blanco, unos meses después de Ayotzinapa, en noviembre de 2014 surgió el escándalo de la “Casa Blanca”², que dejó al descubierto la magnitud de la corrupción durante la administración de Peña Nieto. La movilización cívica no se hizo esperar, la cual se materializó en una reforma constitucional que, entre otras cosas, originó el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) en 2015³.

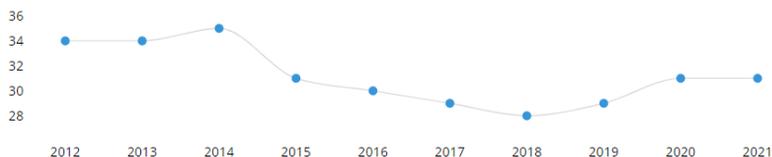
² El caso de la Casa Blanca fue una investigación periodística llevada a cabo por Aristegui Noticias y publicado el 9 de noviembre 2014. En ella se daba cuenta de un conflicto de interés del presidente Enrique Peña Nieto por poseer una casa en Las Lomas, DF, con valor de USD 7 millones, misma que fuera construida a su gusto por Grupo Higa, una de las empresas que ganó la licitación del tren México-Querétaro, y que antes había levantado obras en Edomex, cuando él fue gobernador. Este reportaje especial generó una investigación administrativa para el presidente por parte de la Secretaría de la Función Pública. La investigación, duramente criticada, no generó ninguna responsabilidad para el presidente. Vid.: <https://aristeginoticias.com/0911/mexico/la-casa-blanca-de-enrique-pena-nieto/>

³ El 27 de mayo de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política en materia anticorrupción. Entre las reformas destacan la creación del Sistema Nacional Anticorrupción; la reforma del sistema de determinación de las responsabilidades de los servidores públi-

Hasta ese entonces, no se tenía una radiografía de la corrupción en el país, a pesar de que ya se contaba con reportes como el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional o las Encuestas de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG) y de Calidad Regulatoria e Impacto Gubernamental (ENCRGIE), ambos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Así, por ejemplo, el IPC de los años 2012 a 2014 se mantuvo constante en un nivel de puntuación de 34 a 35 puntos (Transparencia Internacional, 2021) en una escala de 0 a 100 (donde 0 significa muy corrupto y 100 todo lo contrario). Sin embargo, si bien se percibía la existencia de un problema relevante en materia de corrupción pública al estar más próximos del 0, en sentido estricto no se conocía con detalle la dimensión de la problemática.

Los trágicos acontecimientos de 2014 impactaron la puntuación del IPC desde el 2015 hasta el 2018, siendo este último año el punto más bajo (28 puntos). En 2019, tras el cambio de gobierno, la percepción ciudadana cambió y el IPC recuperó algunos puntos, si bien no ha superado los 32 puntos porque la percepción de corrupción no ha disminuido significativamente durante el primer gobierno de izquierda (de hecho, los casos más emblemáticos de corrupción, Ayoztinapa y la Casa Blanca, siguen sin solución) (Figura 1).

Figura 1. Puntuaciones de México en el IPC (2012-2021)



Fuente: Transparencia Internacional

cos y la inclusión de sanciones a los particulares implicados en hechos de corrupción; así como, ampliar y fortalecer las facultades de fiscalización de la Auditoría Superior de la Federación, entre otras. Vid.: <https://www.sna.org.mx/normatividad/>

Con la ENCIG y la ENCRIGE encontramos una situación similar, al tratarse de instrumentos de percepción, que, aunque con un mayor enfoque en esfuerzos de incidencia, no permitió ver el colapso que vendría años después. La ENCIG⁴, cuyo foco es la calidad de los servicios para ciudadanos y empresas, así como la eficiencia en la administración, amplió en 2013 su cobertura temática a aspectos como la medición de la percepción y la experiencia con actos de corrupción. Al respecto, identificó que la corrupción era el tercer problema más importante que aquejaba a las entidades federativas, sólo después de: (a) la inseguridad y delincuencia; y (b) el desempleo. En la Encuesta, además, encontramos que la población no confiaba en la policía (89.7%), los partidos políticos (84.4%) o el ministerio público (78.4%). En contraste, el ejército y la marina (33.9%) eran las autoridades, en materia de seguridad, en quienes se tenía una menor percepción de corrupción y mayor confianza. Además, al registrar la experiencia directa de actos de corrupción (prevalencia de la corrupción) por estado, la ENCIG mostraba que, mientras a nivel nacional era de 12,080 actos de corrupción por cada 100 mil habitantes, Guerrero (con 5,734 actos por cada 100 mil habitantes) estaba muy por debajo de la media. Sin embargo, en relación con la percepción de corrupción como consecuencia de creer o haber escuchado que existe corrupción en los trámites realizados (incidencia de la corrupción), el estado con 31,834 actos por cada 100 mil habitantes rebasaba notablemente la estimación nacional (24,724) (INEGI, 2013).

En 2015, la tendencia fue muy similar: la prevalencia de corrupción a nivel nacional fue de 12,590 y la incidencia de 30,097 por cada 100 mil habitantes, continuando las autoridades de seguridad pública y del ministerio público siendo consideradas como las más corruptas por los encuestados (INEGI, 2015). Asimismo, la ENCIG 2015 comparó la percepción de corrupción frente su prevalencia.

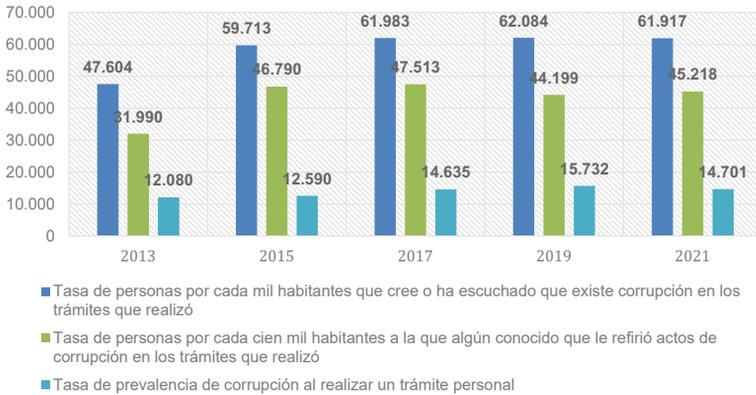
⁴ Encuesta que tiene como objetivo recabar información con representatividad nacional y por entidad federativa sobre las experiencias y la percepción de la población con trámites y servicios públicos que proporcionan los diferentes niveles de gobierno, incluyendo servicios de seguridad pública y justicia, que aporte elementos para la toma de decisiones de política pública. El instrumento se realiza de manera bianual desde 2011. Vid.: <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2013/>.

La comparativa demostró que, si bien la tasa de personas que opinaron que había corrupción en trámites realizados fue de 59,713 o de aquellos de habían escuchado al respecto era de 46,790, en realidad la prevalencia solo era de 12,590 (Figura 2) (ídem). Por su parte, en relación con el estado de Guerrero se observó un cambio significativo (quizá resultado de Ayotzinapa) en prevalencia de corrupción con un incremento del 100% al registrar 10.352 víctimas de corrupción por cada 100 mil habitantes (todavía, sin embargo, ligeramente por debajo de la media nacional)⁵.

Posteriormente, en los reportes de 2017, 2019 y 2021 la tasa de prevalencia de la corrupción ha seguido aumentando, si bien no de modo significativo, por lo que, en realidad, se puede decir que se ha mantenido, en gran medida, estable. Como resultado, se puede afirmar que el salto más grande se dio, sin duda, después del caso Ayotzinapa (Figura 3).

Figura 2. Tasa de prevalencia de corrupción por cada 100 mil habitantes ENCIG 2015



Figura 3. Tasa de prevalencia de corrupción por cada 100 mil habitantes

Fuente: Elaboración propia con datos de INEGI

En la ENCRIGE, instrumento similar a la ENCIG que se diferencia principalmente de esta última en que rescata la percepción y experiencia de las empresas, también identificó en su primer reporte de 2016 a la corrupción como un problema importante. Así, en promedio, el 82% de las entidades empresariales encuestadas en todos los estados consideraron que la frecuencia de corrupción era muy alta, si bien para el caso de Guerrero el porcentaje fue menor en comparación con el promedio nacional (71.6%). Finalmente, al igual que la ENCIG, la ENCRIGE mostraba también que las empresas experimentaban más corrupción en el sector de la seguridad pública y el ministerio público que en otros sectores (INEGI, 2016).

La siguiente edición de la ENCRIGE tuvo lugar en 2021. En él se aprecia una situación similar, pues el sector de procuración de justicia y seguridad fueron aquellos con respecto a los cuales las empresas muestran menor confianza. Sin embargo, en esta segunda edición, es más evidente que el ejército y la marina generan un mayor grado de confiabilidad. Así, a pesar de la participación del ejército en el caso Ayotzinapa, el nivel de confianza incrementó del 75.4% en 2016 al 77.9% en 2021 (INEGI, 2021).

En todo caso, ni la ENCIG, ni la ENCRIGE, brindan datos determinantes respecto al problema de la corrupción en México, porque,

o bien están basadas en percepciones, o bien se enfocan en entender exclusivamente la corrupción administrativa, la cual, desde antes de Ayotzinapa era ya percibida por la ciudadanía y el sector empresarial como un problema grave. En todo caso, la comparativa realizada por el INEGI con apoyo del concepto de prevalencia de la corrupción, arroja una realidad no tan severa como cabía esperar, máxime cuando Ayotzinapa y la Casa Blanca no han sido los únicos casos de corrupción de alto impacto, puesto que en al menos 14 entidades federativas (de las 31 que tiene el país) han sido señalados sus gobernadores durante el periodo 2000 a 2016 (Vargas & Hernández, 2021).

La acumulación de estos casos, sobre todo durante la administración de Peña Nieto, dio lugar, como ya se señaló, a una serie de reformas anticorrupción, entre ellas la Ley Nacional Anticorrupción (LNA) (2015), que en su art. 9, estipula que el Comité Coordinador del SNA⁶ debe diseñar, aprobar y promover una Política Nacional Anticorrupción (PNA). En este contexto, en enero de 2020 se aprobó la primera política nacional en esta materia en México (Ángeles, 2018; Política Nacional Anticorrupción, 2020).

El instrumento es relevante porque, a diferencia de otras ocasiones, esta política busca ser una política de estado y no de gobierno, lo que implica que debe trascender las administraciones federales, estatales y municipales. Tal relevancia además se observa en su diseño, con un enfoque basado en evidencia, ya que, por primera vez, se ha buscado identificar los principales rasgos del problema de la corrupción. En ese sentido, la PNA se ha construido desde la óptica de diversas perspectivas, incluyendo la ciudadanía, las organizaciones de la sociedad civil, la academia y el sector empresarial, entre otros. De esta manera, la PNA recoge un análisis de datos oficiales, estudios de organismos internacionales, investigaciones académicas y organizaciones de la sociedad civil, entre otras fuentes, lo que nos

⁶ “Art. 8. El Comité Coordinador es la instancia responsable de establecer mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema Nacional y tendrá bajo su encargo el diseño, promoción y evaluación de políticas públicas de combate a la corrupción. Ley del Sistema Nacional Anticorrupción.” Vid.: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA_200521.pdf.

permite completar lo analizado en la ENCIG y la ENCRIGE, y darnos una fotografía más nítida de la corrupción en México (Política Nacional Anticorrupción, 2020).

Como resultado, con la PNA se pasa de un entendimiento de la corrupción como actos individuales debidos a la ausencia de control, vigilancia y sanción, a un enfoque de corrupción sistémica y colectiva, que muestra como en México existe un fenómeno holístico que se sustenta en la interacción de múltiples factores de riesgo a nivel institucional, organizacional y de gestión que propicia la prevalencia de la corrupción como norma. Esto significa que las prácticas corruptas se encuentran ampliamente extendidas y aceptadas en México (Gobierno de México, 2020).

Estas prácticas existen en forma de intercambio en las relaciones particulares (caracterizadas por ser arbitrarias, excluyentes, privativas y de favoritismo), y se materializan en el sector público a través de la utilización de los recursos y la autoridad públicos sobre una base no universalista, y en detrimento del interés colectivo (ídem). Además, de acuerdo al diagnóstico elaborado por el PNA, la corrupción en México responde a los siguientes rasgos: (a) se encuentra asociada a la ilegalidad; y (b) es identificada como una norma social reconocida, aceptada y aplicada que justifica la ocurrencia de las prácticas corruptas (Rodríguez, 2011; Vargas & Hernández, 2021).

La corrupción asociada a la ilegalidad se caracteriza por la impunidad, la discrecionalidad, el abuso del poder y la arbitrariedad. Respecto a la impunidad, la PNA identificó, por ejemplo, que la mitad de la población encuestada en la consulta ciudadana⁷ no denuncia

⁷ Consulta Pública Nacional: Como parte de construcción de la Política Nacional Anticorrupción, a mediados de 2018 se planeó, diseñó y desarrolló un método de consulta pública que permitiera articular los elementos necesarios para la integración de la PNA. El proceso de consulta pública consistió de tres pilares. El primero, lo constituyó un consejo consultivo, que se concibió como un espacio de diálogo de alto nivel, en el que participaron representantes de las organizaciones de la sociedad civil, la academia, el sector privado, las instituciones públicas y los organismos internacionales aportando estudios, reportes e investigaciones que fueron considerados para el desarrollo de la propuesta de política. El segundo pilar lo constituyó la consulta ciudadana en línea y un análisis de subjetividades a través

actos de corrupción por considerarlo un proceso inútil. Esta percepción parece encontrar sustento en la evidencia, ya que, por ejemplo, el estudio titulado “Responsabilidades Administrativas en el Sistema Nacional Anticorrupción” (2018), realizado por la ONG Impunidad Cero, señala que el número de denuncias contra servidores públicos en el ámbito federal incrementó en casi el 50% entre 2012 y 2016 al pasar de 15.771 a 23.613 (Ángeles, 2018). A pesar de esto, en ese mismo periodo menos del 15% de las denuncias presentadas derivaron en algún tipo de sanción (ídem). Además, en el primer Índice de Estado de Derecho en México elaborado en 2018 por el *World Justice Project* se reprueba a todas las entidades federativas del país en materia de cumplimiento efectivo de la ley en relación con aspectos que inciden directamente en la prevalencia de la corrupción, como la justicia civil, la justicia penal y el cumplimiento regulatorio (World Justice Project, 2018).

Respecto a la discrecionalidad, el abuso del poder y la arbitrariedad, el documento más revelador que cita la PNA es el estudio México: Anatomía de la Corrupción (2015), el cual señala que sólo el 14% de los mexicanos considera que las leyes están elaboradas para su beneficio, y persiste una idea generalizada de que se usan primordialmente para defender los intereses de la gente con poder o como pretexto para cometer arbitrariedades (Amparo, 2015).

En cuanto al segundo rasgo, la corrupción como una norma social reconocida, aceptada y aplicada, la Secretaría de la Función Pública⁸ señalaba durante el proceso de construcción de la PNA, que las causas de la prevalencia de la corrupción en México es su interior-

de 64 entrevistas a profundidad realizadas a diferentes actores utilizando el método Q:4 a través de estas herramientas se preguntó a la ciudadanía y especialistas acerca de sus percepciones sobre las causas, efectos y posibles vías de solución al problema de la corrupción. Finalmente, se puso en marcha un tercer pilar de la consulta ciudadana a través de ocho foros regionales. Estos espacios de diálogo buscaron recabar opiniones y propuestas de académicos, organizaciones de la sociedad civil y funcionarios públicos de las entidades federativas del país.

⁸ La Secretaría de la Función Pública es la autoridad en México encargada de procurar que lo público funcione con eficacia y probidad, con un enfoque en la prevención de riesgos y en la gestión para resultados, a fin de que se

rización como forma de interacción social aceptada (ídem). Por su parte, la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP) (2012), mostraba ya que hace más de una década que cuatro de cada diez mexicanos estaban de acuerdo o muy de acuerdo con la idea de que un servidor público puede aprovecharse de su cargo para un beneficio personal, siempre y cuando haga cosas buenas (Secretaría de Gobernación, 2012).

De igual manera, la información de Latinobarómetro muestra que, un porcentaje importante de la población en México acepta la corrupción, en la medida que resuelva problemas de su vida cotidiana. En este sentido, los informes de 2016 y 2017 señalan que entre el 36.5% y el 50% de la población entrevistada estuvo de acuerdo con la afirmación de que “se puede pagar por cierto grado de corrupción, siempre y cuando se solucionen los problemas del país” (ídem).

La PNA señala dos razones por las cuales la corrupción es socialmente aceptada: (a) existe una distorsión en los puntos de contacto entre gobierno y sociedad; y (b) hay una falta de interés en la participación de los sectores de la sociedad en el control de la corrupción. En cuanto a la primera razón, la PNA muestra datos muy interesantes a interpretar. Así, por ejemplo, señala que la contratación pública no fue competitiva entre 2012 y 2017 porque, de acuerdo al Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), en ese periodo 30 empresas tuvieron el control de una quinta parte del gasto nacional en contrataciones públicas y la mayoría de los procesos se asignaron por adjudicación directa (Instituto Mexicano para la Competitividad, 2018). En otro estudio, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) muestra que en el ejercicio fiscal 2017 existieron diversas prácticas con altos riesgos de corrupción, como el uso de métodos de excepción a la licitación mediante justificaciones ambiguas o subjetivas, la restricción de la participación por medio de requisitos innecesarios, el consentimiento de ventajas a determinadas empresas, la simulación de la competencia, y las modificaciones de los contratos, las concesiones y los permisos para evitar la competencia (Comisión Federal de Competencia Económica, 2018).

atiendan los problemas públicos para lograr la satisfacción de la ciudadanía. Vid.: <https://www.gob.mx/sfp/que-hacemos>.

Si lo observamos desde el punto de vista penal, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en su Informe sobre Flujos financieros ilícitos en América Latina y el Caribe de 2017, estimó que en el 2013 en México existieron salidas financieras ilícitas por valor de 60 mil millones de dólares, siendo el país latinoamericano con mayor volumen de flujos de esta naturaleza. Asimismo, se calculó una pérdida de ingresos tributarios por manipulación de los precios en las operaciones comerciales equivalente al 4.5% de los ingresos públicos totales (ídem).

En relación con la segunda razón, no hay datos concluyentes que permitan observar que los distintos sectores del país sean activos en la lucha contra la corrupción, sino que, en todo caso, la situación es la contrario. Así, por ejemplo, el PNA señala que un estudio del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) y la Universidad Veracruzana destaca que la contraloría social (Política Nacional Anticorrupción, 2020), uno de los mecanismos de participación y vigilancia social más longevos en México, son espacios poco conocidos y empleados por la población para vigilar la ejecución de los programas sociales (ídem). A esto hay que agregar que las contralorías sociales se enfrentan a retos operativos importantes, ya que existe desinterés de la población por considerarlas de poca utilidad (Política Nacional Anticorrupción, 2020).

Por otro lado, una Encuesta de Movilidad Social realizada por el Colegio de México en 2015, encontró que la mitad de los encuestados aseveró que la corrupción debe ser resuelta “sólo por el gobierno”, mientras que sólo 11% de las personas reconoció que la lucha frente a este problema es una responsabilidad social y gubernamental compartida (El Colegio de México, 2015).

Finalmente, a nivel empresarial el estudio Integridad Corporativa 500 de Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad (MCCI) señala que sólo el 60% de las 500 empresas analizadas cuentan con códigos de ética para sus empleados, el 50% tiene políticas de regalos o ha establecido prohibiciones para pagar sobornos, y sólo un 20% ha elaborado políticas para prevenir el lavado de dinero o el fraude interno (ídem).

De esta manera, la PNA permite entender mejor que pasaba (y sigue pasando) en México respecto a la corrupción y, en consecuencia, comprender mejor lo sucedido la noche del 26 y 27 de Ayotzinapa:

Grupo del crimen organizado que tiene una distorsionada relación de complicidad ilegal con funcionarios públicos de los diferentes órdenes de gobierno para llevar a cabo sus actividades de tráfico ilícito, actúan con total libertad (impunidad) y bajo la aceptación de la sociedad civil local, quienes al ver amenazada una de sus actividades ilegales, atentaron contra la integridad y la vida (derechos humanos) de jóvenes estudiantes con la confabulación y participación (con arbitrariedad y abusando de su poder) de cuerpos de seguridad municipal, estatal, federal y fuerzas armadas el pasado 26 y 27 de septiembre de 2014 (MCCI, 2022).

No obstante, a este cuadro aún le falta algunos colores, como son la delincuencia organizada y la violación de los derechos humanos.

3. CRIMEN ORGANIZADO Y DERECHOS HUMANOS

Sin duda, el crimen organizado en México fue el perpetrador inicial de la creciente violencia en México, y si bien su presencia data de muchos años atrás, el punto de quiebre generador de violencia, que ubican la mayoría de los expertos, se encuentra en el sexenio de expresidente Felipe Calderón (Chabat, 2010).

Calderón lideró la estrategia de “guerra contra las drogas” que finalizó con 70.000 personas ejecutadas de forma violenta y una gran expansión del número de organizaciones criminales (Rosen & Cepeda, 2015: 153-168). El incremento de los delitos de alto impacto social continuó en el sexenio de Peña Nieto, incluso rompiendo marcas, hasta llegar a la lamentable noche de Iguala. Sin embargo, responsabilizar al crimen organizado como la única variable de la violencia sería un engaño y un error (Montero, 2012; Bergman, 2012).

El crecimiento y expansión del crimen organizado, y, por ende, su actuar violento, no se puede descontextualizar del horizonte democrático y económico que ha experimentado México en los últimos 35 años. En el ámbito democrático, México transitó de un gobierno controlado por un partido político (el Partido Revolucionario Insti-

tucional-PRI) en los tres niveles de gobierno, hacia la alternancia y diversificación de partidos políticos. En ese andamiaje nacional evolucionó la organización social de la delincuencia organizada (Trejo & Ley, 2020).

Como señalan Trejo & Ley (2020), la transición democrática en México también fue causa fundamental para la erupción, incremento y permanencia de la violencia en el país. Las organizaciones criminales son actores criminales que tuvieron que responder al cambio político que experimentaba el país porque el crimen organizado requiere de la convivencia y apoyo (corrupción) del estado y de los gobiernos de turno para existir (zona gris de la criminalidad). En consecuencia, cuando el régimen político cambia, los equilibrios de la zona gris también lo hacen y eso genera violencia (Metienzo, 2021).

La corrupción tiene un rol fundamental en esa zona gris que socava progresivamente el estado de derecho y genera una violencia que causa graves violaciones de derechos humanos. De esta manera, esa violencia y las actividades ilícitas de los grupos criminales quedan impunes, y como una buena parte de esas relaciones (gobierno-crimen organizado) son socialmente aceptadas por la colectividad los agentes sociales tienen poco interés en combatirlos (Trejo & Ley, 2020).

Al respecto, Trejo & Ley establecen tres grandes hitos de los conflictos criminales en México vinculados al cambio político. Primero, el de la llegada de los gobernadores de oposición, en los noventa, que llevó a los cárteles a construir milicias para enfrentar la incertidumbre producida por los reacomodos gubernamentales, y para incursionar en aquellas otras entidades donde se abrían oportunidades. Segundo, el del sexenio de Calderón, cuando los conflictos partidistas (entre el Partido de Acción Nacional (PAN) liderado por el propio Calderón y el Partido de la Revolución Democrática (PRD) dirigido por López Obrador) minaron la capacidad de coordinación del estado y generaron oportunidades de expansión del crimen organizado. Finalmente, el tercer hito es el de la decisión de los cárteles de intervenir directamente en los ciclos electorales para fortalecer sus redes de protección a nivel municipal, pues la atomización criminal provocada por la “guerra contra las drogas” incrementó sus incentivos de influir a nivel local (ídem).

Aunque la expansión del crimen organizado ha sido una variante clave para el incremento de la violencia en los últimos tres sexenios, otra parte de la doctrina mexicana responsabiliza también a la intervención del sector militar en las tareas de seguridad pública. La falta de capacidad que han tenido las diferentes administraciones para diseñar políticas públicas en materia de seguridad y justicia que contrarresten la expansión del crimen organizado, ha generado que los líderes políticos elegidos democráticamente hayan tenido que depender de los militares como la única respuesta estatal constante ante la espiral de violencia y la amenaza cotidiana. Incluso bajo un liderazgo político autodenominado «alternativo» (como el del actual gobierno de izquierda en México), las fuerzas armadas siguen siendo con frecuencia la única opción (Guevara, 2020).

La justificación central de todas las administraciones para valerse de la fuerza militar en el combate al crimen organizado, y en consecuencia contrarrestar la violencia, descansa principalmente en la retórica de que las fuerzas de seguridad civiles, estatales y municipales, no tienen la capacidad para reducir la violencia que se genera en sus localidades, y además están cooptadas por grupos criminales (Guevara, 2020; Benítez & Gómez, 2021). En contraste, se afirma que las fuerzas federales, y en particular los militares, cuentan con mayores capacidades técnicas en materia de inteligencia, tecnología, táctica y armamento (Guevara, 2020; Hernández, López & Orozco, 2023). Así mismo, son, como hemos visto, las instituciones con mayor credibilidad y confianza ante la sociedad (Benítez & Gómez, 2021). Además, a todo esto, hay que sumar el enfoque legalista del orden subnacional, que considera que, al ser la lucha contra el crimen organizado una función del ámbito federal, éste es el principal responsable de tomar las medidas necesarias para combatirlo (Benítez & Gómez, 2021)

Sin embargo, a pesar de estos argumentos, diversos estudios y reportes de actores nacionales e internacionales han concluido que la participación de los militares en las tareas de seguridad pública también ha contribuido a generar esa violencia que ha dado lugar a graves violaciones de derechos humanos, como las ocurridas en el caso de Ayotzinapa. En este sentido, la CIDH, en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México (2015), ha afirmado que, a partir de la denominada “guerra contra las drogas” y el consi-

guiente incremento del papel de las fuerzas armadas en las tareas de seguridad pública, la violencia se ha recrudecido en el país. La CIDH llegó a esta conclusión después de que en su visita a México de 2015 evidenciara que estos dos factores, así como la falta de rendición de cuentas según los estándares internacionales, eran las principales causas de la intensa violencia ocurrida en el país entre 2006 y 2015, la cual había provocado la muerte de más de 100.000 personas, el reconocimiento por el estado mexicano de la desaparición de otras 27.000, la investigación de más de 2.000 casos de tortura y el desplazamiento adicional de miles de personas (CIDH, 2019).

En consecuencia, es importante subrayar que la corrupción que permitió la masacre de Iguala en septiembre de 2014 no se agota en las relaciones de complicidad entre grupos del crimen organizado y las fuerzas de seguridad del estado mexicano, sino que además es necesario sumar la falta de transparencia en el actuar de estos últimos (particularmente del sector militar) que, al gozar de un mayor grado de confianza social, son menos proclives a hacer transparentes sus acciones contra el crimen organizado (Treviño, 2019). Esto también genera corrupción.

Así, según Treviño (2019), la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) se ha abstraído del cumplimiento de sus obligaciones de transparencia y rendición de cuentas desde que el gobierno del presidente Vicente Fox estableciera en 2002 el Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información. De esta manera, se niega, por ejemplo, a dar información sobre el número de ciudadanos muertos durante lo que llama “enfrentamientos” con grupos del crimen organizado, lo que, en última instancia, supone ocultar explicaciones acerca del desempeño del ejército.

Como resultado, no es posible responder a la pregunta sobre qué tan planeado, racional, proporcional, justificado y letal es el uso por parte del ejército de la fuerza armada en sus operaciones policiales. De hecho, la falta de transparencia sobre su uso de la fuerza (sobre todo la fuerza letal) impide su evaluación y, de manera crucial, su control. Así mismo, tampoco existen estadísticas sobre los policías municipales, estatales y federales que fueron heridos, detenidos o muertos en “enfrentamientos” con el ejército entre 2006 y 2018 (la ironía es obvia, afirma Treviño, porque el ejército realiza funciones

de policía y, al hacerlo, detiene y mata policías). Por último, no es posible tener acceso tampoco a los reportes del uso de la fuerza o a informes policiales homologados, lo cual es fundamental para saber si los militares han actuado con respeto al estado de derecho, dentro del marco de la ley (Treviño, 2019).

A pesar de esta situación de opacidad de las fuerzas armadas, algunas organizaciones de la sociedad civil han logrado recabar cierta información relativa a los vacíos señalados por Treviño. En este sentido, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (CMDPDH) ha documentado que entre 2006 y 2018 la SEDENA realizó más de 7.000 detenciones de civiles al año, mientras que la Secretaría de Marina (SEMAR) casi 600. Además, en ese mismo periodo, la SEDENA estuvo involucrada en 4.495 enfrentamientos y la SEMAR en 398. En este contexto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) presentó 185 denuncias contra la SEDENA y 116 contra la SEMAR por desaparición forzada. 4.604 denuncias contra la SEDENA y 1.107 contra la SEMAR por torturas y tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, y 12 denuncias contra la SEDENA por ejecución sumaria o extrajudicial (CMDPDH, 2019).

Por todo lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado que la transparencia es una herramienta fundamental, ya que es el medio a través del cual los ciudadanos ejercen el control democrático para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas, permitir el debate público y facilitar las acciones ciudadanas dirigidas a cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas (en este caso, la seguridad pública) (CIDH, 2019).

Además, en materia de acceso a la justicia, la transparencia juega un rol esencial, especialmente para quienes han sido víctimas de discriminación histórica como las mujeres o los jóvenes indígenas de escasos recursos (caso de Ayotzinapa), ya que a lo largo de las actuaciones de investigación y sanción de los actos de corrupción se debe facilitar la difusión del conocimiento sobre los mecanismos de denuncia y recolección de pruebas (CIDH, 2019).

4. CONCLUSIONES

El caso Ayotzinapa es resultado de la conjunción de varios problemas socioeconómicos y políticos que son crónicos en México, pero especialmente en el estado de Guerrero. Ayotzinapa no es solo la consecuencia del choque entre la diversificación y expansión del crimen organizado y la participación de las fuerzas armadas. Entre líneas, sigue el “elefante” en la sala: la corrupción presente en las agencias de seguridad pública.

Afortunadamente, la falta de transparencia y la utilización de la opacidad en el caso Ayotzinapa ha salido finalmente a la luz en los últimos informes del GIEI y de la CoVAJ. A la fecha se sabe que, los militares conocieron de los hechos al momento que sucedían, decidieron no prestar auxilio a las víctimas, y es muy probable que hayan obstruido la acción de la justicia participando en la alteración de pruebas clave para la localización de los 43 desaparecidos. Como resultado, en agosto de 2022, se giraron por primera vez órdenes de aprehensión contra altos mandos militares (Aristegui Noticias, 2022), mostrando con ello que no hay ninguna institución que esté blindada contra la corrupción y la colusión con el crimen organizado por más confianza que tenga en ella la ciudadanía.

Sin embargo, el caso Ayotzinapa muestra también como el crimen organizado y las fuerzas de seguridad tienen con frecuencia una relación de complicidad, que busca garantizar la impunidad del primero, mientras la corrupción interna (opacidad, ausencia de rendición de cuentas y falta de transparencia) se extiende y consolida en las segundas, lo que ha ocasionado ineficiencia en su actuación y ha duplicado el impacto en la inseguridad y violencia en México. En efecto, como ha puesto de manifiesto la sociedad civil: “la corrupción mata”.

Desafortunadamente, la correlación entre corrupción y violación a los derechos humanos ha sido explorada poco tanto en México como a nivel global. En el caso mexicano, se observa que ambas problemáticas se han desarrollado de manera paralela, sin identificar qué tan estrechamente relacionadas están. Esta disociación se da también a nivel internacional. Así, si analizamos los instrumentos internacionales anticorrupción, como las Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana contra la Corrupción, difícilmente encon-

traremos desarrollado el concepto de derechos humanos. Por eso, se ha tenido que trabajar en una interpretación más fina para que los países puedan entender que los gobiernos no pueden dar cumplimiento a sus obligaciones de proteger, garantizar, promover y respetar los derechos humanos de sus sociedades cuando se operan en contextos de corrupción sistémica.

Si bien todavía falta mucho camino por recorrer en la lucha contra la corrupción, comenzando por el tipo de enfoque criminal que se debe utilizar para combatirla, conviene subrayar, a manera de recomendación, que el enfoque transversal de los derechos humanos permite a los formuladores de políticas públicas preguntarse por la manera en que el diseño o la implementación de programas anticorrupción pueden afectar a las personas marginadas o empobrecidas, sujetas a discriminación social o desfavorecidas. De esta manera, adherirse a los principios de los derechos humanos implica identificar y superar los obstáculos que hacen que estas personas sean vulnerables a la corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Ángeles González, L. (2018). “Las responsabilidades Administrativas en el Sistema Nacional Anticorrupción”. *Impunidad Cero*. <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/61/archivo/1526573141C17.pdf>.
- Benítez, R. & Gómez, E. (2021). *Fuerzas armadas, guardia nacional y violencia en México*. Ciudad de México: Casede.
- Bergman, M. (2012). “La violencia en México: algunas aproximaciones académicas”. *Desacatos*. Núm. 40. Pp. 65-76.
- Casar, M.A (2015). *México: Anatomía de la Corrupción*. Ciudad de México: CIDE-IMCO.
- Chabat, J. (2010). “La respuesta del gobierno de Calderón al desafío del narcotráfico: entre lo malo y lo peor”. *CIDE-Documento de trabajo*. https://cide.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1011/117/1/000099112_documento.pdf.
- Guevara, I. (2020). “Mexico’s National Guard: When Police are Not Enough”. *Wilson Center-Mexico Institute*. <https://www.wilsoncenter.org/>

- sites/default/files/media/uploads/documents/Mexico%27s%20National%20Guard.pdf.
- Hernández, G., López, I. & Orozco, Z. (2023). *Tráfico de armas de fuego y delincuencia organizada la frontera norte de México*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Lorenzen, M. & Orozco, Z. (2017). “Ayotzinapa: Nuestro retrato frente al espejo”. *Acta Sociológica*. Núm. 71. Pp. 167-193.
- Montero, J. C. (2012). La estrategia contra el crimen organizado en México: análisis del diseño de la política pública. *Perfiles Latinoamericanos*. Vol. 20(39). Pp. 7-30.
- Rodríguez, J. (2011). “La impunidad y la fractura de lo público”, *dfensor-Revista de Derechos Humanos*. Núm. 11. Pp. 6-12.
- Rosen, J. & Zepeda, R. (2015). “La guerra contra el narcotráfico en México: una guerra perdida”. *Reflexiones, San Pedro de Montes de Oca*. Vol. 94(1). Pp. 153-168.
- Trejo, G. & Ley, S. (2020). *Votes, drugs and violence. The political logic of criminal wars in Mexico*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Treviño, J. (2019). “El Ejército y su guerra: rendición de cuentas y cuentos”. *Revista Nexos*. <https://seguridad.nexos.com.mx/el-ejercito-y-su-guerra-rendicion-de-cuentas-y-cuentos/>.
- Vargas, K. & Hernández, C. (2021). “La corrupción: Amenaza a la seguridad en México. Atlas de la Seguridad y Defensa de México 2020”. En: Aguayo, S., Benítez, R., Le Clercq, J. A., Rodríguez, S., Vargas, K. (eds). *Atlas de la Seguridad y Defensa de México 2020*. Ciudad de México: Casde.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Aristegui Noticias. (2022). “MP federal notifica al Ejército órdenes de aprehensión contra militares por caso Ayotzinapa.” *Agosto, 2022*. <https://aristeguinioticias.com/2208/mexico/mp-federal-notifica-al-ejercito-ordenes-de-aprehension-contra-militares-por-caso-ayotzinapa/>.
- CIDH. (2019). “Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos”. *Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019/Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>.
- CIDH. (2019). “Shadow Report Sixth Report on Mexico Human Rights Committee”. *Annual Report*. <http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2019/docs/IA2019cap5MX-en.pdf>.

- CIDH. (2022). “Informe Ayotzinapa III. Mandato medida cautelar MC/409/14 CIDH”. https://www.oas.org/es/cidh/giei/ayotzinapa/ mesa/docs/Informe_MESA_2022.pdf.
- CMDPDH; I(dh)eas & FIDH. (2019). “Shadow Report. Sixth Periodic Report of Mexico. Human Right Committee”. <https://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-0/guardia-nacional/recomendaciones-y-o-controversias-de-organismos-internacionales-de-ddhh/793-shadow-report-sixth-report-on-mexico-human-rights-committee/file>.
- Comisión Federal de Competencia Económica. (2018). “Agenda de Competencia para un ejercicio íntegro de las Contrataciones Públicas”. <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/CPC-ContratacionesPublicas.pdf#pdf>.
- El Colegio de México. (2015). “Encuesta de Movilidad Social”. <https://movilidadsocial.colmex.mx/index.php/encuesta>.
- Ferri, P. (2022). “La teoría de la Fiscalía del ‘caso Ayotzinapa’, al descubierto”. *El País*, 5 de noviembre de 2022. <https://elpais.com/mexico/2022-11-05/la-teoria-de-la-fiscalia-del-caso-ayotzinapa-al-descubierto.html>.
- Gobierno de México. (2022). “Informe de la Presidencia de la Comisión para la Verdad y Acceso a la Justicia del Caso Ayotzinapa”. Agosto 2022. http://www.comisionayotzinapa.segob.gob.mx/es/Comision_para_la_Verdad/Informe_Presidencia.
- Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes-GIEI. (2015). “Informe Ayotzinapa. Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa”. <https://centroprodh.org.mx/GIEI/?p=242>.
- Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes-GIEI. (2015). “Resumen ejecutivo. Informe Ayotzinapa: Investigación y primeras conclusiones de las desapariciones y homicidios de los normalistas de Ayotzinapa”. <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/resumenejecutivo-giei.pdf>.
- Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes-GIEI. (2016). “Informe Ayotzinapa II: Avances y nuevas conclusiones sobre la investigación, búsqueda y atención a las víctimas”. <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/giei/giei-informeayotzinapa2.pdf>.
- Instituto Mexicano para la Competitividad. (2018). “Índice de Riesgos de Corrupción: El sistema mexicano de contrataciones públicas”. https://imco.org.mx/articulo_es/indice-riesgos-corrupcion-sistema-mexicano-contrataciones-publicas/.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía-INEGI. (2013). “Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental-ENCIG. Principales Resultados”.

- tados”. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2015/doc/encig15_principales_resultados.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía-INEGI. (2016). “Encuesta Nacional de Calidad Regulatoria e Impacto Gubernamental en Empresas-ENCRIGE”. *Año 2016*. <https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encrige/2016/doc/presentacion.pdf>.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía-INEGI. (2021). “Encuesta Nacional de Calidad Regulatoria e Impacto Gubernamental en Empresas-ENCRIGE”. *Año 2021*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encrige/2020/doc/encrige2020_presentacion.pdf.
- International Council of Human Rights Policy. (2009). “Corruption and Human Rights: Making the Connection”. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08b6540f0b64974000b10/humanrights-corruption.pdf>.
- Martínez, P. & Roldán, N. “3 descubrimientos clave de los expertos independientes vs. la “verdad histórica” de la PGR”. *Animal Político*. 7 de septiembre 2015. <https://www.animalpolitico.com/2015/09/tres-descubrimientos-clave-de-los-expertos-independientes-que-refutan-la-verdad-historica-de-pgr/>.
- Metienzo, C. (2021). “¿Es posible recuperar la paz en democracia?”. *Revista Letras Libres*. <https://letraslibres.com/revista/es-posible-recuperar-la-paz-en-democracia/>.
- Mexicanos contra la Corrupción y la Impunidad-MCCI. (2022) “Integridad Corporativa 500”. *Sexto informe*. https://contralacorrupcion.mx/wp-content/uploads/2022/11/MCCI_2022_IC500_WEB.pdf.
- Política Nacional Anticorrupción. (2020). <https://www.dof.gob.mx/2020/SESNA/PNA.pdf>.
- Secretaría de Gobernación. (2012). “Encuesta Nacional de Cultura Política y Prácticas Ciudadanas, 2012”. <http://www.encup.gob.mx/>.
- Transparencia Internacional. (2021). “Índice de Percepción de la Corrupción”. <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/index/mex>.
- World Justice Project. (2018). “Índice de Estados de Derecho”. <https://drive.google.com/file/d/1GEvaXFPLHAM0nIaNhHT4aukgj15urlq4/view>.

Capítulo 4

Análisis comparado

GIORGIA PAVANI*
JACOPO PAFFARINI**

1. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

El fenómeno de la corrupción se ha convertido en un tema transversal entre varias ramas del derecho¹: por supuesto, esto afecta al derecho penal (en cuanto fenómeno jurídico por el cual los ordenamientos nacionales prevén normas sancionatorias para las conductas ilícitas) y al derecho administrativo; sin embargo, desde que el fenómeno de la corrupción en la esfera político-administrativa ha empezado a ser percibido como sistémico, interesa también a otras ramas del derecho, incluyendo al derecho comparado.

Esto se debe principalmente a dos factores. En primer lugar, la “transformación del rol de los sujetos públicos frente a los fenómenos masivos de liberalización y privatización”, con la consiguiente apertura de las administraciones públicas a esquemas de organización y procedimientos nuevos, desconocidos hasta ese momento. En segundo lugar, el

* Profesora Catedrática de Derecho Público Comparado de la Universidad de Bolonia. Se atribuyen a Giorgia Pavani los apartados 1 y 5 del presente capítulo.

** Investigador docente de Derecho Público Comparado de la Universidad de Perugia; Professor titular da Atitus Educação de Brasil. Se atribuyen a Jacopo Paffarini los apartados 2,3 y 4 del presente capítulo.

¹ Con referencia a los estudios de ciencia jurídica, algunos autores consideran la disciplina anticorrupción como «a new, independent branch of law»: (Bonell, O. (2014). “The effects of Corruption in International Contracts”, ponencia presentada al XIX Congreso de la Interdisciplinary Association of Comparative and Private International Law de Vienna.

“debilitamiento de la soberanía estatal en el ámbito de las prerrogativas económicas y financieras” ha proporcionado la libre circulación de capitales y la internacionalización de las inversiones (Ferrari, 2019: 167).

La percepción del fenómeno como sistémico se nota, por un lado, en todas las partes del mundo. Así, si bien antes el fenómeno existía en África, Asia y América Latina, siendo parte de la costumbre de ciertos países, tras el desarrollo de estos factores empieza a ser percibido como un problema de las distintas sociedades y de sus instituciones. Además, se atestigua la magnitud del fenómeno por el interés que despierta en los organismos internacionales (comenzando por las Naciones Unidas y siguiendo por la OCSE, entre otros muchos), los cuales empiezan a medirlo, clasificarlo y valorarlo en rankings a escala global, como el Indicador Global de Gobernanza (IGG) del Banco Mundial (diseñado en 1996) o el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional (creado en 1995), por citar sólo los primeros en ser establecidos, cuyos datos generan efectos de *soft law* en los Estados (v. § 3).

La introducción del análisis cuantitativo en los estudios de derecho comparado, en particular de derecho administrativo comparado, es bastante reciente, al contrario de lo que sucede en los estudios de *Law and Economics*. Sin embargo:

[...] cuando se quiere desarrollar un análisis comparativo sobre un tema del derecho administrativo general, no es posible prescindir de aquellos indicadores que, por ejemplo, ponen en evidencia la percepción de la corrupción (Corruption Perception Index) considerado por el Banco mundial el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social (Zaman & Raim, 2009; Scarciglia, 2020).

Como a menudo pasa con la intervención del nivel internacional en los grandes temas de interés global, los convenios, los tratados y los instrumentos de *soft law* proporcionados por las organizaciones internacionales de derecho público y las organizaciones no gubernamentales:

[...] se cruzan, se apoyan mutuamente, contribuyen a crear un derecho global cada vez menos *soft*. En suma, se ha creado una forma de circulación vertical de institutos y modelos, entre los ordenamientos jurídicos estatales, activos primero, y los ámbitos continentales y globales, sensibilizados no inmediatamente, pero que rápidamente se convirtieron en protagonistas de una enorme producción normativa y de clasificación, siendo capaces de tener gran influencia mediática y persuasión (Ferrari, 2019: 167).

Por esta razón, el tema de la corrupción ha entrado también en los estudios de derecho comparado, en particular, en la subrama del derecho público comparado. Así mismo, los problemas principales creados por la corrupción giran en torno a dos grandes temáticas relevantes para el derecho público comparado que son, por un lado, los derechos humanos y, por otro, las relaciones entre poderes del estado y en particular la forma de gobierno (Kerche & Feres Junior, 2018; Paffarini, 2020; Pegoraro, 2017; Eguiguren, 2017).

Es también importante tener en cuenta el tema de la organización de las fuentes del derecho, sobre todo si consideramos que a fines de la década de 1990 y principios de la de 2000, los estados latinoamericanos analizados internalizaron en sus sistemas jurídicos nacionales estándares internacionales anticorrupción, ratificando ciertas convenciones como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE).

Si consideramos la importancia de los tratados internacionales en el sistema de fuentes de los ordenamientos internos de los estados latinoamericanos, podemos entender mejor su relevancia en dichos ordenamientos. Por ejemplo, en México, los tratados internacionales son fuentes superiores a las leyes federales y locales, mientras que en Argentina “la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación” (art. 31 Const.). De esta manera, los tratados contienen disposiciones que pueden incidir en la función administrativa, estableciendo la propia Constitución argentina que los tratados y concordatos tienen una jerarquía superior a las leyes (art. 75.22 Const.)².

² Algunos tratados prevén expresamente la jurisdicción extraterritorial (por ejemplo, los tratados que se refieren al genocidio, la tortura o la corrupción). En este sentido, la Ley 25.319, de 18 de octubre de 2000, ratifica la Convención OCDE, cuyo art. 7 reconoce la jurisdicción de los estados parte

Unos tratados prevén expresamente la jurisdicción extranjera (ej. los tratados que se refieren a genocidio, tortura o a la corrupción). La ley núm. 25319 del 18 de octubre de 2000 ratifica el Convenio internacional contra la corrupción transnacional, cuyo art. 7 reconoce la jurisdicción de una de las partes contrayentes para juzgar los crimines de funcionario públicos extranjeros “independientemente del lugar donde se dio lugar a la corrupción”.

Por otro lado, el tema es relevante desde la perspectiva del método comparativo, por la mencionada influencia tanto del nivel internacional como de los rankings en el derecho positivo de los estados.

Efectivamente, el derecho comparado no se identifica exclusivamente con un análisis transversal de los derechos positivos extranjeros, sino que requiere el análisis de todos los formantes (legislativo, judicial, doctrinal y cultural), como recuerda el maestro del derecho comparado italiano Rodolfo Sacco, y de los criptotipos (que son formantes no verbalizados), los cuales son indispensables para realizar una verdadera investigación e interpretar el derecho viviente, fijando claramente una distinción entre *law in the book* y *law in action*³. Para interpretar un fenómeno como la corrupción en las instituciones públicas, se requiere el uso de todos los formantes y de la sensibilidad necesaria para identificar los criptotipos que caracterizan varios ordenamientos jurídicos, incluyendo lo que Sacco llama el “derecho mudo” (Sacco, 2015).

Suelt & Salgado tratan el tema de la corrupción desde una perspectiva teórica en la parte inicial del capítulo I de esta obra, hacien-

para juzgar los crímenes de funcionarios públicos extranjeros “independientemente del lugar donde tuvo lugar la corrupción”.

³ La expresión “formante” se debe al comparatista Rodolfo Sacco: 42 ss., y con ella se hace referencia a las reglas legales, las proposiciones doctrinales y la jurisprudencia que representan los distintos sistemas que el jurista emplea para individualizar la norma en el caso concreto. (Sacco, 1992: 42 et seq). Los criptotipos, al contrario, son formantes implícitos que influyen en la mentalidad del jurista. Ambos términos son fundamentales para romper con una comprensión del derecho basada en categorías monolíticas, que llevan al jurista a buscar “la sola verdad jurídica, la que tiene su fuente en la ley y que viene fielmente reconstruida por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia”: (Sacco, 2005: 43).

do hincapié en la necesidad de estudiar íntegramente este fenómeno complejo (especialmente, cuando se encuentra vinculado al COT), teniendo en cuenta sus aspectos económicos, políticos y socioculturales, así como la desconfianza social en las instituciones como una de las características contextuales de la corrupción en América Latina. Esta última situación puede asumir para el derecho comparado las características de un formante cultural o incluso de un criptotipo (lo que puede tener un impacto en la mentalidad del jurista) (Sacco, 2015), haciendo así que el tema de la corrupción se convierta en algo “obvio” que entra en la mentalidad de los abogados, los magistrados y los estudiosos del derecho, como algo que hace parte del contexto. Si en el análisis comparativo, un criptotipo vale tanto como un formante activo (como son las leyes y las sentencias), es también necesario tener en cuenta todos estos elementos para realizar un análisis contextual de la corrupción (se trata por tanto de analizar la corrupción para examinar el contexto antes del texto)⁴.

Por eso, el análisis comparativo no termina en un análisis transversal, exclusivamente legislativo, como lo demuestran las investigaciones desarrolladas en los capítulos anteriores, en las que los contextos se encuentran bien descritos e integrados en el análisis de los formantes legislativos y jurisprudenciales de los ordenamientos nacionales de los estados seleccionados.

Además, para entender mejor las características de los principales fenómenos de corrupción pública en los países latinoamericanos hay que contextualizarlos al interior de los modelos de administración pública que se han desarrollado durante la época colonial y después de la independencia. Incorrectamente, Latinoamérica a menudo se considera como un modelo único de administración (además de un área geográfico-cultural común), olvidando que las tradiciones jurídicas y culturales al interior de un área superior al doble de Europa son varias y difíciles de sintetizar⁵.

⁴ Recuerda la importancia de dar cuenta de las variables de un ordenamiento jurídico y del contexto político, social, económico y histórico en los cuales las variables mismas se incluyen (Loughlin, 2000: 4.).

⁵ Por eso es imprescindible analizar los fenómenos jurídicos en relación a las tradiciones culturales (Glenn, 2010; Menski, 2006).

Con la excepción de los pequeños Estados de raíces anglófonas, los países denominados latinoamericanos, aunque presentan muchos elementos comunes, tienen también diferencias significativas que se han desarrollado tras varios períodos históricos, y han caracterizado la evolución del derecho público y, en particular, del derecho administrativo (especialmente, el centralismo que caracteriza, con mayor o menor intensidad, a todos los países latinoamericanos, incluyendo a los países que han adoptado una forma de estado federal, y que no solo se justifica por la exitosa circulación del modelo administrativo francés-napoleónico, sino también por los treientos años de dominio español) (Pavani & Estupiñán-Achurry, 2016). Entre los elementos comunes se encuentran los principios sobre el procedimiento administrativo (reflejados en las leyes aprobadas en las últimas dos décadas), como son el principio de legalidad, el proceso debido, la iniciativa de oficio, la imparcialidad, la informalidad, la buena fe en el procedimiento y la eficacia. Igualmente, los países latinoamericanos comparten también reglas comunes sobre el funcionamiento de los recursos frente a los actos administrativos y las decisiones del poder judicial.

Específicamente, desde la perspectiva de la organización administrativa y de las entidades, órganos y autoridades creados para controlar el fenómeno de la corrupción pública se observan ciertos rasgos comunes. En primer lugar, los órganos de autogobierno de la magistratura han sido establecidos en varios estados latinoamericanos por medio de reformas constitucionales (estando previstos en las constituciones de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Paraguay, Perú, Venezuela), y tienen, entre otras funciones, la selección de los magistrados y la realización de controles para fortalecer la base meritocrática del poder judicial.

Así mismo, en varios países ha habido reformas legislativas para crear entidades u órganos encargados de velar por la transparencia de la acción administrativa de los funcionarios públicos, y fortalecer las funciones de los ya existentes. Sirva como ejemplo el caso argentino, donde la Oficina Anticorrupción, cuyo funcionamiento está a cargo del Secretario de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, tiene como principal objetivo velar por la prevención e investigación de las

conductas comprendidas en la CICC (Decreto presidencial 102/99), habiendo sido escasa su eficacia hasta el momento para obtener condenas penales por corrupción. Del mismo modo, la Unidad de Inteligencia Financiera de Argentina, creada por la Ley 25.246 (2000), dispone de autonomía financiera a pesar de estar adscrita al Ministerio de Finanzas, funcionando de manera autónoma incluso cuando actúa como parte querellante en las causas judiciales o colabora a pedido de la Fiscalía en las investigaciones. Además, durante el último gobierno de Cristina Kirchner se establecieron nuevos órganos de lucha contra la corrupción, como la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC), creada en 2012 y adscrita a la Procuraduría General de la Nación y la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA), establecida en 2015 mediante la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.148).

Por su parte, en Brasil, durante los dos gobiernos de Luiz Inácio Lula da Silva (2002-2010), se reforzaron las instituciones de investigación, control y represión de la corrupción, como la Contraloría General y la Policía Federal. Así, durante el gobierno Rousseff se aprobó la Ley 12.846 (2013) (Ley Anticorrupción) que establece sanciones administrativas y el reconocimiento de la responsabilidad civil de las empresas por las prácticas corruptas de sus miembros, con independencia de su rango. En contraste, el gobierno Bolsonaro se ha caracterizado por el desmantelamiento de las instituciones de control y fiscalización de la corrupción en Brasil.

En cuanto a México, en enero de 2020 se aprobó la primera política nacional en materia anticorrupción por parte del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, el cual, en aplicación de la Ley Nacional Anticorrupción (2015), debe diseñar, aprobar y promover una Política Nacional Anticorrupción (PNA).

Esta síntesis de las principales entidades y órganos creados para enfrentar el fenómeno de la corrupción ofrece una panorámica de las intervenciones de los legisladores de los principales países latinoamericanos durante los últimos veinte años. En todo caso, y a pesar de estas acciones concretas, desde la perspectiva de la organización administrativa y judicial hay que señalar la extraordinaria importancia que ha tenido el caso Lava Jato en Brasil. Este caso ha actuado como una caja de resonancia del fenómeno de la corrupción en toda

América Latina, puesto que ha significado un notable cambio en el accionar del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción, al punto que ciertos autores lo equiparan al proceso *Mani Pulite* in Italia⁶ por implicar “[...] un antes y un después en la materia, con profundos efectos en el sistema político italiano, lo que también puede decirse de lo que está en curso en Lava Jato, en Brasil, pero con efectos especiales en otros países —especialmente de la región, ya que se trató de corrupción transnacional” (Hernández, 2022: 16-17).

Un último elemento relevante desde la perspectiva del derecho comparado es la influencia de las demás ciencias (ciencias políticas, economía, antropología jurídica, sociología o estadística, entre otras) en la metodología de investigación⁷. Los capítulos sobre Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México utilizan los *ranking* internacionales como parámetro para medir el nivel de corrupción en los países analizados y abarcan el tema tanto desde la perspectiva histórica como económica y sociológica, incluyendo el impacto de los niveles de corrupción de la adopción de modelos económicos neoliberales en los periodos de democratización de Argentina, Brasil y Chile (capítulo 2).

2. LA CONTRIBUCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO COMPARADO EN LA DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN

La definición de “corrupción”, como es bien sabido, se presta a distintas interpretaciones según las categorías de comprensión del observador. Entre los principales expertos en el fenómeno en Italia,

⁶ Mani Pulite (manos limpias en español) fue el nombre que se dio a un proceso empezado en 1992 en Italia, bajo la jurisdicción del Tribunal de Milan, por parte del fiscal Antonio di Pietro y de su equipo de investigación contra unos políticos y empresarios por sobornos que se convirtió en una investigación que abarcó todo el país y demostró que una parte relevante del sistema político italiano estaba completamente corrompido a través de la obra pública por los sobornos.

⁷ Para un acercamiento desde la perspectiva de la ciencia política véase las obras de: Morris, 2010; Rotberg, 2019.

Vannucci (2012) destaca cómo cada una de las perspectivas de las ciencias sociales tiene limitaciones asociadas con la especificidad de la metodología y el ámbito de investigación propio, por lo que es necesario combinarlas para ofrecer una evaluación más rigurosa del fenómeno⁸. Los estudios contenidos en la primera parte del volumen confirman este enfoque metodológico, en la medida en que la corrupción es tratada como un fenómeno económico, político y cultural (Suelte & Salgado, capítulo 1) o como “un fenómeno holístico que se sustenta en la interacción de múltiples factores de riesgo a nivel institucional, organizacional y de gestión” (Orozco, Pérez & Hernández, capítulo 3). En este sentido, se debe destacar la especificidad del análisis del caso colombiano, donde la corrupción, más que como un fenómeno ilegal, se enmarca en la perspectiva de las implicaciones en las formas y normas de la administración pública, de donde se deriva un concepto de “gobernanza criminal”⁹ que se puede identificar tanto a nivel nacional como territorial, en lo que se puede definir como un “injerto” de subjetividades y prácticas del crimen organizado en la estructura institucional (Suelte & Salgado, capítulo 1).

El intento de proporcionar una descripción del fenómeno de la corrupción más cercana al contexto político y gubernamental es, por lo tanto, un paso necesario para que el enfoque de lucha contra la ilegalidad sea efectivo. Esto es aún más importante en América Latina, donde, como señalan Suelte & Salgado, la respuesta de los poderes públicos ha sido una “sobreproducción legislativa” de difícil implementación, a menudo debido al alarmismo que se genera de manera oportunista en las cercanías de los procesos electorales. Si se reconoce la cronicidad de la emergencia, de la que se desprende la naturaleza intrínsecamente política de los estados de excepción,

⁸ Vannucci, (2012) argumenta que “*nelle scienze sociali, in parallelo con la crescita d'interesse sul tema della corruzione, si sono individuati tre possibili criteri alternativi in base ai quali delimitare l'estensione della corruzione: A) le norme giuridiche; B) l'opinione pubblica; C) l'interesse collettivo*”.

⁹ Véase el estudio referenciado en el capítulo 2 de este volumen, Duque. (2020). “Gobernanza criminal. Cogobiernos entre políticos y paramilitares en Colombia”. En: *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Época”, Año lxx, núm. 241. Enero-abril de 2021 pp. 347-380 ISSN-2448-492X.

se vuelve legítimo preguntarse en qué medida el problema de la definición de la corrupción está realmente vinculado al concepto de “poder”, sobre todo en el contexto latinoamericano.

Tomando prestadas las palabras de Orozco, Pérez & Hernández, “la corrupción asociada a la ilegalidad se caracteriza por la impunidad, la discrecionalidad, el abuso del poder y la arbitrariedad”. Por lo tanto, las oligarquías que se encuentran simultáneamente en el ámbito de los negocios ilegales y en el sistema de la administración pública son uno de los principales obstáculos para la afirmación del constitucionalismo como teoría de la desconcentración del poder en la región (Valim, 2017: 25).

A esta reflexión, nos sentimos obligados a añadir, como juristas comparatistas, la importancia de prestar siempre atención al alcance epistemológico que el concepto de “poder” expresa en el ámbito del constitucionalismo occidental, por el hecho de estar necesariamente circunscrito a la idea de una democracia de matriz estatal y representativa que las experiencias latinoamericanas, con diferentes grados de conciencia e intensidad, están sometiendo a crítica (Garay, 2020). Por lo tanto, es necesario ubicar el punto de partida de los análisis sobre la lucha contra los abusos de poder, construyendo un concepto lo más “genérico” e imparcial posible (no centrado en el estado) de lucha contra la corrupción, desde el cual se pueda iniciar la reflexión sobre los acontecimientos reportados en los países examinados en esta sección del libro y, en un segundo momento, valorar las soluciones prácticas implementadas y las propuestas realizadas (Garay, 2022).

El método comparativo, como enfoque “interdisciplinar” e “relativizante”, no solo tiene la ventaja de resaltar las diferencias y, por lo tanto, los componentes que faltan, así como las similitudes, sino también de “contextualizarlas” a partir del “formante cultural” (Amirante, 2015). En términos prácticos, pensando en el espacio jurídico latinoamericano, los matices entre las conductas tipificadas por el derecho penal y las prácticas sistemáticas de intercambio vinculadas al apoyo político hacen necesario evitar ecuaciones fáciles. En concreto, es crucial introducir criterios más claros de distinción entre “corrupción” y “lobbying”, por un lado, “clientelismo” y “patronage”, por otro. En definitiva, se trata de llegar al fondo de lo que se ha definido como “corrupción gris”, que se produce cuando las percepcio-

nes divergen, es decir, si “lo que la élite considera práctica normal es considerado inadmisibles por los ciudadanos, o viceversa” (Vannucci, 2012: 20).

La separación entre el punto de vista moral y el punto de vista institucional o jurídico se hace aún más evidente en América Latina, donde las investigaciones judiciales han seguido, no sólo la ley, sino también, como se ha dicho con respecto a Brasil, “a voz da rua” (Luiz Streck, 2017).

Como afirman Suelte & Salgado sobre Colombia (capítulo 2), las redes de clientelismo, regionales e intrarregionales, en su mayoría han sido organizadas por partidos tradicionales para mantenerse en el poder. Estas redes luego articularon intercambios con organizaciones criminales, lo que agravó la urgencia de una respuesta y, por lo tanto, alimentó una respuesta “pan-criminal”, como decimos en Italia para reflejar la extensión del derecho penal a todos los planos de la vida pública¹⁰.

La alternativa que tiene ante sí la lucha contra la corrupción es: o bien restringir las redes del derecho penal (corriendo el riesgo de “obstruir” las salas del tribunal), o bien actuar preventivamente en la construcción de una idea de ética pública y de gestión de los recursos que tenga en cuenta no solo lo que es legal, sino también lo que es adecuado a las expectativas de la sociedad. Obviamente, se trata de un parámetro difícil de construir conceptualmente, pero que demuestra cómo la lucha contra la corrupción tiene un fuerte “poder transformador” del derecho constitucional, que se puede encontrar sobre todo en la introducción de códigos de conducta, mediante los cuales los políticos y los órganos judiciales se comprometen a ciertos estándares de transparencia¹¹.

Así mismo, también se observan diferentes soluciones con respecto a la función de supervisar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en dichos códigos: en algunos países, como Brasil,

¹⁰ Para una crítica del concepto de panpenalismo y la contrapropuesta de un «derecho penal mínimo», cf. más recientemente, A. Baratta, *Criminologia crítica e crítica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico penale*, Milán, 2019.

¹¹ Para un examen comparativo de los códigos éticos adoptados por las asambleas legislativas de los países occidentales, ver Pisicchio, 2017.

la competencia se atribuye a organismos que ya realizan funciones fundamentales (por ejemplo, el poder judicial o las comisiones parlamentarias), en otros, como Portugal, se añaden a las funciones ya desempeñadas por los órganos de garantía (por ejemplo, las cortes constitucionales) y, finalmente, algunos sistemas, entre los cuales Argentina, prefieren crear organismos ad hoc de vigilancia separados de los demás poderes (las famosas “agencias anticorrupción”)¹².

Desde una perspectiva general, se puede identificar un doble campo de acción del potencial transformador de las novedades introducidas por la normativa anticorrupción: uno de carácter sustancial, que se refleja en el avance de un enfoque preventivo del problema destinado a reducir el “riesgo de corrupción”¹³; el otro, de naturaleza institucional, que consiste en el establecimiento de órganos “independientes” o “híbridos” cuya función, como se ha señalado en otros contextos, “is not to ‘govern’ but to exercise certain investigative and regulatory functions” (Fombad, 2016: 343).

Sin embargo, los sistemas constitucionales de los países involucrados en este estudio demuestran que actualmente prevalece un enfoque “represivo”, que ignora las razones que llevaron a las organizaciones internacionales a pasar “dalla nozione (stretta) di corruzione ad una nozione (ampia) di prevenzione della corruzione” (Merloni, 2021: 41).

3. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN DE LOS INTERESES PRIVADOS EN LA POLÍTICA Y LA GESTIÓN PÚBLICA EN AMÉRICA LATINA

El análisis comparado nos muestra que el derecho penal no es suficiente para enfrentar el problema y que, por lo tanto, es urgente una actualización del derecho anticorrupción en América Latina,

¹² En relación a esta distinción entre “Ad Hoc, Incidental, and Permanent Institutions” que intervienen en el control del cumplimiento de las obligaciones de transparencia y en la lucha contra la corrupción y el abuso de poder, consultar Tushnet, 2021: 46 et seq.

¹³ Sobre estos temas, compare un reciente trabajo de la doctrina italiana: Merloni, 2021: 40-41.

que incluya no solo los comportamientos ilícitos sino también aquellos que pueden considerarse poco transparentes o que pueden favorecer conflictos de intereses con la función pública ejercida. Esto significa ampliar el campo no de la represión sino de la prevención. Por ejemplo, en Brasil, la introducción de reglas más claras sobre el “cabildeo” (también conocido como “lobbying”) que permitan una mayor transparencia en la relación entre el mundo empresarial y los partidos políticos evitaría peligrosas confusiones entre lo que es corrupción y lo que no lo es. Brasil es uno de los pocos países latinoamericanos que no posee ninguna regulación de las modalidades de lobbying y por lo tanto muchos de los acuerdos políticos permanecen en la sombra (Petrillo, 2022: 170). Las dinámicas de la relación entre economía y política, que han conducido a los conocidos y controvertidos acontecimientos de la investigación Lava Jato, continúan siendo el eje central de la “campana de moralización” que ha generado una fuerte polarización entre las fuerzas políticas, provocando una caída en la confianza en las instituciones del país.

En Argentina se ha regulado el conflicto de intereses entre la política y las organizaciones económicas, aunque de forma compleja y sin garantías de transparencia a favor de los ciudadanos (capítulo 3). Esto alimenta la percepción de que la política de los partidos es un mundo oscuro poblado por intereses personales y conduce a la corrosión de la democracia constitucional por la pérdida de confianza en las instituciones representativas creadas por el liberalismo (Mezzetti, 2019). Además, si bien algunos estudios econométricos comparados (Stephen, 2008) demuestran que “existe una relación muy débil entre la experiencia directa de las personas con la corrupción (incidencia) y las percepciones que tienen respecto a ella” (lo que provoca que incluso en países con baja incidencia de la corrupción, la ciudadanía la perciba como un problema serio), las encuestas utilizadas por los indicadores más comunes de medición (Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional e Indicador de Control de la Corrupción del Banco Mundial) pueden ser un parámetro útil para las reformas: considérese, por ejemplo, el caso de la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG) en México (citada por Orozco, Pérez & Hernández (capítulo 3), en la cual se revela que “las autoridades de seguridad pública

y el ministerio público continuaban siendo los espacios más corruptos según los encuestados”.

Regresando al tema de la incidencia de los intereses privados en la política, el hecho de que los países latinoamericanos que han mantenido al estado como proveedor de servicios sociales hayan logrado un mejor desempeño en sus indicadores socio-económicos, es un factor importante para analizar la tendencia en la región a asociar la lucha contra la corrupción con un proceso de surgimiento de liderazgos electorales populistas o abiertamente autoritarios, que hacen uso de los poderes establecidos para ‘capturar’ las instituciones de garantía y, de esta forma, tener vía libre para imponer unilateralmente nuevas “fases constituyentes”¹⁴.

El tema de la regulación de las relaciones entre la representación política y los actores económicos, introduce el segundo elemento de comparación y evoca la categoría comparativa de la forma de estado¹⁵, que también se remonta a la idea de “gobernanza” a la que se refieren los aportes de Sueli & Salgado (capítulo 2) y al papel de las acciones afirmativas de redistribución de la riqueza como condición

¹⁴ Como demuestra L. G. Arcaro Conci, *Democracia Constitucional e Populismos na América Latina: entre fragilidades institucionais e proteção deficitária dos direitos fundamentais*, São Paulo, 2023, 135: « [...] os colapsos autoritários, advindos de golpes militares ou civis, além de outras formas de acesso ao poder com o uso da força que demanda uma ruptura da ordem vigente e, muitas vezes, dependem de declarações de emergência constitucional, vão sendo substituídos por regimes autoritários que acedem ao poder mediante eleições. A partir daí, com o poder decisório do Estado em suas mãos, capturam as instituições públicas e privadas, consolidando o seu poder em detrimento das bases das democracias constitucionais, o que ocorre seja por decisões políticas, seja por leis e Constituições, reformadas ou renovadas, tornando difícil perceber em que momento um regime deixa de ser democrático e passa a ser autocrático».

¹⁵ Sobre la categoría de la forma de estado, véase M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Turín, 2022, 8: “La forma di Stato è l’insieme dei principi e delle regole fondamentali che caratterizzano un ordinamento statale e, quindi, che disciplinano i rapporti tra lo Stato, inteso non come ordinamento ma come apparato titolare del potere di usare legittimamente la coercizione, da un lato e la comunità dei cittadini, singoli o associati, dall’altro”.

esencial para la realización del método democrático. En otras palabras, la “meritocracia”, la protección de la “libre concurrencia” y la garantía de la “libertad de opinión” no son suficientes para garantizar el método democrático.

El desarrollo de la democracia depende del desarrollo de las condiciones del pluralismo (como lo demuestra recientemente el caso de Chile: capítulo 2). En este punto, además de las reformas económicas, América Latina ha demostrado que sabe desarrollar herramientas de participación activadas por los votantes que, sin embargo, deben implementarse: sobre todo, el voto revocatorio de los diputados locales y nacionales. En sus adopciones más recientes, especialmente en el Reino Unido, la revocación del mandato por declaraciones patrimoniales falsas u omitidas deriva de un enfoque que considera la corrupción política como una violación de la confianza depositada por los electores, y por lo tanto enmarca el cargo electivo en términos de la teoría económica del agente, equiparándolo con un mandato. Fuera del área geográfica occidental, más que sobre la *agent theory*, la revocación del mandato se basa en conceptos de ética pública que, como se ha visto, a menudo se remontan a épocas anteriores a la fundación misma de los estados y por lo tanto se adaptan al contexto democrático. Este, por ejemplo, es el caso de la Pancasila en Indonesia (Jayus et al., 2020; Wisnaeni & Herawati, 2017), pero también de otros países y áreas geográficas donde la cultura originaria o las ideologías radicales han sido incorporadas o se han impuesto en la esfera de los poderes, generando peculiaridades importantes no solo en el ámbito de las instituciones de vigilancia, sino también en el plano sustantivo de los deberes éticos asociados a las funciones políticas¹⁶. Lejos de ser un “componente exclusivo” de la tradición democrática occidental, el instituto del “recall” es una técnica compartida

¹⁶ Así, por ejemplo, en la construcción de la idea de “autonomía” de los zapatistas en México, de los 7 principios del mandar obedeciendo el primero es “Obedecer y no mandar”, y se expresa de esta forma: “El pueblo tiene, en todo momento, la facultad de revocar al mandatario que no cumpla con su función a cabalidad. El gobierno obedece a las necesidades de cada comunidad o localidad sin decidir cuál es la mejor forma de vivir nuestras vidas, simplemente cumpliendo con organizar y planificar. Quien manda, obedece la voluntad del pueblo”. Lo mismo puede decirse de Ecuador y

por varias experiencias democráticas, cuyas características cambian según el sustrato moral y las sensibilidades ideológicas que impregnan la dimensión social (Mezzanotte, 2021: 537-550)¹⁷. Se observa que el procedimiento puede adaptarse a la activación de formas de responsabilidad puramente política, pero también a la imputación de conductas relevantes según los esquemas típicos de la responsabilidad jurídica¹⁸.

Las experiencias mencionadas deben, sin embargo, ser evaluadas en relación a una “falta de interés en la participación de los sectores de la sociedad en el control de la corrupción” indicada, por ejemplo, en el plan de la “Política Nacional Anticorrupción” (PNA) de México (capítulo 3). Como señalan Orozco, Pérez & Hernández, los instrumentos de participación (como la Contraloría Social) que son activables por la ciudadanía para monitorear la realización de programas sociales y obras públicas son poco utilizados.

Estas herramientas podrían favorecer la lucha contra la corrupción y el acercamiento de las personas a la política, si se establecen instituciones adecuadas para evidenciar los conflictos de intereses cuando se presenten en el poder ejecutivo o legislativo. Esta es la dificultad principal. Por ejemplo, como nos muestra el caso argentino (capítulo 2), la Oficina Anticorrupción, creada por decreto presidencial, carece de una verdadera independencia para investigar

Bolivia, donde, en homenaje a los principios del ‘sumak kawsay’ y ‘suma qamaña’ todos los cargos de elección popular son revocables.

¹⁷ Según el autor, las herencias de la cultura puritana y del autogobierno comunitario en América del Norte explican el éxito del recall en las provincias de Canadá y en los Estados Unidos como procedimiento bottom-up, mientras que, por el contrario, la instrumentalización por parte de los partidos políticos habría condenado la acción de revocar el mandato popular a una instrumentalización top-down en la mayoría de los casos sudamericanos.

¹⁸ La ética pública y, en particular, el deber de los políticos de revelar sus intereses privados, constituyen una de las bases más sólidas para la construcción de un proceso que, en el transcurso del tiempo, puede llevar a superar las tradicionales restricciones al control popular sobre la conducta de los elegidos y, más específicamente, al mandato imperativo. En términos comparativos, el Reino Unido constituye una experiencia ciertamente significativa, pero, actualmente, única en su género (Caravale, 2019: 1-16).

efectivamente los casos de corrupción en la administración pública. Por lo tanto, como ya ha sido señalado por la doctrina del derecho comparado, los amplios poderes presidenciales pueden socavar gravemente la autonomía y eficacia de las instituciones que garantizan la transparencia en la esfera política y de gestión de los recursos públicos (Sartoretti, 2018).

4. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO ELEMENTO DE “DESEQUILIBRIO” ENTRE LOS PODERES CONSTITUCIONALES

Finalmente, un último elemento de reflexión lo proporciona la tendencia, ya mencionada, de la politización de la justicia. En este punto, las experiencias de Brasil y Argentina, descritas en el capítulo 2, tienen un valor emblemático, cada una en su especificidad¹⁹. El conflicto entre la política y el poder judicial ha provocado claras violaciones del principio de separación de poderes, tanto por parte del presidente de la República (en el caso argentino), como de los órganos de investigación y enjuiciamiento (en Brasil). En ambos casos se ha afirmado que se ha producido una invasión de competencias, así como la violación de las garantías que defienden: por un lado, la independencia del poder judicial y por otro, las funciones judiciales del parlamento.

No pudiendo entrar en el fondo de las violaciones, por razones de brevedad, es sin embargo posible identificar algunas condiciones legales previas que las hicieron posibles. Además de la señalada falta de independencia de los órganos de investigación, como el Ministerio Público Fiscal en el contexto argentino (capítulo 2), los peligros más significativos son atribuibles a la distribución de los poderes de gobierno en los países latinoamericanos, en particular a las características ‘imperiales’ de la presidencia, por un lado, y, por otro, a la fragmentación de la composición de las asambleas parlamentarias, lo que contribuye a la inestabilidad gubernamental. Por lo tanto, el fenómeno del ‘lawfare’ es causado principalmente por la ‘arquitect-

¹⁹ Para ambos contextos, véase el estudio de Zanin et al, 2020.

tura' de los poderes, que, a pesar de las innumerables peculiaridades que presentan los países individualmente, ha seguido la misma evolución en toda la región (Gargarella, 2014: 272).

Parece entonces que la gestión de los problemas latinoamericanos no puede ser llevada a cabo en un contexto institucional fuertemente 'vertical': un ejemplo proviene precisamente de Colombia, donde los presidentes se han arrogado la competencia de decidir sobre la seguridad, perpetuando la 'guerra contra las drogas, aunque sea ineficiente o incluso contraproducente en la lucha contra el crimen organizado (capítulo 1). En lugar de fortalecer al estado, la centralización de poderes en los órganos de gobierno nacionales facilita aún más su instrumentalización, como muestra el caso Odebrecht. Como señalan Pereira, Gianecchini, da Silva & Diniz (capítulo 2):

[...] las empresas desarrollan y profundizan cada vez más las dinámicas de captura del Estado en sus más diversos niveles, desde el lobby corporativo y la captura regulatoria hasta el fortalecimiento de las prácticas corruptas responsables de socavar la capacidad de las instituciones de control, para ofrecer respuestas suficientes a los sucesivos escándalos empresariales.

Por lo tanto, es necesario prestar atención al proceso histórico que ha conducido a esta centralización y a la falsa creencia de construir un 'estado fuerte'. A este respecto, hay que destacar como todas las asambleas constituyentes latinoamericanas encontraron un modelo de referencia común en el presidencialismo, aunque este último se contaminó de inmediato con componentes igualmente vívidos en la tradición de gobierno iberoamericana (Arcaro Conci, 2023: 92; Lombardi, 1986: 64-7).

Según observadores atentos, en el contexto de rechazo a las autocracias militares, la elección del jefe de estado tuvo en las transiciones de fin de siglo un significado simbólico: el retorno a la soberanía popular junto con las garantías del pluralismo político (Beçak, 2018; Gargarella, 2014). Sin embargo, las constituciones que surgieron en la región han entregado la estructura de poder estatal a una variable política que es el resultado de sistemas electorales asimétricos, en la medida en que asocian: (a) la elección directa y mayoritaria del ejecutivo; con (b) la búsqueda de representatividad en la formación de

asambleas legislativas a través de la fórmula proporcional (Paffarini, 2020: 345-6)

Las reformas que dieron posteriormente continuidad a la transición democrática se consideran el paso inicial hacia la consolidación de un “constitucionalismo de dos velocidades”: por un lado se mantiene, y en algunos casos se fortalece, un esquema de poderes vertical y concentrado con la ampliación de las prerrogativas presidenciales en materia legislativa y de nombramientos; de otro lado se amplía el catálogo de derechos junto con los instrumentos de acceso a la justicia y se introducen nuevos mecanismos de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones (Gargarella, 2014: 285).

Sin embargo, los efectos de la concentración de poderes en el ejecutivo, sobre los cuales muchos habían advertido, parecen estar fuertemente ligados al peso específico del partido presidencial en la coalición y en el parlamento. Si este último no logra mantener unida la base parlamentaria, el riesgo de sufrir una ‘remoción política’ se vuelve más alto, incluso cuando cabe la presentación de mociones de no confianza contra los miembros del ejecutivo designados por el presidente (Paffarini; 2020: 344).

La reforma de los mecanismos de control mutuo en la relación entre el parlamento y el ejecutivo, a partir de la década de los noventa, ha sido aclamada como una “racionalización de la forma de gobierno presidencial”, o más bien, una adaptación tardía a la composición plural de las asambleas para fortalecer los efectos representativos de los sistemas electorales (Valadés, 2018: 37). Por otro lado, si bien la estructura organizativa de las competencias del gobierno permanece intacta, está claro que la función de dirección política sigue siendo una prerrogativa del presidente, por lo tanto, los órganos que representan a la “coalición” (llamados de diferentes maneras: “consejo de ministros”²⁰, “consejo de gabinete”²¹ o “gabinete de ministros”)²² no

²⁰ En Bolivia (art. 165 Const.), El Salvador (art. 166 Const.), Guatemala (art. 195 Const.), Honduras (art. 246, 2, Const.), Nicaragua (art. 151, 2, Const.), Paraguay (art. 243 Const.), Perú (art. 121 Const.), Uruguay (art. 160 Const.), Venezuela (art. 242 Const.).

²¹ A Panamá (art. 194 Const.).

²² En Argentina (art. 100 Const.).

pueden garantizar esa función de diálogo con el parlamento para el que fueron concebidos.

Las crisis políticas siguen afectando directamente a los más altos cargos estatales y el ‘reemplazo’ de las coaliciones para dirigir al ejecutivo sigue siendo un resultado más que verosímil. Además, el impacto de la polarización política que se está apoderando de la región se expresa en varias formas, entre las cuales parece consolidarse el uso de los instrumentos constitucionales de garantía como “arma de lucha política” (Arcaro Conci, 2023: 156).

En este sentido, los actos de interpretación forzada o abierta violación de la constitución son la expresión de un “derecho del enemigo”, que no puede conciliarse con la realidad de la democracia (Carducci, 2018; Jakobs & Cancio, Meliá, 2006; Valim, 2017). Por tanto, si quisiéramos destacar una primera conclusión a nivel de derecho constitucional, la comparación entre las experiencias hace cada vez más evidente la necesidad de adaptar el principio de separación de poderes a la realidad política de los países latinoamericanos. Estas reflexiones también se han producido en contextos presidenciales muy diferentes como el de los Estados Unidos, donde no existe el multipartidismo, pero en todo caso el ejecutivo intenta capturar los poderes de control (como agencias independientes y órganos electorales). Cómo separar los distintos poderes entre sí, y como garantizar también su separación frente a los partidos políticos, es entonces la cuestión teórica planteada desde el análisis de la realidad latinoamericana²³.

5. EL ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un análisis de los trabajos científicos de los últimos años evidencia el renovado interés por la doctrina, en particular por parte de los constitucionalistas (Boersma, 2012; Boersma & Nelen, 2010; Her-

²³ Sobre la “captura” de instituciones de garantía y la precariedad de la separación de poderes en la realidad norteamericana ver Levinson, 2006: 2312-2386.

nández & Valadés, 2022; Pearson, 2001), por el fenómeno de la corrupción con enfoque en los derechos humanos²⁴, habiendo algunos subrayado que entre la corrupción y los derechos humanos existe:

[...] un vínculo en dos sentidos: negativo y positivo. En el sentido negativo, se observa que la corrupción puede violar derechos humanos. En algunos casos, esto ocurre de manera directa, como cuando se requieren sobornos en el sistema judicial para obtener resoluciones favorables. En otros casos, ocurre indirectamente, cuando se da una cadena de acontecimientos que permiten las violaciones de derechos humanos [...]. En el sentido positivo, los derechos humanos pueden constituirse en una herramienta para luchar contra la corrupción” (Díaz Castillo et al., 2018: 6).

Como resultado, una parte de la doctrina ha centrado sus investigaciones en la relación innegable entre el fenómeno de la corrupción y la protección de los derechos humano, subrayando que:

[...] la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) pueden contribuir decididamente a la lucha contra la corrupción a través del impulso de un enfoque de derechos humanos en la atención de este fenómeno, basado en los instrumentos interamericanos de derechos humanos y el importante desarrollo jurisprudencial alcanzado en ámbitos relacionados (Nash et al., 2014: 4).

El informe elaborado por la CIDH en 2019, está basado en las Resoluciones 1/17 (2017) y 1/18 (2019). En la primera, la CIDH, en aplicación del art. 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y del art. 18 de su Estatuto, define la corrupción como:

[...] un fenómeno caracterizado por el abuso o desviación del poder encomendado, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que daña la institucionalidad democrática, el Estado de Derecho y afecta el acceso a los derechos humanos. Entre los impactos más significativos del fenómeno de la corrupción en la región, la CIDH destaca con especial atención las afectaciones en la institucionalidad estatal, en particular en la administración de justicia, y el aparato electoral, con las consecuentes afectaciones al ejercicio de derechos políticos (CIDH, 2017: 12).

²⁴ Hay estudios que demuestran, por medio de instrumentos estadísticos, que en los países donde prevalece la corrupción los derechos humanos se encuentran en condiciones precarias: Landman, Schudel & Willem, 2007.

Según la CIDH, entre los principios que “deben ser una guía de actuación para quienes tienen la responsabilidad de gestionar y organizar el aparato estatal en sus distintos niveles y desde las distintas áreas para erradicar la corrupción, así como la responsabilidad de gestionar los programas y mecanismos anticorrupción” (CIDH, 2017: 189), se encuentran los siguientes: (a) igualdad y no discriminación²⁵; (b) participación e inclusión social²⁶; (c) existencia de mecanismos de reclamación y acceso a la justicia²⁷; (d) producción y acceso a la información como garantía de transparencia y rendición de cuentas²⁸; y (e) protección prioritaria a grupos en situación de discriminación histórica²⁹.

²⁵ “La Comisión considera que la aplicación de este principio tendrá un impacto directo en la estrategia y el diseño para el abordaje de las políticas de reparación en casos de corrupción. La CIDH estima que el foco deberá estar puesto en priorizar en estas políticas, a los grupos que se encuentran en situación de desventaja en términos del acceso a los derechos” (OEA, 2017: 62).

²⁶ “Es importante garantizar el involucramiento efectivo de la sociedad civil y del sector privado en el diagnóstico, el diseño, la implementación, el control y la evaluación de las políticas públicas anticorrupción” (OEA, 2017: 62).

²⁷ “La CIDH es enfática al señalar que uno de los puntos centrales respecto a las políticas públicas anticorrupción con enfoque de derechos humanos es que el aparato estatal garantice la existencia, acceso y efectividad de las vías de reclamo tanto judiciales como administrativas” (OEA, 2017: 62).

²⁸ “En materia de política pública, la CIDH destaca que el acceso a la información inicia desde la etapa previa al diseño de la misma, durante la etapa de diagnóstico” (OEA, 2017: 62). Valadés (s.f.: 334) hace también hincapié en la libertad de información y de los medios de comunicación para contrastar a la corrupción: “En la actualidad, uno de los instrumentos más eficaces para contrarrestar la corrupción reside en la libertad de información. Las investigaciones de los medios de comunicación, el acceso a la información y las redes sociales han servido para contener el flagelo corruptivo; sin embargo, esto tampoco es suficiente”

²⁹ En ese sentido, la CIDH ha manifestado que “considera importante destacar que este deber acarrea para los Estados una obligación de prestar especial atención a los sectores sociales y personas que han sufrido formas de exclusión histórica o son víctimas de prejuicios persistentes, y adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir, y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación en la práctica. Estos principios han sido consagrados en los instrumentos que rigen el actuar del sistema interamericano de derechos humanos” (OEA, 2017: 62).

Sin embargo, si bien los estados latinoamericanos han firmado diversos instrumentos internacionales, su nivel de implementación resulta muy bajo. En este contexto, el problema más relevante en términos jurídicos es identificar el vínculo entre la corrupción y (la protección inadecuada de) los derechos humanos. Desde la perspectiva del derecho internacional, pero con efectos relevantes también para el derecho constitucional, Peters (2018: 8) se hace las siguientes preguntas con respecto a esta cuestión: ¿puede conceptualizarse la conducta corrupta como una violación de los derechos humanos? Y, ¿deberían clasificarse y sancionarse los actos corruptos como violaciones a los derechos humanos?

Para responder a estos interrogantes, es necesario comenzar por reconocer que son muchos los obstáculos que impiden dar de forma inmediata una respuesta afirmativa, tales como: (a) la dificultad en enmarcar los sujetos involucrados³⁰; (b) la individuación de los derechos humanos violados³¹; (c) la interpretación de los documentos internacionales de lucha contra la corrupción, la mayoría de los cuales “no se refiere explícitamente a una violación de derechos humanos, sino a un “impacto negativo” de [su] disfrute” (Peters, 2018: 33); y (d) la determinación del vínculo causal jurídicamente relevante entre el acto corrupto y la transgresión jurídica, puesto que los tratados y convenios internacionales se basan en el principio de responsabilidad del estado frente a la violación de los derechos humanos³².

³⁰ “Tradicionalmente, el soborno se consideraba como un crimen sin víctimas [...]. ¿Puede considerarse al sobornador como una víctima?” (Peters, 2018: 28).

³¹ “La cuestión no es si hay o debería haber un (nuevo) derecho humano a una sociedad libre de corrupción. Tal derecho no está reconocido por la práctica jurídica ni existe necesidad de ello [...] también los clásicos derechos humanos liberales pueden ser socavados por la corrupción: si un prisionero tiene que darle algo al guardia a cambio de una manta o por una mejor comida, entonces el derecho básico del prisionero a tener condiciones humanas de detención (art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) se ve afectado” (Peters, 2018: 32).

³² Así, como señala Peeters (2018: 55), a veces el cumplimiento de los requisitos que permiten razonar en estos términos 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

Sin embargo, a pesar de estos obstáculos, Peters (2018: 71) concluye afirmando que “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”.

El acercamiento desde la perspectiva de los derechos humanos, en particular, en el marco del concepto del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), que describe la tendencia original de la región hacia un constitucionalismo transformador, con énfasis en la vertiente de los derechos ofrece sólidos fundamentos jurídicos para dar una respuesta afirmativa a las preguntas de Peters, superando además sus ventajas a los riesgos. En este sentido, Morales ha propuesto la sistematización del impacto de la conducta corrupta como una violación de los derechos humanos, con base en una reconstrucción enunciativa de los estándares definidos por la CIDH y la CtIDH en la última década para combatir la corrupción, en el marco de la democracia, el estado de derecho y la garantía de los derechos (Morales, 2018: 336).

Como resultado, Morales (2018) sugiere las siguientes cinco categorías aleatorias que están dirigidas a atender las cuestiones centrales relativas al vínculo entre corrupción y derechos humanos: (a) la relación con el régimen democrático y el estado de

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”. Otras veces, sin embargo, se habla de un “vínculo indirecto” entre la corrupción y las violaciones de los derechos humanos (Peters, 2018: 52). Además, igualmente problemático es el caso de la causalidad por omisión, es decir, cuando las respectivas violaciones de los derechos humanos vinculadas a la corrupción consisten en el incumplimiento de las obligaciones de protección y las procedimentales.

derecho³³; (b) el impacto en los derechos humanos³⁴; (c) el impacto en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)³⁵; (d) la independencia de las y los operadores de justicia como medio para erradicar la corrupción³⁶; y (e) el respeto y garantía de los derechos humanos en la lucha contra la corrupción³⁷.

³³ Según Morales (2018), “[...] la CIDH ha sostenido que ‘la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos’”.

³⁴ Como afirma Morales (2018), “[...] la corrupción implica una diferencia de trato arbitraria al colocar en una situación de ventaja a la persona que brinde los recursos económicos o incentivos para acceder a determinados bienes y servicios”.

³⁵ De acuerdo con Morales (2018), “[...] las prácticas corruptas pueden violar el principio de progresividad previsto en el art. 26 de la CADH, que reconoce la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para progresivamente lograr la realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales”.

³⁶ Como señala Morales (2018), “[...] de acuerdo con la jurisprudencia del Sistema Interamericano, la independencia judicial se verifica desde la perspectiva institucional a través del poder judicial, y en forma individual a través del juez. A efecto de garantizar tal independencia, tanto la Comisión como la Corte se han referido a la importancia de asegurar procedimientos adecuados de designación y nombramiento, estabilidad en el cargo y procesos de separación del mismo, estos últimos que se cristalizan respectivamente, en condiciones adecuadas de servicio y en procedimientos que sean respetuosos del principio de inamovilidad”. Un punto relevante de la Resolución es el siguiente “La CIDH enfatiza que una justicia independiente e imparcial es indispensable para el combate efectivo a la impunidad y a la corrupción. Asimismo, subraya el importante papel del control ciudadano que desempeñan los jueces, fiscales, defensores de derechos humanos, los denunciantes, los periodistas y los medios de comunicación en la investigación y denuncia de corrupción”.

³⁷ Como indica Morales (2018), “[...] la Comisión ha reconocido al ejercicio del derecho a la libertad de expresión una forma eficaz de la denuncia de la violación como un medio para silenciar y censurar la libertad de expresión, especialmente de periodistas que han realizado denuncias de corrupción administrativa en el ámbito local, narcotráfico, delincuencia organizada, seguridad pública y asuntos relacionados”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Amirante, D. (2015). “Al di là dell’Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione ‘verso Oriente’”. *Revista trimestrale Diritto pubblico comparato ed europeo*. Pp. 1-35.
- Arcaro, L. (2023). *Democracia Constitucional e Populismos na América Latina: entre fragilidades institucionais e proteção deficitária dos direitos fundamentais*. San Pablo, Brasil: Contracurrent.
- Baratta, A. (2019). *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico penale*. Milán: Meltemi.
- Boersma, M & Nelen H. (2010). *Corruption and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge: Intersentia.
- Boersma, M. (2012). *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?* *The Netherlands International Law Review*.
- Bonell, M & Meyer, O. (2014). *The effects of Corruption in International Contracts*. Vol. 11. Springer.
- Caravale, G. (2019). *L’approvazione della prima procedura di ‘Recall’ a dieci anni dallo scandalo del rimborso spese dei deputati e la crisis of confidence verso la classe politica britannica*. Nomos.
- Carducci, M. (2018). “Costituzionalismo emancipatorio e “ciclo progressista” in America Latina”. *Revisteweb Diritto Pubblico Comparato ed europeo*.
- Díaz, I., Blanco, C. (2018). “Lucha contra la corrupción y enfoque de Derechos Humanos en el sistema interamericano”. En: Lovón, C., Díaz, I & Blanco, C. (eds). *Estado Democrático de Derecho, Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Lucha contra La Corrupción. Reflexiones del Segundo Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Pp. 6-9.
- Eguiguren, F. (2017). “La tendencia hacia el uso frecuente y distorsionado del juicio político y la declaración de vacancia en contra del presidente: ¿otro paso hacia la “parlamentarización” de los regimenes presidenciales en Latinoamérica o algo más?”. *Pensamiento Constitucional*. Vol. 22. Pp. 61-82.
- Fombad, M. (2016). “The Role of Emerging Hybrid Institutions of Accountability in the Separation of Powers Scheme in Africa”. En: Fombad, M. (ed.). *Separation of Powers in African Constitutionalism*. Oxford. Pp. 325-343.
- Franco, G. (2019). “Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni”. Vol. 38 (1). Italia: le proposte.

- Garay, N. (2020). “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder”. *Revista General de Derecho Publico Comparado*. Vol. 27. Pp. 1-29.
- Garay, N. (2022). “Eurocentrismo y constitucionalismo: sobre lo genérico y lo no occidental”. *Revista General de Derecho Publico Comparado*. Vol. 31. Pp. 1-34.
- Gargarella, R. (2014). “La sala de máquinas de la Constitución”. *Revista Nueva Sociedad*. Num 257.
- Glenn, P. (2010). *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. London: Oxford University Press.
- Hernández, A. (2022). “La corrupción en América Latina”. En: Hernández, A & Valadés, D. (eds). *La Constitución y el combate a la corrupción*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Pp. 16-17.
- Jakobs, G & Cancio, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- Javier, D. (2021). “Gobernanza criminal. Cogobiernos entre políticos y paramilitares en Colombia”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Universidad Nacional Autónoma de México. Nueva Época. Núm. 241. Pp. 347-380.
- Kerche, F & Feres, J. (2018). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. San Pablo: Contracorrente.
- Levinson, D & Pildes, R. (2006). “Separation of Parties, Not Powers”. *Harvard Law Review*. Vol. 119 (8). Pp. 2312-2386.
- Lombardi, G. (1986). *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milan: Guiffre.
- Loughlin, M. (2000). *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Hart Publishing.
- Luiz, L. (2017). “Luz, câmara, ação: a espetacularização da Operação Lava Jato no caso Lula ou como o direito foi predado pela moral”. En: Zanin, C., Zanin, V & Valim, R (eds.). *O caso Lula*, São Paulo. Pp. 31-50.
- Menski, W. (2006). *Comparative Law in a Global Context: The Legal System of Asia and Africa*. London: Cambridge University Press.
- Merloni, F & Prini, A. (2021). *Etica per le istituzioni. Un lessico*. Roma; Donzelli.
- Mezzanotte, M. (2021). “Esperienze di recall e dinamiche democratiche nei partiti”.
- Mezzetti, L. (2019) “Corrosione e declino della democrazia”. *Diritto pubblico comparato e europeo*. Pp. 421-444

- Morales Antoniazzi, M. (2018). "Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad, democrática y derechos humanos". En: Tablante, C & Antoniazzi, M. (eds). *Impacto de la corrupción en los Derechos Humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Pp. 336.
- Morris, S & Blake, C. (2010). *Corruption and Politics in Latin America*. University of Pittsburgh Press.
- Nash, C., Aguiló, P., Bascur, M & Meza-Lopehandía, M. (2014). *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Chile: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
- Paffarini, J. (2020). "The Lava-Jato investigation and the political instability in Latin America. Toward a new pattern of the parliamentary control over the Presidents?". *Revista Civitas de Ciências Sociais*. Vol. 20 (3). Pp. 335-347.
- Pavani, G. & Estupiñan-Achurry, L. (2016) "Mutaciones del estado unitario en América latina. Nuevos rasgos metodológicos para el estudio de los procesos de descentralización". *Revista General de Derecho público comparado*. Pp. 1-42.
- Pearson, Z. (2001). "An International Human Rights Approach to Corruption". En: Larmour, P & Wolanin, N. (eds.). *Corruption and Anti-Corruption*. Canberra: Asia Pacific Press. Pp. 30-61.
- Pegoraro, L. (2017). "América Latina como categoría y objeto de comparación. Coordenadas metodológicas para el estudio comparado de los sistemas jurídicos latinoamericanos". *Pensamiento Constitucional*. Vol. 22 (22). Pp. 175-202.
- Peters, A. (2018). "Corrupción y derechos humanos". En: Tablante, C & Morales, M. (eds). *Impacto de la corrupción en los Derechos Humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Pp. 23-82.
- Petrillo, P. (2022). *Teorías e técnicas de lobbying*. San Pablo; contracorrente.
- Pisicchio, P. (2017). "Codici etici e parlamenti". En: Pisicchio. (ed). *Una prospettiva comparata*. Milán: Cedam.
- Pisicchio, P. (2017). "II Codice etico dei parlamentari in Indonesia". *Forum di Quaderni Costituzionali*.
- Rotberg, R. (2019). *Corruption in Latin America*. London: Springer.
- Sacco, R. (1992). *Introduzione al diritto comparato*. Torino: Giappichelli.
- Sacco, R. (2005). *Introduzione al diritto comparato*. Torino: Giappichelli. 6ª ed.

- Sacco, R. (2015). *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*. Bologna: il Mulino.
- Sartoretti, C. (2018). *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato, Indirizzo politico e mercato nel mondo latino-americano*. Bologna: Bologna University Press.
- Scarciglia, R. (2020). *Diritto amministrativo comparato*. Torino: Giappichelli Editore.
- Stephen, M. (2008). "Disaggregating Corruption: A Comparison of Participation and Perceptions in Latin America with a Focus on Mexico". *Bulletin of Latin American Research*. Vol. 27 (3). Pp. 388-409.
- Tushnet, M. (2021). *The New Fourth Branch. Institution Protecting Constitutional Democracy*. Cambridge University Press.
- Valadés, D. (2018). *El gobierno de gabinete y los gobiernos de la coalición*. Mexico.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Valadés, D. (2022). "Consideraciones teóricas sobre reconstitucionalismo y corrupción". En: Hernandez, A & Valadés, D. (eds). *La Constitución y el combate a la corrupción*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Pp. 331.
- Valim, R. (2017). "Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo". Vol. 5(9). *Hoplos, revista de estudos Estratégicos e Relações Internacionais*.
- Vannucci, A. (2012). *Atlante della corruzione*. Turín: Gruppo Abele.
- Volpi, M. (2022). *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*. Turín: Giapichelli.
- Wisnaeni F & Hrawati R. (2020). "The Politics of Law of Pancasila-based Democracy in Indonesia as the World's Third Largest Democracy". *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*. Vol 9 (4). Pp. 39-44.
- Zaman, A & Raim, F. (2009). "Corruption: Measuring the Unmeasurable". *Humanomics*. Vol. 25 (2). Pp. 117-126.
- Zanin C., Zanin T. & Valim, R. (2020). *Lawfare-La guerra jurídica*. Buenos Aires: Astrea.

**2. LAS RESPUESTAS DESDE
ALGUNAS DE LAS PRINCIPALES
HERRAMIENTAS DEL
CONSTITUCIONALISMO
LIBERAL, SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO: ALCANCE
Y LIMITACIONES**

Capítulo 5

Las respuestas desde una aproximación formal al concepto de estado de derecho

HÉCTOR DAVID ROJAS VILLAMIL*

1. INTRODUCCIÓN

El estado de derecho, en cuanto modelo de organización del poder público, es visto como una de las garantías para evitar la arbitrariedad de la administración pública, para aumentar la autonomía individual y para realizar las finalidades públicas. En el primer caso, se hace referencia a las limitaciones que emergen de exigir que la función administrativa se subordine al imperio de la ley, es decir, que exista una habilitación jurídica que fije los límites competenciales de las autoridades. En el segundo caso, se hace referencia a la capacidad individual de ser los determinadores de nuestros proyectos a largo plazo, bajo la certeza y el pleno conocimiento del marco jurídico estable que regula y posibilita su realización. En tercer lugar, este concepto supone que el derecho es el instrumento para la consecución de las finalidades públicas cuando resulta eficaz, lo que supone que debe haber un alto grado de acatamiento tanto por parte de la administración como de la ciudadanía de las reglas del ordenamiento jurídico. En este sentido, contar con normas claras, transparentes, simplificadas, sistematizadas y accesibles a sus destinatarios es la precondition para que el derecho sirva su función de instrumento mediador para guiar la conducta y resolver los conflictos que suscita la interacción en el tráfico jurídico.

* Doctor de la Universidad de Bristol (UK). Magister en teoría jurídica de la misma Universidad. Profesor de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia).

Un déficit significativo en el funcionamiento del estado de derecho crea el riesgo de que el aparato institucional sea utilizado para promover finalidades espurias, que no atienden a la voluntad general ni a las finalidades constitucionales, lo que incentiva las transgresiones a los mandatos legales. Estos riesgos son relevantes para analizar medidas para prevenir el crimen organizado transnacional (COT) en cuanto la debilidad del estado de derecho crea un entorno favorable para la actividad ilícita. Si la función pública no se ejerce conforme a derecho, la aptitud institucional para reaccionar de forma efectiva y oportuna ante la actividad delictiva se ve afectada, las políticas para combatir el crimen no cumplirán sus objetivos y el riesgo de corrupción aumenta. Los estados en los que se focaliza de manera más profunda la operación de redes criminales suelen tener una mayor dificultad para establecer y mantener instituciones jurídicas estables y justas, pues existe un incentivo de desestabilizar la operación del sistema para eludir las consecuencias jurídicas a que habría lugar bajo un estricto acatamiento del imperio de la ley.

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis de derecho comparado para evaluar las medidas que pueden ser adoptadas para lograr estándares más altos en el respeto a los ideales inherentes al estado de derecho. Metodológicamente el trabajo adopta una perspectiva de análisis conceptual, de descripción de sistemas jurídicos con perspectiva comparada y de construcción de una propuesta transversal. El primer punto, busca acotar conceptualmente el término estado de derecho, frente al cual no hay una univocidad en cuanto a su significado, alcance y contenido. Por el contrario, hay tanto a nivel doctrinal como político y jurídico amplios debates sobre la materia. En particular, en lo referente a concepciones formales y sustanciales del Estado de derecho, se encuentran posiciones doctrinales que ofrecen diversos marcos interpretativos sobre su naturaleza y elementos constitutivos. Este trabajo se enfocará en una concepción formal que parece brindar un campo de teorización apto para abordar la criminalidad transnacional. El objetivo de esta delimitación es aclarar conceptualmente esta noción con el objeto práctico de identificar ciertas variables que permitan definir unos criterios comunes de comparación. Las variables sugeridas se enfocarán en la mejora regulatoria con énfasis en los órganos especializados creados para llevar a cabo esta función y en los análisis de impacto normativo.

Estos criterios no agotan el concepto, pero como se justificará en la primera parte de este capítulo, tienen la ventaja pragmática de permitir elaborar unos indicadores objetivos para evaluar el desempeño de diversas jurisdicciones en lo atinente a ideales inherentes al estado de derecho. En segundo, lugar, el trabajo adopta un método descriptivo para dar cuenta de normas, políticas públicas o estrategias que son empleadas por diversos países en las dimensiones relevantes identificadas en el apartado conceptual, y en particular por la OCDE que ha tenido un rol significativo en el diseño de políticas domésticas de mejora regulatoria en las últimas décadas. Siguiendo la estrategia transversal del proyecto, se tomarán como referencias algunos países de la región (Argentina, Brasil, Chile y México) y ciertos países no latinoamericanos (España, Estados Unidos e Italia) para identificar fortalezas, relaciones y modelos comunes. Finalmente, con fundamento en los datos obtenidos se formulará un marco de recomendaciones generales producto del análisis de derecho comparado. Se debe resaltar que el escrito hará especial énfasis en el caso de Colombia, de forma que en las recomendaciones se hará una distinción entre aquellas aplicables a la región latinoamericana y con mayor especificidad aquellas aplicables dentro del sistema jurídico e institucional colombiano.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL PRELIMINAR

El concepto de estado de derecho no es pacífico y son tan amplios los debates en torno a él que hay quienes afirman que se ha tornado en un eslogan carente de un sentido preciso e incluso que es un concepto llamado en su estructura a estar constantemente en disputa (Raz, 2009; Shklar, 1987; Waldron, 2002). Como indica Chevallier (2015: 20) el neologismo *Rechtstaat* fue empleado a finales del siglo XVII por Johan Wilhelm Placidus dentro de la tradición kantiana para designar una organización política gobernada por la razón. El estado en este sentido se erige en la precondition para el ejercicio de las libertades individuales, de forma que su función no es la de promover fines últimos como la maximización de la utilidad, sino hacer prevalecer una mutua sujeción al principio de legalidad para evitar la

subordinación de los ciudadanos a voluntades privadas que pueden resultar inciertas, variables y arbitrarias.

De forma paralela, el concepto análogo de *rule of law* se encuentra teorizado en primer lugar por Dicey, que, escribiendo en el contexto de la Inglaterra victoriana del siglo XIX, apeló al término para hacer mención a un estándar que le impone al ejercicio del poder público limitaciones basadas en derechos naturales inherentes al ser humano, y que exige a la administración sujeción al imperio de la ley como si se tratase de un ciudadano. Como indica Loveland (2006: 58) esto supone la implementación de recursos judiciales para prevenir que el ejecutivo exceda los límites de la habilitación jurídica que se le haya reconocido. En ambas corrientes, los conceptos tuvieron un desarrollo genealógico que los han hecho oscilar entre visiones formales y sustanciales, sin que hoy en día exista una definición unívoca de la materia. En esta sección no nos enfocaremos en los aspectos históricos, sino que con una perspectiva de teoría jurídica buscaremos estipular una definición que sea sólida conceptualmente y a su vez útil para un análisis de derecho comparado.

Esta tarea preliminar es fundamental para poder adelantar esta investigación, pues son varios los riesgos que se corren al adoptar una definición específica de estado de derecho. En primer lugar, existe un riesgo de sobre inclusión, esto es, de concebir como parte de su naturaleza características sustanciales o formales tan amplias y diversas que vacíen de precisión el concepto. En segundo lugar, existe un riesgo de sesgo ideológico en el que se aprovecha la profunda adhesión en la cultura jurídica con respecto a este concepto para defender visiones políticas específicas, por ejemplo, de desregularización de la economía. Por lo anterior, resulta necesario hacer un análisis del concepto, a la luz de las teorías contemporáneas sobre la materia, para superar los problemas de ambigüedad y polisemia en el término.

Para los fines del presente escrito no es necesario dilucidar de forma plena esta discusión conceptual. No obstante, si es necesario encontrar unos rasgos mínimos que puedan ser objetivamente cuantificables para desarrollar una comparación entre sistemas jurídicos que sea consistente y a su vez guarde coherencia con el concepto de estado de derecho. En este sentido, por la finalidad práctica de la

investigación y su orientación hacia un análisis de derecho comparado se busca apelar a una noción que siendo consistente conceptualmente se muestre apta para identificar unos criterios específicos de comparación.

2.1. Los principios constitutivos del concepto de estado de derecho

Siguiendo a Waldron (2002), podemos dividir los principios del estado de derecho en sustanciales, formales y procedimentales. Estas tres dimensiones están interrelacionadas, en ocasiones siendo complementarias y brindándose mutuo apoyo, a pesar de que en ocasiones también pueden generar tensiones, como se mostrará en lo siguiente.

2.1.1. Los principios sustanciales

En esta aproximación, el estado de derecho se define como aquel que en su estructura materializa valores liberales y democráticos en oposición a otras formas de ejercer el poder político, por ejemplo, el estado absolutista o teocrático. En este sentido, el estado de derecho es aquel en que las autoridades se ven limitadas en el ejercicio de sus funciones por el respeto a los derechos fundamentales y libertades individuales, en el que la administración se subordina al imperio de la ley y existen recursos para su control judicial, en el que existen jueces independientes que velan por la aplicación de la ley y por la prevalencia de la jerarquía constitucional que se sostiene por procedimientos democráticos.

Los criterios sustanciales no están exentos de debate. En primer lugar, se discute qué aspectos deben ser incluidos y cuáles excluidos, pues en el listado que se consolide se puede estar definiendo la naturaleza del estado de derecho en visiones políticas y económicas sustanciales. Por ejemplo, es debatible si los derechos de propiedad y la libertad de empresa están en el núcleo sustancial del estado de derecho. Para defensores del liberalismo económico como Hayek (2011) la desregularización de la economía y el libre funcionamiento de los mercados forman parte del ideal exigido por la *rule of law*. En segun-

do lugar, como indica Raz (2009), al incluir un espectro tan amplio de valores liberales se corre el riesgo de convertir el concepto en una categoría de “sombrija” que los engloba, que termine vaciando la dimensión valorativa que le es propia y que es discernible de ideales como la democracia, la independencia judicial o la supremacía constitucional. Para ahondar más en este punto en la siguiente sección se presenta esta visión formal.

2.1.2. Los principios formales

En esta categoría encontramos principios que hacen referencia a ciertas características que es deseable que las normas jurídicas ostenten. En este sentido se puede enunciar los criterios fijados por Lon Fuller (1969), quien afirma que para garantizar el imperio de la ley el sistema debe componerse de normas generales, públicas, prospectivas, inteligibles, consistentes, practicables, estables y congruentes. Esta visión formal se abstiene de comprometerse con valores sustanciales o políticos, de forma que el estándar puede ser satisfecho incluso por estados que no se ajusten a los ideales de las sociedades liberales y democráticas. Esta aproximación, lejos de debilitar la noción de estado de derecho la aclara y le da especificidad reconociéndole una dimensión propia. Como señala Raz (2009), el imperio de la ley es apenas una de las virtudes que debe satisfacer un sistema jurídico justo y el hecho de que sea deseable que todas ellas se materialicen en conjunto, no significa que no haya lugar a distinciones conceptuales. En este sentido, si bien un estado debe respetar los derechos humanos y las libertades individuales, tener una clara separación de poderes y permitir el funcionamiento de un sistema democrático, para la visión formalista, estos importantes valores no son inherentes a la idea de estado de derecho.

Para Raz (2009), la importancia de la dimensión formal está en que las características mencionadas son necesarias para que un sistema jurídico pueda operar con respeto a la dignidad humana, es decir, imponiendo reglas de conducta que aplican a sujetos autónomos que pueden formar planes y proyectos sobre su futuro de forma autónoma. La frustración de las expectativas legítimas o la incertidumbre sobre el funcionamiento jurídico resultan una afrenta a la auto-

mía individual. La ley debe ser susceptible de ser conocida por los destinatarios, quienes deben confiar en una relativa estabilidad del marco normativo para poder definir sus cursos de acción libremente, pudiendo hacer cálculos sobre las consecuencias jurídicas que les serán aplicables y así definir la mejor manera de perseguir sus objetivos y realizar un plan de vida propio.

Así mismo, señala Raz (2009) que los aspectos formales en mención tienen una importancia instrumental en cuanto su acatamiento genera una tendencia a la realización de las finalidades buscadas por medio de la ley. Cuando las normas satisfacen estos criterios se aumenta la probabilidad de acatamiento y esto es favorable para que el sistema jurídico cumpla sus objetivos. Por supuesto, esta cualidad instrumental es indiferente a si las finalidades de un sistema jurídico son justas o no, puesto que el respeto a la ley puede ser también conducente a la materialización de estados de cosas injustos. En este caso el déficit de dicho ordenamiento está en no respetar estándares sustanciales de justicia, más no en la sujeción al principio de legalidad.

Una de las objeciones comunes a esta aproximación es que el énfasis en la dimensión técnico formal del concepto puede conducir a aplicar el término estado de derecho a asociaciones políticas autoritarias. En este sentido, Pérez Luño (2010: 249) sostiene que es necesaria una aproximación híbrida que conjugue valores ideológicos sustanciales con los aspectos formales para evitar la afectación a los derechos individuales. Raz (2009) por el contrario ofrece una aproximación más neutral en la que un estado no liberal, siendo objetable por violar valores como el reconocimiento de las libertades individuales o los derechos políticos, puede no obstante satisfacer los requisitos del *rule of law* de manera plena. Entre las consecuencias de esta posición destaca la de evitar exagerar su importancia, en el sentido de que es un principio más que debe ser ponderado con otros. Piénsese por ejemplo en la circunstancia en la que se frustran expectativas legítimas basadas en normas profundamente injustas. En este caso, las cualidades formales de estabilidad y prospectividad de la ley podrán verse comprometidas, pero si hay razones de justicia de suficiente peso, puede ser admisible la afectación a la plena aplicación de la seguridad jurídica. Por el contrario, si se utiliza una noción más robusta de estado de derecho es difícil plantear estas tensiones

y los posibles escenarios de ponderación, pues en este caso tanto la seguridad jurídica como la justicia sustancial están del mismo lado de la balanza.

2.1.3. Los principios procedimentales

Waldron (2002) ha formulado esta tercera categoría para incluir en ella garantías procesales que no están necesariamente incluidas en las dimensiones sustanciales y formales. En este sentido, el respeto al imperio de la ley supone restricciones al poder público mediante la imposición de procedimientos que deben agotarse para que el estado pueda legítimamente desplegar su aparato coercitivo y sancionatorio. Así, el estado de derecho exige que las personas sólo sean juzgadas por jueces imparciales, y puedan ejercer la defensa técnica, el derecho de contradicción, el derecho de audiencia y la no autoincriminación, entre otros. Nótese que, a diferencia de la aproximación formal, el enfoque no está en las cualidades o características de las normas, sino en los procedimientos mediante los cuales se aplican. Para Waldron, hay una diferencia entre los fundamentos de ambas visiones. Mientras que el formalismo se funda en una idea de dignidad humana reflejada en la autonomía individual, el enfoque procesal se justifica en el reconocimiento y deferencia a la inteligencia y racionalidad de los destinatarios de las normas.

Por ser el derecho una disciplina argumentativa, al establecer procedimientos adversariales para debatir y argumentar jurídicamente sobre las consecuencias de nuestra conducta, el sistema reconoce al ciudadano como un partícipe hermenéutico que puede poner en cuestión el entendimiento de las normas que se le pretenden imponer. Los procedimientos y las garantías que les son inherentes reflejan este respeto por la racionalidad y facilitan su ejercicio. En la visión de Waldron (2002) esta cualidad permite a los estados de derecho hacer partícipes a los ciudadanos del ejercicio del poder público, no sólo en el sentido democrático del término, sino en el jurídico hermenéutico. Esta fundamentación se perdería de vista si sólo se acogieran las visiones formales y sustanciales, pues la primera se limita a un compromiso con la estructura de la norma y la segunda

con valores últimos, sin que consideren a los procedimientos como aspectos definitorios.

2.1.4. Conclusión sobre las aproximaciones conceptuales

Como se ha evidenciado, el concepto de estado de derecho puede ser interpretado de diversas maneras. Para efectos del análisis de derecho comparado que será desarrollado en la siguiente sección adoptaremos una perspectiva formal en la que el énfasis está en las cualidades de la norma. Esto se justifica en los siguientes criterios:

1. Desde el punto de vista práctico de la investigación, apelar a una visión formal nos permite identificar unos criterios precisos de comparación desde la perspectiva de la función administrativa y legislativa. Como se ha indicado, un estudio comparado del estado de derecho en múltiples jurisdicciones puede oscilar desde un análisis de los mecanismos de control de constitucionalidad y legalidad hasta aquellos de operación de los órganos de control del ejercicio del poder público. No obstante, la visión formal nos permite hacer énfasis principalmente en la actividad regulatoria de la administración, la actividad legislativa y los órganos institucionales que pueden mediar como instancias de promoción y supervisión de la calidad de la regulación. En cuanto a las mejoras en regulación se busca que la administración, al ejercer su actividad reglamentaria, cumpla con estándares altos de claridad y simpleza para evitar la proliferación de normas sin organización y redacción deficiente. Es fundamental observar que la interrelación del ciudadano con la administración es constante y permea de forma directa sus actuaciones en el tráfico jurídico y económico, por lo que la adecuada operación del estado de derecho en este nivel es de la más alta importancia, tanto por los impactos generales que esto puede tener en el crecimiento económico y condiciones de prosperidad, como en la realización de libertades individuales económicas y el aumento de la autonomía del ciudadano. Por tratarse de estrategias que están siendo promovidas por organismos multilaterales como la OCDE, existen unos parámetros transversales de evaluación que en buena medida capturan el núcleo de la visión formal arriba expuesta.

2. La visión formalista da especificidad al objeto de estudio. Nótese que la visión sustancial abarca tantos tipos de valores distintos que cualquier esfuerzo por hacer una comparación entre sistemas jurídicos sería demasiado extenso. Supondría comparar ámbitos tan diversos como el funcionamiento de la democracia, del sistema judicial y de la protección de los derechos fundamentales, entre otros. Por el contrario, la visión formal nos invita a enfocarnos exclusivamente en las cualidades de la norma. Esta especificidad no sólo acota la investigación, sino que cubre un área que puede ser pasada por alto en aproximaciones sustanciales más ambiciosas que dan preponderancia a otros valores.

3. A pesar de que el formalismo parece tener una connotación negativa en cierto uso del lenguaje jurídico, se debe resaltar que el positivismo jurídico contemporáneo ha buscado mostrar que un compromiso con las cualidades formales de la ley puede fundamentarse en la promoción de valores sustanciales. Por ejemplo, tal y como se expuso arriba, Raz (2009), Fuller (1969) y Waldron (2002) ven en el respeto al *rule of law* en su sentido formal y procedimental una precondition para el respeto a la dignidad humana y su racionalidad. Esto muestra que un enfoque formalista puede estar justificado por razones morales y de justicia. En este punto es relevante indicar que en ocasiones el formalismo en lo referente a la mejora regulatoria se asocia con la primacía de una racionalidad económica en la que las cualidades que deben tener las normas se identifican con aquellas que amparan el buen funcionamiento de los mercados y de las libertades económicas. Este puede ser el caso, pero también lo es que puede haber una pluralidad de valores, que se materializan cuando las normas son inteligibles y dotan al sistema de coherencia y sistematicidad, y que no se pueden reducir a la simple perspectiva económica (como, por ejemplo, la autonomía individual)¹.

Hechas estas aclaraciones conceptuales en la siguiente sección iniciaremos el análisis de derecho comparado buscando las mencionadas estrategias de mejora regulatoria. La temática es amplia y abarca todo el ciclo regulatorio, el cual incluye aspectos como el análisis de impacto normativo (ex post y ex ante), la consulta pública, la utilización de nuevas tecnologías, la depuración o simplificación normativa, los estándares de calidad regulatoria, las técnicas de redacción y

las codificaciones, entre otros. Por la extensión de la materia el escrito se enfocará en dos criterios. En primer lugar, se abordará una dimensión orgánica de análisis que busca contrastar qué instituciones, órganos o dependencias se pueden identificar en los países de referencia que tengan como función promover, supervisar e implementar estrategias para lograr una mejora regulatoria, particularmente en la administración pública. En segundo lugar, se hará énfasis en la forma en que se ha buscado regular los análisis de impacto normativo o regulatorio. Las dos categorías son complementarias, formales y constituyen criterios robustos de comparación por las manifestaciones a nivel institucional y normativo que generan.

Para iniciar identificaremos la forma en la que la OCDE ha abordado estos dos conceptos en sus recomendaciones de buenas prácticas. Posteriormente haremos el análisis de los países de referencia fuera de la región latinoamericana, para luego observar la forma en la que la materia ha sido regulada en los países de la región.

3. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

3.1. Primera aproximación

En esta sección el objetivo es describir la forma en la que organismos multilaterales como la OCDE y diversos países han regulado las dimensiones orgánicas y de análisis de impacto normativo. Una anotación preliminar debe ser hecha. Los países elegidos para el análisis forman parte de la OCDE. Se debe recordar que la membresía a este órgano supone la aceptación a nivel interno de sus estándares legislativos y de política pública, por lo que es normal que se encuentren coincidencias y acercamientos similares a la mejora regulatoria. Incluso, los países para ser aceptados como miembros deben cumplir con algunos compromisos que se constituyen en condicionamientos para ingresar a la OCDE. En cumplimiento de dichos compromisos los países tienden a iniciar el camino hacia las reformas normativas y de buenas prácticas. Por lo anterior se evidencia cierta homogeneidad en las aproximaciones de estos ordenamientos en la materia y, lejos de ser las recomendaciones de la OCDE distantes o novedosas, forman parte de agendas que se han ido implementando en la re-

gión. Por ejemplo, en la exposición de motivos del Decreto Supremo de Perú 063-2021-PCM, sobre mejora regulatoria se indica lo siguiente:

Durante la década de los noventa, la OCDE jugó un rol importante para colocar en la agenda de los países miembros el desarrollo de la reforma regulatoria. La mejora de la calidad de la regulación como un instrumento de gobernanza se ha convertido en un elemento central de la mayoría de reformas implementadas por los países para fomentar la inversión y promover el crecimiento económico [...].

Igualmente, la OCDE ha sido la impulsora de estudios y documentos que han servido como fundamento para las reformas que han sido incorporadas en la región y sirven para la motivación de las normas que las implementan. Por ejemplo, en el Decreto 1468 (2020) de Colombia se encuentra el siguiente considerando:

Que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) realizó el estudio sobre la política regulatoria en Colombia: «Más allá de la simplificación administrativa», recomendando, entre otros aspectos, desarrollar un conjunto común y obligatorio de estándares y requisitos administrativos para preparar regulaciones de la máxima calidad, sustentadas en evidencia.

Es fundamental aclarar este punto, pues tiene importancia metodológica respecto al análisis de derecho comparado que se pretende desarrollar. No estamos ante estados con ordenamientos jurídicos aislados e inconexos, sino que por el contrario se evidencia que los esfuerzos de mejorar la calidad regulatoria en los países de referencia ha sido objeto de una agenda transversal de décadas atribuible de forma significativa a la OCDE. Por lo anterior, es evidente que las estrategias y buenas prácticas recomendadas por este organismo multilateral están inmersas en muchas de las grandes reformas de los países que serán objeto de estudio y es difícil trazar una línea tajante entre sus aproximaciones.

En este sentido, a pesar de tratarse de un análisis de derecho comparado, se evidencian unos lineamientos comunes y con cierta identidad entre sí. Las recomendaciones de este organismo multilateral permean las legislaciones desde hace años, por lo que más que ubicar soluciones novedosas que puedan simplemente ser trasladadas a las legislaciones internas, se encontrará en la descripción del estado

actual de la legislación de los países objeto de estudio una muestra de diversas formas en las que esos lineamientos de la OCDE han sido aplicados de forma concreta. Las normas que son objeto de comparación dan cuenta de diversas experiencias que reflejan los entendimientos y estrategias domésticas para adoptar esas buenas prácticas a nivel interno. Por lo anterior, la aproximación metodológica es la de hacer descripciones sobre la forma en la que se han implementado los estándares resaltando sus rasgos particulares y observando qué características de los modelos analizados resultan interesantes para ser replicadas en otros ordenamientos. Es de esas aplicaciones concretas de los estándares internacionales de donde se pueden obtener los insumos más relevantes sobre qué estrategias de implementación son exitosas y cuáles demuestran limitaciones.

Asimismo, tampoco se adopta una perspectiva en la que se espera encontrar en el norte global las respuestas a las problemáticas del estado de derecho en el sur. La misma OCDE (2020) ha insistido en la importancia de ser sensibles en la aplicación de sus estándares a los patrones sociales, culturales, jurídicos y políticos de cada país. En este sentido, las estrategias serán resaltadas no por su origen geográfico, sino por su capacidad técnica e innovadora para solventar los problemas en materia regulatoria².

Asimismo, se debe aclarar que respecto a los organismos multilaterales el escrito se enfoca exclusivamente en la OCDE. Esto se justifica en primer lugar en que es este organismo el que más ha impulsado las reformas en materia de mejora regulatoria y ha recibido reconocimiento por los países de referencia como lo demuestra el hecho arriba referido de que sus diagnósticos, estudios y estándares están sirviendo directamente para motivar de forma expresa las reformas internas.

² Lo anterior está a tono con la recomendación de la OCDE que, en lo relacionado con el análisis de impacto regulatorio (IRA), afirma lo siguiente: “La gobernanza del análisis de impacto regulatorio bajo un adecuada configuración o diseño – incluyendo a la integración con otras herramientas de administración regulatoria, ajustada al sistema legal y administrativo y la cultura del país, asegurando calidad en la supervisión y una aproximación proporcional a la importancia de la regulación y en la asignación de responsabilidades por el impacto regulatorio (traducción propia).”

En segundo lugar, porque una institución como el Banco Mundial ha tenido escándalos de corrupción referidos a su diseño de una métrica de medición de cumplimiento con el principio de legalidad. El denominado reporte *Doing Business Report*, que fue desarrollado anualmente como un instrumento técnico para hacer comparaciones entre los países en dimensiones como cultura de la legalidad, acceso a la justicia, funcionamiento del sistema penal, entre otros, fue manipulado por funcionarios del organismo buscando favorecer a países al mejorar su posición en el ranking con el objeto de mostrar un mejor funcionamiento institucional y lograr aumentar la inversión extranjera. De tal envergadura fue el suceso que el mismo Banco Mundial tuvo que suspender el reporte que se venía haciendo anualmente³. Por lo anterior, aunque los reportes serían insumos relevantes para el tema del estado de derecho, no resulta información confiable ni ética para el desarrollo de la investigación. El escándalo

³ Según el Banco Mundial: “Después de revisar toda la información disponible a la fecha contenida en el Doing Business, incluidos los hallazgos de revisiones pasadas, auditorías y el reporte emitido por el Banco el día de hoy a nombre de los Directores de la Junta Ejecutiva, el grupo administrativo del Banco Mundial ha tomado la decisión de discontinuar el reporte Doing Business” (traducción propia). Vid.: <https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report#:~:text=After%20reviewing%20all%20the%20information,discontinue%20the%20Doing%20Business%20report>. Así mismo, la edición del Washington Post del 22 de septiembre de 2021 se refirió al tema en los siguientes términos: “In particular, the report specifies how World Bank CEO Kristalina Georgieva — now the president of the International Monetary Fund — allegedly played a prominent role in fiddling with the index. The report makes clear that the initial ranking would have shown China dropping from 78th to 85th in the DB index at a sensitive time for the bank, which was trying to earn Chinese backing for a capital campaign. In essence, the report says, Georgieva ordered the “Doing Business” staff to jerry-rig its 2018 ranking so as to inflate China’s standing. [...] The report states that “Georgieva also chastised the Bank’s then-Country Director for mismanaging the Bank’s relationship with China and failing to appreciate the importance of the Doing Business report to the country.” The World Bank senior director in charge of the index acknowledged to Wilmer Hale that his leadership team had “made ‘judgment calls’ to push the data in a certain direction to accommodate geopolitical considerations” and that Georgieva “thanked him for doing his ‘bit for multilateralism”.

pone en duda la fiabilidad de los diagnósticos y hace un imperativo ético alertar del suceso, y no replicar los resultados del reporte hasta que el organismo multilateral no adopte medidas que garanticen su objetividad e integridad en el diseño e implementación de la métrica⁴.

3.2. Los organismos multilaterales: la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

3.2.1. La dimensión orgánica

La OCDE ha insistido en la importancia de que los países establezcan órganos de supervisión regulatoria (*Regulatory Oversight Bodies (ROBs)*) que operen de forma transversal a la administración pública para verificar que en su gestión están adoptando las medidas, procedimientos y mecanismos de coordinación necesarios para la mejora regulatoria. En esta línea, se puede observar que se trata de una aproximación en la que se hace una distinción entre los implementadores de las mejoras regulatorias y los órganos de supervisión, los cuales pueden de una manera holística hacer seguimiento, mediar para una mejor coordinación e incentivar a la administración a sujetarse a los estándares para una buena regulación. Así, la OCDE en el documento *Regulatory Policy Outlook 2021* menciona que la supervisión regulatoria cumple con los siguientes propósitos: (a) control de calidad de las herramientas de gestión regulatoria; (b) emisión de guías y estándares para facilitar la implementación de estas herramientas dentro

⁴ Se debe aclarar que lo anterior se predica exclusivamente del Doing Business Report, y no de los demás índices, reportes, estadísticas o informes de recomendaciones que emite el Banco Mundial, pues es frente a este caso particular que se han constatado de forma pública y con pruebas conductas específicas de corrupción. Por lo anterior, es razonable y útil en otras materias relevantes para este proyecto la utilización de aquellos datos que gocen de fiabilidad emitidos por este organismo. Vale la pena indicar que la reacción de la junta ejecutiva fue la de reconocer el suceso, suspender el reporte y rendir cuentas; por lo que no es dable generalizar las objeciones arriba expuestas.

del sector público; (c) coordinación de la política regulatoria; y (d) desarrollo de una evaluación integral de esta política.

La OCDE (2021) recomienda que la supervisión se haga a través de las siguientes tres dimensiones para tener así una evaluación integral: las evaluaciones de impacto regulatorio, la participación de actores relevantes y la evaluación ex post de la regulación. Es importante indicar que la OCDE (2021) reconoce que hay múltiples órganos que son relevantes para que se lleve a cabo la tarea de supervisión regulatoria como, por ejemplo, las oficinas internas de las entidades públicas, los centros de pensamiento o los ministerios, no obstante, recomienda el establecimiento de organismos de supervisión independientes en los que se ubique esa función de forma precisa y transversal. El rol de estos órganos de supervisión resulta fundamental en cuanto favorece la transparencia y la sistematicidad. En primer lugar, en su condición de agencias u órganos externos pueden tener acceso a la información de implementación de las herramientas de mejora normativa haciéndolas públicas y sometiénolas a examen de forma imparcial. En segundo lugar, permiten una agregación de datos y una implementación más precisa y sistemática al tener acceso de forma comparativa a los múltiples procesos regulatorios de las diferentes entidades públicas. Como todos los países miembros de la OCDE cuentan con organismos de supervisión de este tipo, el análisis comparado se orientará hacia las características propias de estos órganos en los diferentes ordenamientos jurídicos objeto de estudio con miras a identificar estrategias para robustecerlos o reformarlos.

3.2.2. El impacto regulatorio

En el documento del año 2020 denominado *Best Practice Principles for Regulatory Policy*, OECD, la OCDE abordó aquellos estándares que deberían regir, entre otros aspectos, las evaluaciones de impacto regulatorio. Dentro del núcleo mínimo que deben incluir este tipo de evaluaciones, se incluyen aspectos como su realización temprana dentro del ciclo regulatorio, la identificación de las metas y objetivos perseguidos, la valoración de las posibles alternativas (incluidas aquellas que no sean de naturaleza regulatoria), el adecuado análisis de costo-beneficio, la fundamentación empírica y científica de la re-

gulación y su transparencia. Dentro de este marco la OCDE ha planteado en el documento en mención cinco principios para el análisis de impacto regulatorio.

En primer lugar, está el principio de compromiso que busca que los gobiernos se comprometan a hacer pública la concepción de buena regulación que se pretende promover, y a implementar análisis de impacto regulatorio creíbles dentro de un plan de largo plazo dirigido a mejorar la calidad normativa bajo instancias que supervisen su objetividad e idoneidad. Como desde el punto de vista socio político puede haber intereses que se opongan a la mejora regulatoria, es necesario generar un mayor grado de compromiso político, tanto dentro de la administración pública como en la sociedad civil (OCDE, 2020).

En segundo lugar, sugiere la OCDE un principio aplicable a la gobernanza del análisis regulatorio el cual requiere que se adopte una perspectiva integral en la que este instrumento se vea como una etapa que debe: (a) ser complementaria con otras herramientas (como la consulta pública o la evaluación ex post); (b) ser proporcional a la importancia de la regulación; y (c) contar con responsabilidades claramente definidas. Según la OCDE, los instrumentos de mejora regulatoria deben atender a la cultura legal y administrativa del país en cuestión, lo que refuerza la idea de que la simple reproducción irreflexiva de estrategias de un sistema jurídico en otro puede hacer que se pasen por alto matices y diferencias relevantes para la exitosa implementación de una política regulatoria. Asimismo, sobresale que este principio propenda por hacer aplicable el análisis no sólo en el ámbito meramente administrativo, sino hacerlo también extensivo a la actividad legislativa (OCDE, 2020).

El tercer principio hace referencia al fortalecimiento de capacidades y responsabilidad de la administración. El parámetro en este punto se dirige a entrenar a los servidores públicos para que adquieran la competencia técnica para desarrollar los respectivos análisis de impacto regulatorio, a que se publiquen guías y documentos oficiales para una finalidad pedagógica y a que se evite que se exceptúen regulaciones del análisis (OCDE, 2020).

El cuarto principio se orienta hacia el aspecto metodológico para el desarrollo de la evaluación de impacto. Si bien la OCDE en el documento en mención dice que no se debe considerar al análisis cuantitativo de costo-beneficio como la única metodología, si hay una fuerte inclinación hacia este tipo de instrumentos. Se indica que es fundamental que exista plena certeza del objetivo que se persigue y de las diferentes alternativas para perseguirlos, garantizando que este análisis se desarrolle en una etapa temprana del proceso de regulación, tome en consideración a los actores con intereses o afectados por la materia y se lleve a cabo de forma recurrente (OCDE, 2020).

Finalmente, el monitoreo, evaluación y mejoramiento del análisis de impacto regulatorio se erigen en el quinto principio que implica que el mismo instrumento de análisis debe estar sujeto a valoración, es decir, en cuanto instrumento para la mejora de la calidad regulatoria el análisis debe también ser objeto de evaluación para conocer de su idoneidad, efectividad y funcionalidad (OCDE, 2020).

3.3. Sistemas no latinoamericanos

3.3.1. Estados Unidos

3.3.1.1. La dimensión orgánica

La *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) es la instancia que se encarga, entre otras cosas, de la revisión de los proyectos regulatorios. Se trata de una oficina federal que forma parte de la agencia denominada *Office of Management and Budget* (OMB), que a su vez está ubicada en la Oficina Ejecutiva del presidente estadounidense. Su creación tuvo lugar por medio de la *Paperwork Reduction Act* (1980) y sus funciones han sido definidas por medio de la Orden Ejecutiva 12866 (1993), que contiene muchos de los estándares que la OCDE promueve actualmente. Por ejemplo, en su sección 1, establece como su “filosofía regulatoria” el buscar que sólo se regule cuando la ley lo haya requerido, cuando la ley necesite interpretación o cuando existan necesidades públicas significativas bajo un análisis que valore los costos y beneficios de la regulación y que tome en consideración

todas las alternativas potenciales, incluida aquella de no regular. El criterio para elegir entre las opciones regulatorias deberá ser la maximización del beneficio neto que resulte de su implementación.

La sección 2 define a la OIRA como un repositorio de experticia en materia regulatoria, incluidos los aspectos metodológicos y procedimentales. Una de las funciones de esta oficina es propender por la coherencia entre las regulaciones proferidas por las diversas agencias, de forma que si alguna de ellas considera que dentro de la agenda regulatoria de otra agencia se ha planificado la expedición de una regulación que contravenga sus propias políticas podrá informar a la OIRA para que cumpla un rol mediador. Lo anterior también puede hacerlo de oficio si encuentra que alguna regulación va en contravía de las prioridades presidenciales o la regulación de otra agencia. Dentro de su función de coordinación, la OIRA también tiene a su cargo el presidir un Grupo de Trabajo Regulatorio que está conformado por los directores de las agencias con mayor responsabilidad regulatoria. Esta instancia sirve como un foro para asistir a las agencias tanto en los aspectos de innovación, como en la dimensión metodológica para la formulación de la regulación y la evaluación del riesgo, la utilidad y la eficacia. La OIRA también evalúa el programa de prioridades regulatorias (que todas las entidades le deben remitir para su revisión cuando hay alguna regulación que por disposición legislativa deba ser expedida, suprimida o modificada) para darle mayor eficacia, simplicidad y consistencia.

3.3.1.2. *El análisis de impacto regulatorio*

El *Paperwork Reduction Act* (1980) reguló igualmente lo referente a las obligaciones de las agencias sujetas a la coordinación de la OIRA. En primer lugar, se les impone la obligación de formular un plan regulatorio en el que se identifiquen aquellas regulaciones de mayor importancia que pueden requerir supervisión. El listado está sujeto a la aprobación de la OIRA, que es la última instancia de decisión respecto a qué regulaciones son significativas y ameritan ser sujetas al análisis regulatorio. Esto es interesante en cuanto que las agencias no deciden unilateralmente el grado de importancia e impacto de la

regulación, sino que existe una oficina externa e independiente que decide sobre la materia.

Una vez acotada la lista de regulaciones significativas se exige a las agencias que respecto a ellas alleguen un análisis de costo-beneficio, particularmente orientado a mostrar su impacto sobre el funcionamiento de la economía y de los mercados. Junto al anterior, las agencias deben también anexar una evaluación de costo-beneficio de medidas alternativas con el objeto de poder hacer una comparación entre las diversas opciones regulatorias. Lo anterior supone que las agencias deben justificar en dicho análisis los motivos de preferir una regulación sobre las demás. La norma establece cierta flexibilidad cuando se trate de circunstancias en las que la ley exija a las agencias actuar de manera más expedita o si existe un término perentorio señalado por alguna autoridad judicial.

Un último aspecto relevante de esta norma, que ha tenido gran influencia tanto en los estándares de la OCDE como en las legislaciones de diversos países, consiste en el requerimiento de que las agencias consulten dentro del proceso regulatorio a las partes que resultarán afectadas (las cuales pueden ser autoridades del orden local o de la sociedad civil). La finalidad es que todos aquellos que reciban beneficios o cargas puedan manifestarse sobre la conveniencia de la regulación. El periodo fijado para comentar las regulaciones es de mínimo 60 días.

3.3.2. España

3.3.2.1. La dimensión orgánica

En el caso de España, el Real Decreto 1081/2017 creó la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, que tiene la función de emitir un informe sobre cada proyecto de ley (orgánica u ordinaria), real decreto-ley, real decreto legislativo y real decreto de carácter reglamentario. El informe verifica que el proyecto normativo se ajusta a los parámetros establecido en el art. 26.9 de la Ley 50 (1997), referente a la coordinación y la calidad de la actividad normativa. Dentro de los estándares de revisión, la norma se refiere a la calidad técnica, la congruencia con el resto del ordenamiento jurídico, es decir,

su sistematicidad, la precisión de las disposiciones derogatorias, y su grado de consistencia con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación. De igual manera se adelanta una evaluación de la concordancia de cada proyecto con la Constitución y el ordenamiento comunitario de la Unión Europea.

Conforme a lo establecido en el art. 7 del Real Decreto 1081/2017, el informe no resulta vinculante. Sin embargo, la entidad que expide la regulación o normativa deberá justificar en la memoria del análisis de impacto normativo los motivos por los que se aparta de lo conceptualizado por la Oficina.

Finalmente, es importante señalar que el informe debe también revisar la consistencia entre cada proyecto normativo y las recomendaciones de la OCDE, buscando con ello integrar, en la medida de lo posible, los estándares de los organismos multilaterales en la legislación interna. Solo así se explica la creación de esta etapa dentro del ciclo regulatorio, en la que se deben tomar en consideración esas recomendaciones, lo que no implica que deban ser acogidas, pero sí que por lo menos se debe justificar su inobservancia.

3.3.2.2. Análisis de impacto regulatorio

La materia es actualmente regulada por el Real Decreto 931/2017 el cual tiene por objeto lo atinente a la memoria de análisis de impacto normativo, documento técnico que debe acompañar a proyectos normativos de diferente naturaleza como leyes, reales decretos-leyes, reales decretos legislativos y normas reglamentarias. El art. 2 establece que la memoria debe: (a) especificar con claridad los fines que se persigue con la norma o regulación; y (b) contener una explicación (adicional a la motivación del proyecto) que dé cuenta de que la regulación es consistente con los principios de buena regulación, que se encuentran definidos en el art. 129 de la Ley 39/2015. La memoria debe hacer también un análisis jurídico que determine si la regulación es coherente y consistente con el sistema normativo, particularmente en el caso en que se coordine o afecte a normas comunitarias de la Unión Europea.

Asimismo, de acuerdo con los lineamientos de la OCDE, el art. 2 establece que se debe incluir un análisis de las diferentes opciones regulatorias, justificando la opción promovida y contrastándola con un escenario de no regulación. Además, cuando se busque adoptar una norma de rango legal dirigida a crear un nuevo trámite en lo relacionado con los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos (definidos en la Ley 39/2015), la memoria de análisis de impacto normativo deberá hacer además un examen de la eficacia, proporcionalidad y necesidad. Aunado a lo anterior, se debe realizar un análisis competencial y de habilitación jurídica en el que se ha dar cuenta del marco normativo que autoriza a la expedición del proyecto que se busca aprobar.

Pasando a la dimensión jurídica, el Real Decreto 931/2017 establece que se debe realizar un análisis del impacto económico de la normativa propuesta para revisar su impacto sobre los agentes y sectores económicos, así como también sobre los mercados y la competitividad. Lo anterior debe acompañarse de una evaluación presupuestal para observar el impacto de su aprobación en los ingresos y los gastos. Se indica también que se podrá desarrollar un análisis de costo-beneficio, pero su realización es potestativa salvo si así lo requiere una norma específica.

Finalmente, como rasgo distintivo del modelo español, se incluye un análisis del impacto por razón de género, en la infancia y adolescencia y en la familia⁵. Se debe indicar que es muy interesante la inclusión de estas dimensiones dentro de la evaluación regulatoria, porque se aparta de las visiones que centran exclusivamente su atención en la racionalidad económica, y expande el análisis a otros criterios de igualdad y protección de sujetos vulnerables. Esto no se encuentra en ninguno de los demás países analizados en este capítulo.

⁵ “Decreto 931 de 2017. Artículo 2: “[...] (f) Impacto por razón de género, en la infancia y adolescencia y en la familia. El impacto de género analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica. Asimismo, se realizará un análisis de los impactos en la infancia y adolescencia, y en la familia”

3.3.3. Análisis comparativo

En el caso de los Estados Unidos, encontramos la concepción del Estado regulador, esto es, un modelo de organización estatal en el que la administración pública evita intervenir directamente en la provisión de bienes y servicios, de forma que se deja dicha tarea de forma preponderante a la iniciativa privada, regida por las libertades económicas y contractuales para que en mercados competitivos se genere la oferta suficiente para satisfacer las necesidades ciudadanas.

Esta visión, basada en el liberalismo económico, asigna al estado un rol de regulador de las actividades por medio de agencias especializadas para garantizar fines como, por ejemplo, que los mercados se mantengan libres y competitivos. La lógica detrás consiste en que, así como la administración pública es austera en la prestación directa de servicios, también debe ser moderada en su tarea regulatoria. No debe haber una proliferación de normas del nivel regulatorio que afecten el principio de legalidad o que aumenten los costos de transacción de las operaciones de los particulares por la opacidad, ambigüedad o ineficiencia de la regulación. En este sentido, la calidad regulatoria es vista como una prioridad que se materializa en la necesidad de contar con un órgano transversal que apoye a las demás agencias para que se cumplan ciertos estándares de calidad regulatoria (esta es una concepción que ha tenido un amplio alcance a nivel global, pues la OCDE recoge en gran medida esta idea y la promueve dentro de sus estándares).

El caso español no es ajeno a esta influencia y adopta una idea similar de una agencia de calidad normativa, a saber, la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa mencionada. No obstante, sí existe una distinción entre ambos modelos, que está marcada por la visión más amplia de calidad regulatoria que se adopta en España, ya que en esta legislación no se restringe el análisis de impacto a una noción de eficiencia, sino que se busca también evaluar el impacto sobre el género, la infancia y la familia, aproximación que puede interpretarse como más cercana a un enfoque de derechos humanos que conviene ampliar y puede servir de base para las reformas a sugerir.

De esto resulta que, si bien un estado de derecho funcional favorece las interacciones económicas en mercados libres y competitivos, lo que puede aumentar la prosperidad socio económica de la pobla-

ción, desde otra perspectiva es fundamental observar que su importancia no tiene por qué limitarse a esta función instrumental que cumple en materia de eficiencia económica, sino que puede configurarse también como una garantía ciudadana y una limitación a la arbitrariedad administrativa.

3.4. Sistemas latinoamericanos

3.4.1. Argentina

3.4.1.1. La dimensión orgánica

Con respecto al sistema argentino, se debe hacer mención, en primer lugar, a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, que conforme a lo establecido en el Decreto 78/2000, tiene como responsabilidad primaria analizar con un criterio técnico los proyectos de ley, decretos, proyectos de actos administrativos y demás decisiones administrativas que deban ser sujetas a consideración del Presidente o de la Jefatura del Gabinete de Ministros. Tiene la facultad de devolver o reelaborar proyectos normativos no conformes con el marco legal. Asimismo, cumple con una función consultiva en virtud de la cual puede brindar asesoramiento a las entidades públicas en el desarrollo de anteproyectos regulatorios, pudiendo incluso encargarse de su redacción a solicitud de la Administración Pública Nacional.

En segundo lugar, se encuentra la Secretaría de Simplificación Productiva, perteneciente al Ministerio de Producción y Trabajo, cuyas funciones están especificadas en el Decreto 174/2018. Si bien muchas de sus funciones se orientan a la simplificación normativa (tema que es relevante para el estado de derecho, pero que no es una de las variables de análisis de este estudio), también tiene a su cargo la función de evaluar y revisar el marco regulatorio que pueda tener un impacto significativo sobre el sector productivo, la industria, el comercio y la inversión. En desarrollo de lo anterior, la Resolución 229/2018 estableció que esta Secretaría debería ser consultada por las dependencias del Ministerio de Producción respecto a normas regulatorias de alcance general que generen cargas o costos. La Se-

cretaría deberá emitir su concepto en un término de 10 días, y en caso de no hacerlo se puede seguir adelante con el trámite.

3.4.1.2. *El análisis de impacto regulatorio*

Como lo indicia la OCDE (2019), “[e]l gobierno de Argentina no ha adoptado un sistema estandarizado para una evaluación ex ante de los proyectos de ley”. Como resultado, es uno de los países de estudio que menos desarrollo normativo ha tenido en relación con la mejora regulatoria, lo que no significa que no exista un marco normativo relevante para el análisis de impacto regulatorio.

Así, por ejemplo, el Decreto 891/2017 adopta “buenas prácticas en materia de simplificación” y prevé que se procure en el diseño regulatorio la aplicación de una métrica del costo-beneficio de la medida (art. 9). Llama, sin embargo, la atención que el artículo utilice expresamente el verbo “procurar”, porque esto implica que no es una disposición vinculante. Así mismo, tampoco se establecen procedimientos, trámites, manuales o formatos para llevar a cabo el análisis.

Por su parte, el art. 5 establece que el Sector Público Nacional tenderá a realizar la evaluación regulatoria cuando corresponda. La utilización del verbo “tender” denota también la no obligatoriedad de la evaluación, aunado a la ambigüedad de no especificar en qué casos debe o no llevarse a cabo. La norma es breve y general, y no ahonda en estándares, metodologías o precisiones conceptuales sobre el análisis de impacto regulatorio.

3.4.2. **Brasil**

3.4.2.1. *La dimensión orgánica*

Recientemente el Decreto N° 11.159 (2022) estableció en su art. 119 que la Secretaria de *Acompanhamento Econômico* asume las funciones antes ejercidas por la Secretaria de *Advocacia da Concorrência e Competitividade*, dentro de las cuales se encuentra la de proponer medidas para la mejora de la regulación y del ambiente de los negocios. No obstante, como la OCDE (2022) ha señalado, la capacidad de su-

pervisión de esta Secretaría se ve limitada por no contar con una disposición legal o reglamentaria general que contenga unos objetivos para el desarrollo de esta función que operen independientemente de las fluctuaciones políticas.

Junto a este órgano, encontramos al *Conselho de Monitoramento e Avaliação* de Políticas Públicas (CMAP), que asume funciones referentes a la simplificación normativa y la digitalización (temas fundamentales dentro de la concepción procedimental del principio de legalidad). El CMAP, conforme a las funciones que le han sido atribuidas por el Decreto 9.834/2019, tiene una naturaleza consultiva en virtud de la cual evalúa las políticas públicas seleccionadas para este fin que sean financiadas por gastos directos o subsidios de la Unión (art. 1). Además, el Decreto N° 10.321/2020 ha establecido que dicha evaluación debe ser tanto ex ante como ex post. En cumplimiento de este mandato ha desarrollado desde 2019 varios ciclos anuales de evaluación con distintas entidades públicas y ha emitido varias guías de evaluación de políticas públicas.

3.4.2.2. *El análisis de impacto regulatorio*

Según la enmienda constitucional 109 (2021), que estableció en el nuevo art. 37.16, los órganos de la administración pública tienen la carga de realizar la evaluación de sus políticas públicas y en su desarrollo deben informar del objeto y de los resultados obtenidos. Llama la atención lo anterior, en cuanto que de los sistemas analizados es el único que ha elevado de forma expresa la evaluación regulatoria a nivel constitucional. Esto ciertamente da estabilidad a este estándar de buen gobierno y requiere que la normativa de inferior jerarquía se ajuste a lo allí dispuesto. Como se ha indicado, a nivel institucional el proceso de evaluación es liderado por el CMAP, que, según el Decreto 9.834/2019, tiene dentro de sus competencias: (a) definir los criterios relevantes para la selección de las políticas públicas a evaluar; (b) establecer un cronograma; (c) monitorear el proceso de evaluación; y (d) asesorar respecto a la metodología que debe ser usada para la implementación.

Las evaluaciones son recogidas en una plataforma de análisis de datos que permite su consulta para cruce de datos y para servir de

fuente de información técnica sobre las políticas públicas. Sin embargo, un aspecto importante del mencionado decreto es lo referente a la divulgación de los datos de la evaluación, en particular los datos sensibles o privados que pueda contener, estableciendo que la información se debe preservar en un ambiente seguro, anonimizando aquellos datos sensibles y respetando los estándares de protección de datos.

3.4.3. Chile

3.4.3.1. La dimensión orgánica

El proceso de mejora regulatoria desarrollado en Chile a través de guías de buenas prácticas y proyectos de ley de simplificación normativa, entre otras medidas, ha sido impulsado por la Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional (OPEN), perteneciente al Ministerio de Economía. De ahí que se denote un énfasis económico en la idea de simplificación, de manera que la duplicidad o la falta de transparencia del marco regulatorio son vistos como barreras a la competitividad y al crecimiento económico.

La oficina fue creada mediante el Decreto 118/2018, mostrando su art. 2 que es principalmente un órgano con funciones consultivas en materia de productividad, innovación, emprendimiento y política regulatoria, lo que le ha permitido dar lineamientos sobre mejora regulatoria, por medio de la “[g]uía para una buena regulación” (documento de buenas prácticas que explica la forma en la que se pueden abordar las distintas etapas del ciclo regulatorio para lograr la simplificación y eficiencia del sistema).

3.4.3.2. El análisis de impacto regulatorio

La mencionada guía, expedida en marzo de 2019 por Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, a través de la nueva Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional (OPEN), ahonda, entre otros aspectos, en la cuestión sobre la metodología del análisis. Así, se indica, en primer lugar, que la mejora regulatoria implica en sí misma un costo, por lo que se debe tener cuidado en no hacer que

su aplicación se más onerosa que los beneficios de llevarla a cabo. Esto implica que se debe utilizar de la forma más racional posible para evitar emplear recursos y personal del servicio público en análisis regulatorios que, en última instancia, no merezcan ser desarrollados. En este sentido, la guía afirma que no todas las regulaciones requieren análisis, como cuando el gasto de realizarlo es muy alto, la regulación no supone costos para sus destinatarios (haciendo superfluo el análisis) o se requiera mayor celeridad en su tramitación (casos de emergencia que necesiten respuestas rápidas). Esto supone un estudio de proporcionalidad para determinar, en primer lugar, es necesario desarrollar el análisis o es aplicable una exención

Lo anterior, ha llevado a que el modelo chileno se fundamente en tres niveles de evaluación, dependiendo de las consecuencias previsibles de la regulación. En primer lugar, en los casos en que la regulación no tiene costos para sus destinatarios se debe adelantar únicamente una evaluación preliminar recogida en un informe que indique esta circunstancia. Si el resultado de la evaluación preliminar refleja, por el contrario, que la regulación puede generar gastos en el sector(es) afectado(s), se debe pasar a evaluar la magnitud del impacto. Cuando los costos pueden ser objeto de medición, se ha de determinar si el impacto de la regulación se prevé que sea significativo, o no. En ambos casos se ha de completar un informe para estructurar el proyecto de regulación, constatar los supuestos en que se sustenta y justificar su adopción, siendo la única diferencia que el Informe de Alto Impacto debe contener además un análisis cuantitativo (análisis costo-beneficio y/o costo-efectividad, dependiendo de la información disponible) y un resumen ejecutivo.

En definitiva, resalta del modelo chileno el tener una guía que por un lado establece un estándar de evaluación transversal para la administración pública, lo que genera homogeneidad y la posibilidad de establecer comparaciones; y por otro lado, adopta una estrategia de diferentes niveles y estándares de evaluación, que varían conforme a un criterio de proporcionalidad que atiende al impacto, al costo y a la necesidad del análisis de mejora regulatoria.

3.4.4. México

3.4.4.1. *La dimensión orgánica*

La Ley General de Mejora Regulatoria, de 18 de mayo de 2018, busca articular la acción de los actores relevantes en la creación de regulación a través de un Sistema Nacional de Mejora Regulatoria, conformado por diversos órganos, políticas y estrategias. Resalta que la Ley crea una Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, como órgano desconcentrado del Ministerio de Hacienda cuyas principales funciones son promover la mejora regulatoria y la simplificación administrativa (art. 23).

La Comisión, que está dirigida por un presidente que es un funcionario designado por el Titular del Ejecutivo por postulación del secretario de Hacienda, tiene tres funciones principales. En primer lugar, cumple una labor pedagógica y de acompañamiento, que puede llevarse a cabo mediante la emisión de guías y lineamientos de buenas prácticas regulatorias, capacitaciones técnicas, asesorías e incluso la construcción de programas académicos directamente o en alianza con instituciones de educación. En segundo lugar, desempeña un rol de diagnóstico y evaluación, en virtud del cual debe hacer seguimiento a la aplicación del marco regulatorio nacional y presentar un informe anual al Congreso atinente al estado de la política regulatoria. Finalmente, tiene una función de formulación de propuestas como, por ejemplo, programas específicos de simplificación y mejora regulatoria (art. 23).

3.4.4.2. *El análisis de impacto regulatorio*

La Ley de Mejora Regulatoria se enmarca en una evaluación de costo-eficiencia de la regulación de que se trate, que conforme al art. 66 debe cumplir lo siguientes requisitos: (a) demostrar que los beneficios de la implementación de la regulación superan sus costos; y (b) que la decisión sea óptima en cuanto es la mejor estrategia para abordar la materia objeto de regulación. Los estándares definidos en el art. 67 de la Ley se orientan a exigir que las decisiones regulatorias tengan una base empírica sólida, con fundamento en datos e información suficiente y en la valoración de las múltiples opciones de re-

gulación plausibles para identificar el escenario óptimo. Así mismo, la coherencia de la regulación con las políticas públicas, y la coordinación entre diferentes actores son criterios también relevantes para el análisis.

Una de las estrategias definidas por la Ley en mención es la de incentivar a que las entidades públicas implementen programas específicos de simplificación y mejoras regulatorias, para lo cual prevé la expedición de certificaciones a las que cumplan con los indicadores del respectivo programa por las Autoridades de Mejora Regulatoria. Un ejemplo de un programa de este tipo es el denominado Método Económico y Jurídico de Reforma Administrativa (MEJORA), que se dirige, entre otras cosas, a reducir la influencia del servidor en los trámites y servicios de la entidad, limitando con ello el riesgo de corrupción. Este programa fue estructurado por la Comisión de Mejora Regulatoria en 2019 con base en lo dispuesto en art. 11 de la Ley, y constituye una herramienta útil para lograr que los marcos regulatorios generen seguridad jurídica, eficiencia y simplicidad.

3.4.5. Perú

3.4.5.1. La dimensión orgánica

El art. 19 del Decreto supremo 063-2021-PCM crea la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria como un órgano colegiado dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros, cuya función principal consiste en evaluar el análisis de impacto regulatorio ex ante y de calidad regulatoria respecto a entidades públicas de la rama ejecutiva del poder público. De esta manera, la Comisión no tiene la función de realizar el análisis regulatorio, sino de validarlo, es decir, de dar su visto bueno o formular recomendaciones respecto a sus lineamientos y posibles mejoras.

Un aspecto interesante es que la Comisión está llamada a establecer equipos técnicos especializados para adelantar sus funciones, compuestos por especialistas de las entidades públicas (exceptuando a aquellos que tuvieron a su cargo la formulación) y, cuando lo considere necesario, por actores relevantes del sector privado. Además, se pueden establecer líneas de cooperación con otras instituciones

públicas o privadas como, por ejemplo, instituciones académicas nacionales o internacionales (art. 26).

3.4.5.2. El análisis de impacto regulatorio

El Decreto supremo 063-2021 regula también lo referente al análisis de impacto regulatorio. Así, en su art. 3 hace referencia al análisis *ex post* que busca determinar si la regulación ha cumplido sus objetivos, si el problema que trató de abordar ha sido solventado y si requiere modificación o anulación.

Por su parte, los arts. 9 y 10 del Decreto hacen mención al análisis de impacto regulatorio *ex ante*, explicando que se trata de un mecanismo para evaluar que la opción regulatoria sea la más idónea conforme a un criterio coste-beneficio, pero también atendiendo a otros criterios como el desarrollo sostenible, el bienestar social y la coherencia del ordenamiento. Esta definición es interesante en cuanto, sin prescindir del análisis fundamentado en la racionalidad económica, el decreto menciona la instrumentalidad de esta dimensión en relación con los fines últimos de la actividad administrativas concernientes al bienestar social y desarrollo sostenible.

Respecto a los casos en los que resulta necesario desarrollar el análisis *ex ante*, el art. 10.1 establece que debe llevarse a cabo cuando una regulación varíe los costos de cumplimiento para los destinatarios de la norma, afectando de esta manera el reconocimiento de derechos para el desarrollo de actividades socioeconómicas. El análisis se concreta en un documento que debe ser desarrollado conforme al Manual que para dichos efectos expide la comisión multisectorial, y debe anexarse a la exposición de motivos. En todo caso, se debe aclarar que estos lineamientos resultan exclusivamente aplicables al poder ejecutivo.

3.4.6. Análisis comparativo

Encontramos en los países latinoamericanos esfuerzos en los últimos años para incorporar el análisis de impacto regulatorio mediante reformas legales y disposiciones reglamentarias. Como se puede identificar,

las reformas se inician en 2017 y se siguen desarrollando hasta el presente, algunas de ellas incluso de rango constitucional en el caso de Brasil. Esto indica que el mejoramiento de la calidad normativa, como postulado del estado de derecho y del principio de buena administración, ha estado en la agenda política de la región y que, más allá de los aspectos a mejorar, existe un propósito común de implementar estrategias para regular la evaluación de normas y políticas.

Se trata de un escenario que favorece la transparencia, la rendición de cuentas y la racionalización de la función pública mediante el monitoreo de su actividad, pero que, al mismo tiempo, refleja la tensión, expuesta al analizar los sistemas de Estados Unidos y España, entre las visiones puramente costo eficientes como la mexicana, y las que, como la peruana, prevén otros fines para la valoración de la calidad normativa.

Se evidencia, además, que hay un esfuerzo por establecer órganos de supervisión, apoyo y consulta al desarrollo del análisis de impacto normativo, ya se trate de entidades o agencias especializadas (como en Brasil y Chile) o de órganos colegiados o dependientes de la presidencia (como en Perú).

Finalmente, existe también una amplia tendencia a expedir manuales y guías que permitan a las diversas entidades de la administración pública conocer las metodologías y criterios para la aplicación de evaluaciones de políticas y normas reglamentarias. Como consecuencia, se observa la adopción, en buena medida, de criterios técnicos similares para valorar la calidad normativa, conforme a los estándares que la OCDE ha fijado para la mejora regulatoria, siguiendo principalmente el modelo de los EE.UU.

3.5. Colombia

3.5.1. El desarrollo normativo

3.5.1.1. La dimensión orgánica

En Colombia, la función administrativa de revisar la calidad regulatoria no se encuentra centralizada en un único órgano articulador (como sucede, por ejemplo, en Estados Unidos), sino que está dis-

persa en diversas entidades con competencias específicas. En primer lugar, se puede hacer mención a que, tratándose de reglamentos técnicos, conforme con lo establecido en el art. 2.2.1.7.5.3 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo (Decreto 1074 de 2015), las autoridades regulatorias deben requerir concepto previo al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo respecto a esta materia. El Decreto Único también establece en el art. 2.2.1.7.6.5 la competencia en cabeza de la Dirección Nacional de Planeación (que cuenta con un equipo de Mejora Regulatoria, que hace parte del Grupo de Modernización del Estado) de emitir concepto técnico sobre la aplicación de la metodología del AIN. Se trata de una asistencia técnica de apoyo (con experticia en el análisis de impacto regulatorio) a las entidades de la que se debe resaltar que no es vinculante porque las entidades preservan su discrecionalidad respecto a la expedición del reglamento técnico.

Por otro lado, el Decreto 1081 (2015) establece otras instancias de revisión que tienen un impacto sobre la calidad regulatoria. En primer lugar, el art. 2.1.2.1.9 establece la función de la abogacía de la competencia que busca que los proyectos normativos que puedan tener un impacto sobre la libre competencia en los mercados requieran concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio. El concepto no es vinculante, y por tanto las entidades pueden apartarse de este, pero en la memoria justificativa de la norma deben constar las razones que justifican no acoger lo conceptuado por la Superintendencia.

Asimismo, cuando se trate de proyectos regulatorios que creen nuevos trámites, el Decreto en mención en su art. 2.1.2.1.11 dispone que el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) debe ser consultado. En este caso, se establece que el DAFP ha de autorizar la creación del trámite y su concepto se debe hacer constar en la memoria justificativa del proyecto especificando lo atinente tanto a su justificación en términos de eficacia y efectividad, como en la disponibilidad de recursos presupuestales y administrativos para su implementación.

Finalmente, se ha de mencionar la necesidad de elevar consulta a las Sala de Consulta y Servicio Civil sobre los proyectos de decretos y resoluciones que puedan afectar las funciones, organización o

competencia del Consejo de Estado. El concepto que emita la Sala se tiene que hacerse en todo caso constar en la memoria justificativa.

3.5.1.2. El análisis de impacto regulatorio

En este aspecto se debe hacer mención del Decreto 1468 (2020), incorporado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, que, en desarrollo del Plan Nacional de Desarrollo previsto en la Ley 1955 (2019), es la norma que con mayor especialidad ha tratado el análisis de impacto regulatorio. En su motivación se especifica que fue expedido con fundamento, entre otros, en el estudio sobre la política regulatoria en Colombia realizado en 2014 por la OCDE bajo el título “[m]ás allá de la simplificación administrativa», en el que se sugería la necesidad de expedir estándares comunes y vinculantes para evaluar la calidad regulatoria.

Resalta que la aproximación adoptada en el sistema colombiano parte de la distinción entre grados de intensidad del análisis y momentos para su realización. En cuanto a la intensidad se establece un contraste entre un análisis simple y un análisis completo. Este último es más estricto, siendo aplicable a aquellas modificaciones reglamentarias que establecen estándares relativos a las características de un producto y sus procesos y métodos de producción, que dificultan el cumplimiento o lo hacen más oneroso para sus destinatarios (reglamentos técnicos o relativos a situaciones gravosas). Por su parte, el análisis simple resulta aplicable a los casos en que se configuren situaciones menos gravosas, esto es, cuando el cambio regulatorio reporta un beneficio como eliminar algún requisito o trámite, o facilitar su cumplimiento.

En el aspecto temporal, se acoge la distinción entre evaluación *ex post*, para evaluar si la regulación cumplió con los objetivos para la cual fue formulada de forma oportuna y eficiente, y evaluación *ex ante* para hacer un estudio que puede ser de costo beneficio para justificar la adopción del reglamento frente a otras alternativas, incluida la no regulación. Ciertamente, la gran limitación que se encuentra en esta aproximación es que resulta aplicable exclusivamente a los reglamentos técnicos. Esto no quiere decir que las entidades públicas no tengan la potestad de desarrollar análisis de impacto regulatorio

con respecto a otro tipo de normas de naturaleza administrativa (en cuyo caso el DNP actuaría como instancia de asesoramiento). Sin embargo, lo que no hay es una obligación de hacerlo, ni tampoco procedimientos uniformes, estandarizados, técnicos y vinculantes que hayan necesariamente de seguirse en casos específicos.

3.5.2. Las fortalezas y debilidades del sistema colombiano

En el caso colombiano, de forma similar a lo que ocurre en la región, encontramos esfuerzos recientes por implementar medidas para la mejora regulatoria. No obstante, se identifica que existe un déficit que se refleja en que el Decreto 1468 (2020), compilado en el Decreto 1074 de 2015, restringe su ámbito de aplicación al campo de los reglamentos técnicos, que son un subgénero de las normas reglamentarias. En este sentido, si bien el Decreto 1468 (2020) desarrolla en detalle los conceptos de análisis regulatorio *ex ante* y *ex post*, y ha servido de forma extensiva como fuente jurídica para el desarrollo de análisis de impacto normativo, es problemático que este tipo de análisis no sea vinculante para otros tipos de normas reglamentarias (con las especificidades del caso).

Por supuesto, las entidades y órganos administrativos bajo el principio de buen gobierno tienen la autonomía para evaluar la calidad regulatoria, no obstante, hace falta una disposición con lineamientos generales y vinculatoriedad que determine cómo se deben realizar las evaluaciones y en qué casos es obligatorio o aconsejable realizarlas.

Así mismo, se evidencia una desarticulación entre el nivel central y las entidades territoriales. Se debe notar que a nivel orgánico las entidades con funciones atinentes a la mejora regulatoria son del orden nacional, a saber, el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Superintendencia de Industria y Comercio y el Departamento Nacional de Planeación. Sin embargo, en el orden territorial no hay una regulación o parámetro de mejora regulatoria y esto genera una asimetría. Lo anterior es producto de la autonomía administrativa que la Constitución le confiere a las entidades territoriales, no obstante, una legislación común podría armonizar las metodologías, los criterios técnicos y los órganos de consulta, apoyo y monitoreo a

ser utilizados por las entidades nacionales y territoriales para llevar a cabo sus respectivos análisis de impacto normativo.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

Como avanzamos en la introducción, el presente trabajo se enfoca en una concepción formal del concepto de estado de derecho que parece brindar un campo de teorización apto para abordar el COT. Esto en cuanto que un déficit significativo en su funcionamiento genera un entorno favorable a las actividades ilícitas e incrementa el riesgo de que el aparato institucional sea utilizado para fomentar fines espurios, que no tienen nada que ver con la voluntad general o las finalidades constitucionales, incentivando así la violación de los mandatos legales.

En otras palabras, si la función pública no se ejerce conforme a derecho: (a) la aptitud institucional para reaccionar de forma efectiva y oportuna ante las actividades delictivas se ve afectada; (b) las políticas para combatir el crimen no pueden cumplir sus objetivos; y (c) el riesgo de corrupción se incrementa. De esta manera, los estados que presentan una mayor nivel de actividad del COT tienen más dificultades para establecer y mantener instituciones jurídicas estables y justas, al existir un incentivo para desestabilizar el funcionamiento del sistema con el fin de evitar las consecuencias jurídicas que deberían ser impuestas conforme a la ley.

Los datos obtenidos en la investigación, cuyo origen está en los sistemas nacionales vigentes, muestran claramente que los países latinoamericanos tienen diferentes niveles de desarrollo normativo frente al tema de la mejora regulatoria. Así, mientras países como Brasil acaban de regular la materia a través de normas de rango constitucional, y otros como Chile y México muestran reformas legislativas recientes que implementan planes ambiciosos y programas muy desarrollados que pueden servir de modelo sobre cómo implementar los estándares de la OCDE, otros estados como Argentina muestran un desarrollo disperso, poco coordinado y con vacíos.

Además, se ha identificado que Colombia tiene uno de los sistemas menos desarrollados y con más vacíos en lo referente a la mejora regulatoria, particularmente en lo referente a la evaluación de impacto normativo, siendo, por tanto, fundamental: (a) una mayor coordinación en este aspecto entre el nivel central y el territorial; (b) evitar restricciones arbitrarias sobre las regulaciones objeto de evaluación; (c) no dejar la evaluación a la mera discrecionalidad de las entidades administrativas; y (d) encontrar criterios comunes que hagan comparables los resultados de la gestión administrativa de los diferentes órganos y que permitan procesos conjuntos de aprendizaje y de mejora.

En consecuencia, a pesar de los esfuerzos realizados en los últimos años por los países latinoamericanos, sigue siendo difícil presentar unas recomendaciones unívocas para la región porque la evidencia demuestra que no hay una homogeneidad que haga posible aplicar unas mismas soluciones.

En todo caso, y a pesar de lo anterior, la amplia tendencia existente a expedir manuales y guías para que las diversas entidades de la administración pública conozcan las metodologías y criterios que han de ser aplicados para evaluar políticas y normas reglamentarias, permiten afirmar la adopción, en buena medida, de criterios técnicos similares para valorar la calidad normativa, conforme a los estándares que la OCDE ha fijado para la mejora regulatoria, los cuales han sido principalmente articulados con base en el sistema de EE.UU. que, como hemos visto, se ha construido sobre la concepción del estado regulador.

Según esta concepción, propia del liberalismo económico, el estado evita intervenir directamente en la provisión de bienes y servicios (dejando principalmente esta tarea al sector privado), y asume un rol de regulador, que ejerce de manera moderada (evitando la proliferación de normas, así como su opacidad, ambigüedad o ineficiencia) por medio de agencias especializadas para garantizar, entre otras cosas, que los mercados se mantengan libres y competitivos. La calidad regulatoria es vista así como una prioridad que requiere de un órgano transversal que apoye a las demás agencias en el desarrollo de su actividad normativa para que se cumplan ciertos estándares de calidad.

Finalmente, junto a lo anterior, se observa que algunos sistemas como el español y el peruano incluyen dentro del análisis de impacto regulatorio criterios diferentes a los derivados de la racionalidad económica, de manera que antes de expedir la normativa de que se trate se requiere tanto un análisis de costo beneficio, como determinar su calidad desde otras perspectivas como su impacto sobre políticas de género o sobre la infancia y la adolescencia. De esta manera, la mejora regulatoria es redefinida, pues deja de ser un análisis exclusivamente basado en la racionalidad económica instrumental, para incorporar estándares sustanciales que permiten ponderar la calidad de una regulación dentro de un espectro más amplio.

4.2. Recomendaciones para América Latina

Con base en lo anterior, se construyen de forma general los siguientes lineamientos para los sistemas latinoamericanos, con la advertencia de que deben ser interpretadas a la luz de las especificidades de cada sistema.

1. Instancias de coordinación externa: Las agencias o entidades públicas encargadas de expedir reglamentos son múltiples y resulta fundamental que cada una de ellas tenga dentro del ciclo regulatorio estándares tendientes a mejorar la calidad en el desempeño de esta función. No obstante, también es importante que exista una instancia central encargada de articular, coordinar y supervisar la actividad reguladora. Como se deriva del modelo de los Estados Unidos, en donde la OIRA cumple esta función, es importante que desde el inicio del ciclo regulatorio exista una dependencia que pueda mirar si las diversas regulaciones de las agencias o entidades es consistente entre sí, y que pueda tener un rol mediador al contar con una perspectiva transversal de la administración pública que cada agencia o entidad por separado puede no lograr percibir. Asimismo, esta instancia debe cumplir un rol de supervisión, esto es, de evaluar si las acciones de mejora regulatoria se están llevando a cabo de forma satisfactoria y oportuna, además de servir de agencia de apoyo y acompañamiento. Lo anterior debe acompañarse de mecanismos para permitir a las respectivas entidades solicitar a la instancia de coordinación intervenir cuando evidencien que la agenda regulatoria de otra entidad

entra en conflicto con la propia para lograr una armonización. De esta manera, se fortalece la sistematicidad y coherencia del ordenamiento jurídico lo que resulta fundamental para el funcionamiento del estado de derecho.

2. Estándares no económicos: Los modelos español y peruano presentan una cualidad que resulta peculiar en comparación con las demás legislaciones estudiadas y es el hecho de incluir dentro del análisis de impacto regulatorio o normativo criterios diferentes a los derivados de la racionalidad económica. Esto resulta muy interesante, en cuanto se puede tener una normativa que demuestre ser costo-eficiente, esto es, que maximice la utilidad agregada, pero que no obstante genere un retroceso en materia de reconocimiento y amparo de ciertos derechos (por ejemplo, los relativos a la igualdad de género o a la protección de grupos de población vulnerable como los niños o los adolescentes). De esta manera, la mejora regulatoria es redefinida, dejando de ser un simple análisis de racionalidad económica instrumental, para ponderar la calidad de una regulación a la luz de ciertos estándares sustantivos.

3. Estandarización de formatos: El caso de Chile nos ilustra la forma en la que se puede homogenizar el análisis de impacto regulatorio. En lugar de dejar a cada agencia o entidad la labor de construir su propia evaluación, es posible elaborar unos formularios únicos de análisis de impacto regulatorio para estandarizarlos a lo largo de la administración pública, lo que garantiza que todas las entidades cumplan con evaluaciones de igual calidad y que la información obtenida pueda ser agregada y comparable. Asimismo, se evita la duplicidad de funciones y se facilita la realización del análisis regulatorio, lo que puede ser particularmente importante en entidades débiles que no cuenten con la planta de personal calificada para la construcción de los instrumentos de diagnóstico y medición.

4. Niveles de evaluación: Como se ha indicado, la realización de un análisis de impacto regulatorio ex ante y ex post implica recursos económicos y de personal del servicio público, por lo que no siempre es aconsejable desarrollarla. Por ese motivo en ejemplos como el de la OIRA en Estados Unidos hay una agencia externa que evalúa en qué normas de la agencia regulatoria resulta relevante su realización y en cuáles no. Una alternativa interesante es la del modelo chileno

en la que se toma un punto medio que permite discernir niveles de relevancia de la regulación. No se trata entonces de un todo o nada, sino de generar criterios de gradación de forma que sólo las regulaciones de mayor relevancia deben sujetarse a una evaluación estricta, mientras que las demás pueden someterse a análisis más leves que resultan menos onerosos en cuanto a su realización. Esto contrasta con modelos como el colombiano en el que el análisis de impacto normativo se desarrolla de forma obligatoria sólo sobre reglamentos técnicos.

4.3. Recomendaciones para Colombia

Las recomendaciones dadas para los demás países latinoamericanos que han sido objeto de estudio son también aplicables a Colombia, si bien las particularidades de su sistema permiten ofrecer las siguientes recomendaciones adicionales:

1. Extender el análisis a normas diferentes a los reglamentos técnicos: Es injustificado que únicamente los reglamentos técnicos encuentren un marco jurídico que le de sustento al análisis de impacto normativo. Si bien el modelo de Decreto 1074 (2015) desarrolla con detalle, las definiciones y metodologías relativas al análisis de impacto normativo, es fundamental que esto se extienda a otros sectores administrativos, diferentes al de industria y comercio, con una regulación más amplia que sirva de guía y cree estándares vinculantes para evitar que el asunto sea exclusivamente de discrecionalidad de cada entidad administrativa. En los demás países de referencia analizados (tanto en la región como fuera de ella) no existen restricciones de este tipo, por lo que se trata de una limitación propia del sistema jurídico colombiano que debe ser superada por medio de reformas legales y reglamentarias que permitan mayor generalidad.

2. Fortalecer la mejora regulatoria en el ámbito territorial: Colombia es un estado unitario con descentralización de sus entidades territoriales, en virtud de la cual estas gozan de autonomía política, administrativa y financiera. Se evidencia que los esfuerzos de mejora regulatoria más preponderantes en el ordenamiento jurídico se encuentran el nivel central tanto en la perspectiva orgánica como normativa. En el orden municipal, departamental y regional existe,

sin embargo, un vacío respecto a la calidad regulatoria y a los estándares de evaluación que deberían ser aplicables, lo que es particularmente problemático frente a los esquemas asociativos entre el nivel nacional y los demás niveles territoriales, que, al tener que satisfacer estándares de buen gobierno en el desarrollo de sus funciones, requieren evaluar de manera imperativa el impacto de sus actividades. En consecuencia, así como los arts. 2.1.2.1.3. y 2.1.2.1.21 del Decreto 1081 (2015) requieren una memoria justificativa, una consulta pública y un análisis de viabilidad jurídica para los proyectos de decretos y resoluciones de carácter general del orden territorial, se deberían hacer también vinculantes los criterios para llevar a cabo los análisis de impacto regulatorio.

3. Instancia de coordinación. Uno de los aspectos que sobresale del modelo de los Estados Unidos es el de tener una oficina (OIRA) con la función de buscar armonización regulatoria. El principio de coordinación entre entidades públicas, particularmente importante en la interrelación entre la nación y las entidades territoriales, podría verse fortalecido con la atribución competencial a una entidad o agencia de coordinación regulatoria que: (a) verifique que no haya inconsistencias entre las agendas regulatorias; (b) busque espacios de acuerdo cuando se identifiquen posiciones encontradas sobre las regulaciones; (c) indique a las autoridades públicas cuales normas de nivel reglamentario están pendientes de expedir conforme a los mandatos legales; y (d) sirva de instancia de asesoría sobre las evaluaciones de impacto normativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Chevallier, J. (2015). *El Estado de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fuller, L. (1964). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Hayek, F. (2011). *The constitution of liberty*. Chicago: Chicago University Press.
- Loveland, I. (2006) *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights: A Critical Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

- Pérez, A. (2010). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Raz, J. (2009) *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Shklar, J. (1987). *Political Theory and The Rule of Law*. In Allan Hutchinson & Patrick J. Monahan (eds.), *The rule of law: Ideal or ideology*. pp. 1-16.
- Waldron, J. (2002). “*Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?*” *Law and Philosophy*. Vol. 21 (2). Pp. 137-164. <http://www.jstor.org/stable/3505128>.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Banco Mundial. (16 de septiembre de 2021) “World Bank Group to Discontinue Doing Business Report”. *Following statement on the Doing Business report*. <https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report>.
- Congreso de la Unión de México. (18 de mayo de 2018). “Ley general de mejora regulatoria”. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMR_200521.pdf.
- Congreso Nacional de Brasil. (16 de marzo de 2021). “Emenda constitucional 109”. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/emenda-constitucional-n-109-308527609>.
- Jefatura del Estado de España. (28 de noviembre de 1997). “Ley 50 de 1997”. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336>.
- Ministerio de economía, fomento y turismo-Chile. (10 de agosto de 2018). “Decreto 118 de 2018”. https://open.economia.cl/wp-content/uploads/2019/04/DTO-118_26-OCT-2018.pdf.
- Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales-España. (29 de Diciembre 2017). “Real Decreto 1081/2017”. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-50-consolidado.pdf>.
- OECD. (2020). “Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing”. <https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>.
- Poder Ejecutivo Nacional-Argentina. (2 de noviembre de 2017). “Decreto 891/2017”. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-174-2018-307419>.
- Poder Ejecutivo Nacional-Argentina. (31 DE ENERO DE 2000). “Decreto 78/2000”. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-78-2000-62176>.

Poder Ejecutivo Nacional-Argentina. (5 de marzo de 2018). “Decreto 174/2018”. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-174-2018-307419>.

Presidencia de la República de Brasil. (12 de junio de 2019). “Decreto 9834 de 2019”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9834.htm.

Presidencia del Consejo de Ministros-Perú. (3 de abril de 2021) “Decreto supremo N° 063-2021-PCM”. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1782830-063-2021-pcm>.

Senate and House of Representatives-USA. (12 de noviembre de 1980). “Paperwork Act 1980”. <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/house-bill/6410/text>.

Washintong Post. (22 de septimebre 2022). “The high cost of measuring the cost of doing business”. <https://www.washingtonpost.com/outlook/2021/09/22/high-cost-measuring-cost-doing-business/>.

Capítulo 6

Las respuestas desde la participación política y los derechos de la ciudadanía

VÍCTOR GABRIEL RODRÍGUEZ*
LUCAS FERNANDES DA COSTA**
GERMÁN ALEGRE***

1. INTRODUCCIÓN

Desde el ocaso de sus últimas dictaduras, América Latina se ha convertido en epicentro de renovaciones democráticas. A pesar de la proliferación en los últimos años de diagnósticos negativos sobre la calidad de las participaciones ciudadanas, no se ha perdido el optimismo que generaron las transiciones que dejaron atrás los regímenes autoritarios sobre el potencial de los gobiernos del pueblo. Los ciudadanos y las autoridades públicas desarrollaron nuevos mecanismos para abordar los déficits de rendición de cuentas de los gobiernos y, al hacerlo, ayudaron a redefinir la práctica misma de la

* Abogado, Magíster y Doctor en Derecho Penal de la Universidade de São Paulo en Brasil. Especialista en Derecho Penal de la Universidade de Coimbra. Profesor Asociado del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho Ribeirão Preto de la Universidade de São Paulo. Vicepresidente del Programa para la Integración de América Latina (PROLAM) de la Universidade de São Paulo.

** Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo (Brasil). Abogado en la Firma Jurídica Andrade Chamas desde 2021 hasta la actualidad.

*** Abogado de la Universidad Nacional de La Plata (Buenos Aires), Especialista y Magíster en Derecho Penal de la Universidad Austral (Pilar). Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

representación democrática (Peruzzotti, 2012). Este capítulo presenta algunos de estos desarrollos notables y destaca sus contribuciones específicas a la agenda de rendición de cuentas contemporánea.

Los estudiosos de la democracia en la región latinoamericana y de la democratización en general coinciden en algunos puntos importantes. Existe consenso en que el actual ciclo democrático ha sido más duradero y tiene más profundidad y mejores perspectivas de supervivencia que otros en la experiencia histórica reciente (Terrón, 2023). Hay también consenso en que los orígenes de este nuevo o renovado conjunto de sistemas políticos se pueden atribuir más a la operación de variables políticas, como el descrédito de los gobiernos autoritarios anteriores, las cualidades de liderazgo y negociación y el amplio apoyo social, que a las económicas (Rezende, 2023). De hecho, muchas de las nuevas democracias latinoamericanas surgieron en medio de la crisis económica y sobrevivieron a severas recesiones que podrían haber puesto en peligro su supervivencia en épocas anteriores (Figueiredo, Salles & Vieira, 2023). Además, a medida que cambiaban las realidades políticas, el enfoque predominante del análisis siguió el curso de los acontecimientos y se desplazó de las preocupaciones por el cambio de régimen, las transiciones y la consolidación (que dominaban los estudios anteriores) a una consideración más detallada de la calidad de estas democracias. Analizar la calidad de la democracia significa examinar en qué medida los ciudadanos cuentan con una gama completa de derechos y oportunidades, y con las instituciones políticas para hacer efectivos sus derechos (Levine & Molina, 2011).

Cómo entender los orígenes, el funcionamiento y la calidad de la democracia es una preocupación antigua de los expertos. En el contexto del ciclo actual de la democracia en América Latina, el análisis de la calidad de la democracia se ha convertido en una especie de industria en crecimiento. Hay abundantes estudios sobre temas que van desde lo específico de la formación institucional, los sistemas electorales y los partidos políticos, hasta los esfuerzos por identificar “requisitos mínimos para la democracia”, pasando por el estudio de la gobernanza y las políticas públicas y por los intentos por definir la democracia política en un contexto general de derechos y libertades (Terrón, 2023).

La existencia de derechos y el grado en que son efectivos suelen ser centrales en estas discusiones, particularmente en los análisis sobre la rendición de cuentas en cuanto que característica central de la calidad de la democracia. Aunque una parte importante de la literatura considera los derechos y el estado de derecho como dimensiones separadas de dicha calidad (Guachetá Torres, 2020), entendemos que cada una de las dimensiones de la democracia tiene asociados derechos específicos. Por tanto, para los efectos del presente capítulo, los derechos son considerados como parte integrante del espacio de participación que pretenden proteger (Rezende, 2023). La ventaja de tratar los derechos de esta manera es que solo se incluyen en el análisis los que están directa y explícitamente relacionados con la calidad de los procesos democráticos y con áreas específicas del proceso político (Terrón, 2023).

La democracia y la calidad de la democracia están, por supuesto, estrechamente relacionadas, pero no son idénticas. Existe una extensa literatura y una gran cantidad de índices que clasifican a los países en una escala cuyo núcleo radica en la distinción entre no democracias y democracias, con categorías intermedias agregadas en algunos casos (Figueiredo, Salles & Vieira, 2023). La mayor visibilidad durante la última década de los movimientos sociales y de las demandas de los ciudadanos por una gobernanza que funcione bien, ha estado acompañada por un aumento en las iniciativas de transparencia y rendición de cuentas en muchos países. Impulsadas por combinaciones de organizaciones de base, redes de defensa transnacionales y donantes internacionales, estas iniciativas buscan aprovechar los aportes y la participación de los ciudadanos para fortalecer la rendición de cuentas de los funcionarios públicos. Incluyen el monitoreo y la supervisión ciudadana del desempeño del sector público, el acceso a la información y su difusión, los mecanismos de queja pública y reparación, y la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas (Terrón, 2023). Los impulsos populares de la transparencia y la rendición de cuentas están respaldados por el número, la influencia y la variedad cada vez mayores de intermediarios sociales (como ONGs, organizaciones comunitarias y medios de comunicación) y se benefician de la disponibilidad de nuevos modos de comunicación (teléfonos móviles, internet y redes sociales) (Levine & Molina, 2011).

Un creciente cuerpo de evidencia empírica y análisis apunta a los resultados mixtos de las políticas de transparencia y rendición de cuentas en términos de mejores resultados. A pesar de todas las historias de éxito ampliamente elogiadas, intervenciones similares han tenido malos resultados o incluso consecuencias negativas en otros entornos. Por ejemplo, el presupuesto participativo en Porto Alegre (Brasil) ha resultado en una mayor inversión en servicios para los pobres (Marquetti, 2003), pero no se ha replicado con éxito en otros lugares (Fedozzi, 2009). Las auditorías sociales en el estado indio de Andhra Pradesh han contribuido a la lucha contra la corrupción; sin embargo, no han tenido mucho éxito en el estado de Bihar (Srinivasan & Park, 2013). En Uganda, las tarjetas de puntuación de atención médica comunitaria han ayudado a reducir la mortalidad de los menores de cinco años en un tercio (Grossman & Michelitch, 2018), pero el monitoreo comunitario de los proveedores de salud en Sierra Leona ha tenido resultados limitados debido a las brechas de rendición de cuentas en la cadena de mando (Vieira, 2017). Las políticas de transparencia y rendición de cuentas, en este sentido, buscan remodelar la arena política, aumentando la respuesta social y, cuando tienen éxito, cambiando efectivamente los incentivos de los tomadores de decisiones a favor de ciertos resultados (Rezende, 2023).

En este texto, nos planteamos la pregunta de saber si los derechos fundamentales de participación política pueden garantizar una vida en sociedad menos corrupta y violenta. Eso implica también preguntar si los instrumentos de garantía de los derechos de participación pueden disminuir la corrupción y el crimen organizado, con sus correspondientes dimensiones transnacionales, bien sea por añadir instrumentos de control a la ciudadanía, bien sea por mejorar las condiciones de vida en general. Buscando respuestas, analizaremos los desarrollos recientes sobre políticas de responsabilidad social y gobernabilidad participativa en América Latina y las interpretaciones que tales procesos han generado en el campo de los estudios democráticos. Como introducción, sin embargo, se presenta brevemente el fundamento sobre el que se desarrollaron los primeros debates sobre los déficits democráticos en la región.

Estas discusiones han introducido un tema, la responsabilidad del gobierno, que hasta entonces era, en gran medida, ajeno a la tradición política de la región, porque el debate se limitaba a replicar los marcos conceptuales convencionales para el análisis de la rendición de cuentas, centrándose en el desempeño de los órganos estatales tradicionales de control gubernamental, por un lado, y de las instituciones electorales, por el otro. Esta concepción limitada, favorecida por los enfoques convencionales, pronto fue desafiada por un conjunto heterogéneo de iniciativas que surgieron con la intención de abordar los déficits de responsabilidad legal y política a través de la promoción de procesos de profundización democrática. Esto último significó no solo la mejora de los mecanismos convencionales de rendición de cuentas, sino también la creación de otros nuevos (Waddington et al., 2019).

Este capítulo se enfoca en el análisis de un grupo específico de estas innovaciones: aquellas que involucran la participación de la sociedad civil como agente activo de rendición de cuentas. De esta manera, se comienza analizando la contribución de la participación social en la agenda de la responsabilidad jurídica, analizando dos formas distintas de supervisión social de las irregularidades gubernamentales: las políticas de responsabilidad social y las experiencias de supervisión articulada (sección 2). A continuación, se abordan las políticas de transparencia, publicidad y rendición de cuentas en el marco de la garantía de los derechos de los ciudadanos y su participación en la implementación de los mismos por parte del estado (sección 3). Posteriormente, se estudian las instituciones democráticas que observan la participación social de los ciudadanos en el control de las políticas estatales y gubernamentales (sección 4). Luego, se analizan los instrumentos para combatir la corrupción y el crimen organizado transnacional (COT), observando los mecanismos de participación y control ciudadano (sección 5). Por último, se reflexiona brevemente sobre los desafíos que los procesos de innovación democrática aquí analizados presentan a la teoría democrática (sección 6).

2. DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN SOCIAL

2.1. *Primera aproximación*

Existe un amplio consenso entre los estudiosos de la democracia sobre los atributos identificados por Dahl, cuyo trabajo lleva la comprensión de la democracia, más allá de simplemente enumerar los requisitos sociales o especificar el requisito de la competencia (que puede ser democrática o no), a algo más dinámico. En *How Democratic is the American Constitution?*, Dahl (2003) apunta que, para ser plenamente democrático, un estado debe brindar derechos, libertades y oportunidades para una participación efectiva, garantizar la igualdad del voto, promover la capacidad de adquirir una comprensión suficiente de las políticas y sus consecuencias, y ofrecer los medios por los cuales la ciudadanía pueda mantener un control adecuado de la agenda política y las decisiones del gobierno. Además, para ser plenamente democrático, un estado debe garantizar que todos, o al menos la mayoría de los residentes permanentes adultos bajo su jurisdicción tengan los derechos de ciudadanía.

No es necesario describir aquí las instituciones políticas básicas de un país democrático contemporáneo, pero debería ser obvio que, tanto en el ideal como en el propósito real, el gobierno democrático presupone que sus ciudadanos posean un conjunto de derechos, libertades y oportunidades fundamentales. Esto incluye los derechos a votar en la elección de los funcionarios en elecciones libres y justas, a postularse para los cargos electivos, a formar y participar en organizaciones políticas independientes, a tener acceso a fuentes independientes de información y a poder ejercitar el derecho de libertad de expresión y otras libertades y oportunidades que puedan ser necesarias para el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas de la democracia a gran escala (Hincapie, 2023).

Estas reflexiones ofrecen los elementos básicos para nuestra comprensión de lo que debe incluir una definición procedimental de democracia: (a) elecciones libres, justas y frecuentes; (b) igualdad de acceso sin restricciones a la votación y a las instituciones públicas; (c) información accesible y suficiente para que los ciudadanos emitan un juicio informado; (d) funcionarios elegidos facultados para gobernar, pero también responsables y receptivos ante sus electores;

y (e) una definición inclusiva de ciudadanía. No son condiciones de todo o nada, sino procesos en curso que pueden expandirse o contraerse en un sistema político determinado. Tampoco necesariamente se mueven y cambian en la misma dirección, porque los países que tienen un sólido historial de elecciones libres y justas pueden, por ejemplo, ser débiles en términos de rendición de cuentas o de capacidad de respuesta (Levine & Molina, 2011).

Textos recientes sobre la democracia en América Latina han argumentado que la calidad de estos sistemas políticos es baja porque no han generado gobiernos efectivos, no han reducido sustancialmente la desigualdad, no han elevado significativamente los niveles de vida, no han extendido los derechos políticos y no han generado una participación relevante (Quintero Leguizamón et al., 2021; Weyland, 2021). Si bien la baja calidad de las democracias latinoamericanas está relacionada con sus bajos niveles de gobernabilidad y eficacia en el gobierno, y condiciona sus capacidades para implementar políticas que promuevan el desarrollo, la justicia social y los derechos civiles más allá de las vinculadas al proceso político, estas cuestiones son analíticamente distintas. Así, los regímenes autoritarios pueden aplicar buenas políticas sin adquirir por ello legitimidad democrática, mientras que las democracias pueden tener malas políticas, pero no por ello dejan de ser democráticas. En consecuencia, la calidad de la democracia y el buen gobierno se comprenden mejor si se analizan como conceptos separados, porque la primera depende del funcionamiento de los procesos mediante los cuales la población selecciona y controla su gobierno e influye en las políticas públicas, y no de la efectividad del gobierno para resolver los problemas del país (Levine & Molina, 2011).

Las definiciones procedimentales de democracia corren un serio riesgo de formalismo al confundir la identificación de la existencia de elecciones y reglas democráticas formales con lo que puede ser una realidad muy diferente. Lo que hace y mantiene democrático el proceso político es la medida en que el acceso y la participación de individuos y grupos organizados, directamente a través de representantes, está disponible libremente en todo el orden social. Esto dirige la atención a cómo se sitúan las instituciones políticas en un contexto social más amplio, a la fuerza de la sociedad civil y, aún más

ampliamente, a las condiciones de organización y acceso a la vida pública, así como a las instituciones formales de participación, como los sistemas electorales y legislaturas y gobiernos locales (Rogers, 2021).

Las mentadas definiciones procedimentales están respaldadas por una comprensión liberal y pluralista de la política y el proceso político. La democracia se concibe como un sistema de representación con participación adulta universal según reglas abiertas e igualitarias. En este sentido, nuestro análisis de la calidad de la democracia centra la atención en los procedimientos y derechos necesarios para que funcionen según lo previsto, y en las formas en que los grupos e individuos pueden exigir responsabilidades y ayudar a dar forma y monitorear la política. Para que una democracia procedimental funcione de manera efectiva, con procedimientos que puedan calificarse de plenamente democráticos, se deben cumplir algunas condiciones básicas: (a) ciudadanía inclusiva; (b) acceso libre y accesible a la arena política para todos los grupos e individuos sujetos a reglas transparentes; (c) libertad de información y organización; y (d) medios formales e informales de asegurar la rendición de cuentas. Sin embargo, en la literatura actual, estas condiciones se tienden a dejar en un segundo plano como elementos no teorizados de una lista de características deseables (Ocampo, 2021).

Teorizar la pregunta significa considerar la conexión entre los procesos políticos y el orden social circundante no como dado sino como un foco principal de investigación. Esto requiere que examinemos las condiciones predominantes de organización, incluidas las reglas formales, las normas culturales y el acceso a la organización, más allá del nivel local (incluidos los vínculos nacionales y transnacionales), la naturaleza del espacio público y las barreras de acceso. Por ello, mientras la disponibilidad de un espacio público y abierto a todos es fundamental para la participación y el compromiso ciudadano, las formas en que los patrones emergentes de participación pública y el uso del espacio reconfiguran el significado de la representación, tanto informal como oficial, son un tema central de análisis (Quintero Leguizamón et al., 2021).

Estas definiciones procedimentales de la democracia tienen el atractivo de ofrecer límites analíticos claros y de ser aplicables a distintos casos. Sin embargo, pueden encontrarse con escollos si las mo-

tivaciones institucionales y los canales previstos en la definición no están explícitamente vinculados al contexto social circundante. Las elecciones y los sistemas electorales brindan este vínculo y son, por supuesto, centrales para cualquier definición de democracia, pero el análisis necesario para abordar estos temas de manera satisfactoria debe ir más allá de las reglas institucionales y de los detalles formales para examinar las condiciones de registro, acceso al voto y participación (individual o a través de grupos) y el flujo de información (Levine & Molina, 2011).

La forma en que se proporciona la representación también es fundamental para el funcionamiento de cualquier sociedad democrática a mayor escala que un pequeño grupo o una asamblea municipal. Los arreglos convencionales de representación (reglas electorales, extensión de los distritos o requisitos para que los partidos se registren y presenten candidatos, entre otros) continúan jugando un papel central en la calidad de la democracia, junto con las innovaciones recientes destinadas a multiplicar las instancias de participación ciudadana, incluidas las disposiciones para la revocación, los referéndums, los derechos de petición, el presupuesto participativo y una cierta incorporación formal de la sociedad civil a las estructuras y operaciones gubernamentales. Lo que llamamos acuerdos convencionales incluyen disposiciones formales, legales y, en ocasiones, constitucionales, así como reglas y normas informales que dan sentido a los vínculos entre representantes y votantes. Los temas importantes aquí incluyen: (a) posibles elementos de discriminación como la raza, el género y el origen étnico; (b) la extensión y forma del distrito; (c) la medida en que las reglas electorales traducen los votos en escaños de manera imparcial; (d) el número y relevancia de los puestos efectivamente abiertos a elección; y (e) la neutralidad, transparencia y eficacia de las instituciones que tienen la responsabilidad oficial de supervisar y realizar las elecciones y el conteo de votos (Blakeley, 2010).

Asumiendo la existencia del sufragio universal y de elecciones libres, justas y frecuentes (todos los asuntos para la verificación empírica), la representación auténtica y de alta calidad requiere reducir las barreras para el registro, la organización y el acceso al proceso de votación, multiplicar las instancias y arenas de acción política, facilitar

la votación y garantizar que los representantes sean más accesibles y responsables. Las reformas en esta dirección apuntan a conectar grupos emergentes y redes sociales con instituciones políticas formales de una manera que permita que las energías sociales encuentren expresión y afecten la política de manera clara y transparente (Picabea, 2023). Esta no es una tarea fácil y no puede resolverse simplemente con medidas de descentralización o devolución, aunque eso pueda ser un comienzo. La descentralización por sí sola puede simplemente multiplicar las unidades jerárquicas y hacer proliferar los enclaves autoritarios subnacionales. El desafío teórico es repensar la relación entre el estado y la sociedad, los movimientos sociales y las instituciones, para oponerse a las tendencias de desempoderamiento grupal y aislamiento institucional. En ese sentido, la experiencia de la Ley de Participación Popular de Bolivia es instructiva. El proceso político que siguió a la promulgación de esta ley transformó efectivamente un sistema basado en alcaldes altamente centralizados en uno con amplia participación popular, siendo central para ello la combinación de descentralización con reducción de barreras a la organización, lo que suscitó nuevos tipos de participación y nuevos estratos de liderazgos locales y regionales, facilitando así la incorporación de formas indígenas (Suntura, 2020).

Los temas de participación no se limitan, por tanto, a las elecciones, porque los movimientos sociales presentan oportunidades equivalentes, que pueden servir, entre otras cosas, para aumentar la presión sobre los funcionarios públicos y colocar temas en la agenda nacional. Una amplia gama de movimientos sociales ha jugado un papel importante en la ronda más reciente de transiciones a la democracia en América Latina, pero las expectativas generalizadas en muchos países de que estos movimientos sentarían las bases para un tipo de política diferente y más participativa en las nuevas democracias no han sido, en general, satisfechas. De hecho, lo contrario parece ser cierto porque la sociedad civil se ha fragmentado y debilitado, con muchos grupos incapaces de crear conexiones duraderas con las instituciones formales de representación. Así mismo, también se ha producido una caída notable en los indicadores de participación social en muchos países, lo que quizás no sea sorprendente una vez que se ha llegado al tema inmediato de restaurar o mejorar las democracias. De hecho, un resultado visible de gran parte de la expe-

riencia reciente de la región ha sido un patrón de movilización social marcado por estallidos esporádicos de activismo muy vulnerables y dependientes de líderes populistas (Turhout et. al., 2020).

2.2. *La situación en América Latina*

En la América Latina contemporánea, hay una creciente literatura sobre los déficits democráticos de los regímenes existentes, que promueve una agenda de reformas políticas e institucionales para mejorar la calidad de la democracia (Cruz-Martínez, 2021; Vela-Almeida et. al., 2021). Existe un acuerdo generalizado en la literatura sobre la “calidad de la democracia” de que los déficits institucionales están directamente relacionados con el desempeño deficiente de las agencias de rendición de cuentas. Este diagnóstico ha llevado a la búsqueda de formas de abordar los déficits de rendición de cuentas existentes y producir regímenes que respondan mejor a sus ciudadanos. Como argumenta Schmitter (1970), se ha establecido una conexión conceptual entre la mejora democrática y la rendición de cuentas, bajo el supuesto de que cuanto más responsable se sea políticamente ante los ciudadanos, mayor será la calidad de cualquier democracia. En consecuencia, no sorprende que los procesos de innovación política aborden de manera decisiva la cuestión de cómo fortalecer el desempeño general de los mecanismos democráticos de rendición de cuentas.

El acuerdo sobre la necesidad de fortalecer la rendición de cuentas democrática no significa que haya una sola forma de conceptualizar la rendición de cuentas o una estrategia unificada para abordar los déficits de rendición de cuentas. En efecto, el llamado a una mayor responsabilidad ha generado múltiples y diversas respuestas. Algunos se han centrado en los mecanismos convencionales de rendición de cuentas, buscando formas de fortalecer su desempeño (Osorio, 2023). Otros, en cambio, han planteado la necesidad de ampliar el repertorio de mecanismos de rendición de cuentas a través de innovaciones políticas e institucionales (Quintana, 2023). Así mismo, la innovación democrática ha sido el resultado tanto de una reforma de arriba hacia abajo como de iniciativas cívicas de abajo hacia arriba. De esta manera, algunas propuestas han priorizado la dimensión le-

gal de la rendición de cuentas, centrándose en fortalecer el estado de derecho, proteger los derechos civiles o mejorar la transparencia general del gobierno (Osorio, 2023). Otras, en cambio, han abordado los déficits de responsabilidad política, buscando formas de mejorar la capacidad de respuesta política de las decisiones y políticas de los funcionarios públicos a las demandas de los ciudadanos (Peruzzotti, 2012).

O'Donnell (1999) definió el marco conceptual y analítico inicial para el debate sobre la rendición de cuentas democrática en las nuevas democracias latinoamericanas. Siguiendo una metáfora espacial, clasificó los mecanismos de rendición de cuentas en “horizontales” y “verticales” para señalar los ejes de acción de los órganos de control, correspondiendo cada plano respectivamente a la distinción entre el estado y la sociedad civil. El concepto de responsabilidad horizontal, argumentó O'Donnell (1999), indica el funcionamiento de un sistema interestatal de agencias de supervisión mutua, mientras que la responsabilidad vertical presupone la presencia de un agente de control externo: la sociedad civil y el electorado.

O'Donnell (1999) se preocupó fundamentalmente por los déficits de responsabilidad jurídica, más específicamente, por la problemática actuación de los órganos horizontales encargados de fiscalizar y sancionar las acciones u omisiones de los funcionarios públicos que pudieran ser calificadas de ilícitas. Su análisis dejó fuera: (a) las interacciones horizontales que corresponden al principio de frenos y contrapesos políticos mutuos entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial; y (b) todo el eje vertical de los intercambios de responsabilidad, dado que su presupuesto de partida fue que las elecciones proporcionaban el vínculo vertical más relevante entre la sociedad y el estado y que el funcionamiento de las instituciones electorales (incluso bajo regímenes delegativos) no encontraba obstáculos fundamentales. Su definición de las democracias delegativas como un subtipo de poliarquía que presupone la celebración regular de elecciones, pero que carece de mecanismos horizontales efectivos para controlar la anarquía gubernamental, indica claramente las principales preocupaciones analíticas y políticas de O'Donnell (1998).

Un número significativo de autores ha seguido el llamado de O'Donnell para proponer una agenda de reforma institucional para

aumentar la autonomía jurisdiccional y la eficacia de los poderes legislativo y judicial, así como de otras agencias que forman parte de la red tradicional de controles interestatales contra las usurpaciones ilegales por parte del Poder Ejecutivo (Pinho & Sacramento, 2009; Arato, 2002). Otros se han centrado en el papel que desempeñan las agencias recién designadas, como las defensorías del Pueblo, las comisiones de derechos humanos, los consejos de estado y las oficinas anticorrupción, para hacer cumplir la responsabilidad legal (Kuvvet, 2021). Finalmente, un tercer grupo de autores ha llamado la atención sobre el mal funcionamiento de las instituciones electorales como mecanismo de rendición de cuentas en América Latina (Azam, 2021; Vian, 2020). Así, para estos autores, el diagnóstico de O'Donnell no tuvo en cuenta algunas características problemáticas de los sistemas e instituciones electorales de la región que hacen ineficaces las elecciones como mecanismo de control vertical (Martínez, 2020). Entre estas características problemáticas se han destacado las cuestiones de diseño electoral, los cambios políticos radicales y la existencia de partidos políticos débilmente arraigados que no responden a los mandatos de los votantes (O'Donnell, 1998).

Estas discusiones todavía tienen lugar dentro de los límites de un enfoque conceptual convencional de la rendición de cuentas democrática, que asume que la responsabilidad por el buen funcionamiento de la rendición de cuentas gubernamental descansa, en gran medida, en los mecanismos estatales horizontales (de naturaleza legal y política) y en las elecciones (y los partidos políticos), como una mediación vertical esencial entre el sistema político y la sociedad. Esta limitada comprensión de la responsabilidad está siendo desafiada por varios desarrollos que tienen como denominador común la presencia de una sociedad civil activa y formas de gobierno más participativas. En este sentido, ha habido una proliferación de mecanismos de rendición de cuentas no convencionales que buscan involucrar a los ciudadanos en diversas funciones de supervisión para mejorar diferentes dimensiones de la rendición de cuentas democrática (Ferrer, 2023). Estas experiencias son analizadas respectivamente en la literatura sobre “responsabilidad social” y “gobernanza participativa”, que se centran, en buena medida, en la supuesta contribución de los mecanismos de control social para mejorar los controles constitucionales y legales sobre el gobierno (Kuvvet, 2021). Sin embargo,

el surgimiento en muchas democracias de la región de redes cívicas y movimientos sociales organizados en torno a un discurso de estado de derecho y a la adopción de políticas con un enfoque en derechos agrega un valioso complemento a la red interestatal de agencias horizontales (Peruzzotti, 2012).

En segundo lugar, existe una creciente literatura sobre las múltiples formas de participación institucionalizada y sus contribuciones a la agenda de responsabilidad política (Gohari et. al., 2020; Tai et al., 2020; Auriacombe & Sithomola, 2020). Así, el desarrollo de espacios deliberativos entre la sociedad civil y los servidores públicos, particularmente a nivel local, es un complemento importante para el funcionamiento de los mecanismos electorales de intermediación política. Por ello, las nuevas estructuras de mediación pueden proporcionar una forma eficaz de corregir los déficits existentes en la rendición de cuentas política, dando voz a grupos previamente excluidos o permitiendo una distribución más equitativa de los bienes públicos (Encalada, 2023).

Las innovaciones participativas han redefinido, de esta manera, el escenario donde tiene lugar la práctica de la representación democrática, introduciendo una multitud de mecanismos para que los ciudadanos pidan cuentas a los gobiernos. El análisis de algunas de estas nuevas formas de compromiso cívico y su contribución a la agenda de rendición de cuentas jurídica y política es el tema de las próximas dos secciones. La siguiente sección analiza las políticas de transparencia, publicidad y rendición de cuentas, dirigidas a mejorar el control sobre la legalidad de las acciones gubernamentales a través de una variedad de medios convencionales y no convencionales que se basan en la participación activa de los actores de la sociedad civil, mientras que la siguiente se centra en el desarrollo de procesos democráticos e institutos que garanticen la participación ciudadana en la garantía de sus derechos, así como en las propuestas para la creación de nuevos espacios de mediación participativa creados específicamente para sensibilizar el proceso de formulación de políticas a las necesidades de los grupos sociales pobres y marginados. Como se muestra, estas innovaciones han transformado significativamente el panorama para el ejercicio de la rendición de cuentas democrática y han establecido un entorno mucho más complejo que el previsto

inicialmente por los enfoques tradicionales de la rendición de cuentas democrática.

3. PARTICIPACIÓN Y CONTROL CIUDADANO: TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Levine & Molina (2007), siguiendo lo que se ha convertido en norma en la literatura sobre la calidad de la democracia, toman como punto de partida una definición procedimental de democracia derivada del trabajo de Dahl (2003) para construir una definición operativa de democracia en términos de una colección de procedimientos (y los derechos que sustentan esos procedimientos) a través de los cuales los ciudadanos de un país pueden elegir a quienes gobiernan, influir en las decisiones de los elegidos y hacerlos responsables. Esta definición operativa y la idea de calidad que de ella se deriva les ha permitido establecer lo que sería una democracia de máxima calidad, reconociendo que los países se diferencian entre sí en cuanto a cómo y cuánto lograr en una determinada dimensión. Sin embargo, según los autores, estas diferencias responden a las particularidades de la historia política de cada país y no impiden el uso de un criterio común de evaluación.

A partir de esta comprensión de la democracia, los autores conciben la calidad de la democracia no como un fenómeno de todo o nada, sino como un continuo multidimensional, que ha de poseer, en todo caso, los siguientes elementos: (a) las elecciones son libres, justas y frecuentes; (b) el gobierno está efectivamente en manos de los elegidos; (c) hay libertad de expresión; (d) los ciudadanos tengan acceso efectivo a fuentes alternativas de información; (e) hay libertad de organización y reunión y las asociaciones tienen autonomía en relación con el gobierno; y (f) la ciudadanía es ampliamente inclusiva, con sufragio universal de adultos y sin barreras discriminatorias a la participación electoral y política. En consecuencia, la calidad de cualquier democracia se puede especificar en términos del grado de las calificaciones de estos elementos, que pueden ir desde mínimamente aceptables hasta las mejores condiciones posibles (Levine & Molina, 2007).

Cuando la democracia se entiende como un conjunto de procedimientos (con los derechos que los respaldan), a través de los cuales los ciudadanos de un país pueden elegir a quienes gobiernan, influir en sus decisiones y exigirles cuentas, entonces el nivel de calidad de cualquier democracia permite establecer la medida en que los ciudadanos pueden participar de manera informada en procesos electorales libres, justos y frecuentes, influir en la toma de decisiones políticas, y responsabilizar a los que gobiernan. Así mismo, determinar el nivel de calidad de una democracia implica también establecer hasta qué punto quienes gobiernan son los que realmente toman decisiones y lo hacen de acuerdo con la voluntad popular. Dados estos determinantes, la calidad de la democracia produce cinco dimensiones empíricas que, juntas, brindan la base para la evaluación: decisión electoral, participación, capacidad de respuesta, responsabilidad y soberanía. Cada una de estas dimensiones tiene un conjunto distinto de indicadores empíricos y una clara relación con la comprensión teórica central de la democracia en la que se basa nuestro análisis (Levine & Molina, 2011).

3.1. Participación ciudadana en democracia

El requisito de que las elecciones sean libres, justas, frecuentes y competitivas, y que lleven al nombramiento de funcionarios con poder real para actuar, está en el centro de cualquier definición de democracia política y su calidad. Este es un requisito multidimensional, que va desde lo mínimo hasta lo óptimo en cada componente. Un área que se presta a medidas de variación, y por lo tanto de calidad, se refiere al libre acceso a múltiples fuentes de información y la provisión de recursos cognitivos a través de la difusión de la educación para permitir lo que Dahl (2003) denomina comprensión ilustrada por parte de votantes.

Una alta calidad de la democracia depende directamente del grado en que los ciudadanos tengan acceso a fuentes amplias y diversas de información de manera equitativa y sin trabas (Pollitt, 2006). Si la igualdad política formal, es decir, una persona, un voto, es una condición mínima para la democracia política, del mismo modo, la igualdad política sustantiva, que tiene como uno de sus componen-

tes esenciales una distribución equitativa de los recursos cognitivos, contribuye a una mayor calidad de la democracia al aumentar la posibilidad de una toma de decisiones informada entre el electorado (Dahl, 2003). Cuanto más diversa, abundante y equitativa sea la distribución de los recursos cognitivos en la educación y menores las barreras para acceder a la información, mayor será la probabilidad de que las decisiones políticas de los ciudadanos estén de acuerdo con sus intereses y sean conscientes de sus propios intereses. La medida en que los recursos cognitivos están igualmente disponibles es, por lo tanto, un buen indicador de la igualdad sustantiva no solo en la política, sino también en la vida económica y social (Beetham, 2004; Cook, 2020).

La competencia electoral intensa y los resultados reñidos no son suficientes para definir las condiciones de la democracia: lo que hace a un sistema democrático es que existan las condiciones para una competencia libre y justa. El análisis de los niveles de calidad de la democracia implica, por tanto, la evaluación de las condiciones efectivas de organización, acceso y competencia, pero no el nivel de competencia como tal. A diferencia de Arbatli & Rosenberg (2021), no tomamos la intensidad de la competencia como una dimensión de la calidad de la democracia, aunque ciertamente es un factor que incide en nuestra dimensión de participación, en el sentido de que cuanto más intensa y reñida sea la competencia electoral, mayor será la participación esperada y la participación política (Hicks et al., 2021).

La calidad de las instituciones electorales también es fundamental para la calidad de las opciones electorales. Esto es en parte una cuestión tanto de supervisión como de rendición de cuentas. Con respecto a la supervisión, las comisiones nacionales y regionales que administran los procesos electorales y supervisan la votación y el conteo de votos en América Latina tienen un historial mixto. De esta manera, donde las democracias son más fuertes, como en Costa Rica, las instituciones electorales están bien establecidas y son independientes, mientras que, en otras situaciones, como en Venezuela o Nicaragua, la autonomía necesaria para gestionar las elecciones de manera imparcial y equitativa ha sido cuestionada, o totalmente superada, por presiones oficiales o acuerdos secretos entre las principales fuerzas políticas (Ramanzini et al., 2021).

La participación política incluye la participación en procesos políticos formales, como votar o acceder a cargos gubernamentales, y la participación en grupos que ejercen esta participación colectivamente, por ejemplo, los partidos políticos. Es a través de la participación que los ciudadanos eligen su gobierno, lo controlan e influyen en la formulación de políticas directamente o a través de representantes. Cuanto mayor sea la participación, mayor será la probabilidad de que el gobierno y sus decisiones respondan a la voluntad del pueblo. Por lo tanto, la calidad de la democracia está directamente influenciada por el nivel y el carácter de la participación ciudadana en áreas que van desde el voto y el cabildeo hasta la afiliación a organizaciones sociales y partidarias (Levine & Molina, 2011).

Las oportunidades efectivas de votación son otro componente importante de la participación. Esto se refiere a la reducción de barreras y mayor facilidad de acceso al registro y votación, lo que repercute en una mayor cantidad y variedad de posiciones disponibles para ser elegidas por los votantes. Esto varía sustancialmente entre los sistemas políticos. Los sistemas federales tienen una cierta ventaja incorporada en el sentido de que ofrecen más niveles de opciones electorales (Signorelli, 2023). Las tendencias recientes hacia gobiernos municipales y regionales más independientes y los movimientos hacia la descentralización también pueden aumentar la participación, aunque hay evidencia de que muchas reformas neoliberales, al eliminar funciones del estado, también eliminan los incentivos para organizarse y cabildar en el estado. Las ironías saltan a la vista: reformas aparentemente dirigidas a promover la participación individual terminan reduciendo oportunidades o confinándolas a formas de participación menos efectivas y más esporádicas (Springer, 2021).

En la mayoría de los sistemas políticos de tamaño mínimo, la participación se organiza a través de sistemas formales de representación. Pero, como se señaló anteriormente, los arreglos formales de participación no cuentan toda la historia. La representación política formal gana calidad en la medida en que se sitúa en un contexto rico y abierto para la organización ciudadana en grupos y movimientos independientes del estado, elemento central de la mayoría de las definiciones de sociedad civil (Levine & Molina, 2011). En este sentido, ha habido últimamente mucho interés en América Latina

en promover la democracia directa, como foros ciudadanos, mesas de diálogo, referéndums y revocatorios, como alternativas a los arreglos de representación más convencionales (Springer, 2021). Estas y otras disposiciones relacionadas destinadas a multiplicar las oportunidades para la participación ciudadana y aumentar la influencia ciudadana sobre la toma de decisiones son adiciones potencialmente valiosas al repertorio democrático. Pero, en la práctica, ha sido difícil implementar esquemas de democracia directa de manera que puedan superar el peligro de la manipulación del estado y el liderazgo, y eludir los problemas que el tamaño por sí solo crea para la participación política directa. El nivel y calidad de la educación, el nivel de libertad de información y de prensa, y el grado de implicación ciudadana son fundamentales para la posibilidad de neutralizar o reducir el peligro de manipulación. En este sentido, la calidad de la decisión electoral está íntimamente relacionada con la calidad de la participación (Vitali, 2021).

El concepto de rendición de cuentas dirige la atención a una gama de medios sociales e institucionales disponibles para que los funcionarios públicos, ya sean elegidos o designados, estén sujetos a control y posible sanción (Signorelli, 2023). La rendición de cuentas puede ser tanto formal como informal, estando los medios formales de rendición de cuentas institucionalizados en leyes, reglamentos administrativos y oficinas independientes o semiindependientes encargadas específicamente de garantizar la rendición de cuentas, como los fiscales generales, los defensores del pueblo, los comités de supervisión, los defensores públicos y las comisiones electorales independientes (Springer, 2021).

La rendición de cuentas también puede existir sin sanciones formales, como en los casos en que la presión pública o la prensa o las campañas en los medios la exigen. Shotter (1984) llamó a esto responsabilidad social y señaló una variedad de movimientos sociales, por ejemplo, a favor de los derechos humanos y anticorrupción, que tienen como objetivo movilizar la presión pública para enjuiciar y castigar a los funcionarios.

La metáfora espacial sobre la horizontalidad o verticalidad llama la atención frente a aspectos alternativos, y a veces complementarios, de la responsabilidad. Así, mientras la responsabilidad horizontal es

ejercida por elementos dentro del gobierno explícitamente encargados de revisar las acciones de los funcionarios y cargos públicos, por ejemplo, jueces, oficinas de contabilidad, servicios de investigación y comités de supervisión, la responsabilidad vertical es ejercida por los ciudadanos a través de elecciones periódicas, junto con referéndums y revocatorios (Encalada, 2023). Además, mientras los elementos centrales de la rendición de cuentas horizontal son el recurso al estado de derecho y los procedimientos sobre la legalidad de las acciones oficiales, la vigencia de la rendición de cuentas vertical obviamente depende de la calidad del proceso electoral, lo que vincula esta dimensión con las dos anteriores de participación y decisión electoral (Schillemans, 2010).

Aunque analíticamente distintas, las responsabilidades vertical y horizontal están relacionadas y son interdependientes. Nuestra comprensión de ambas se enriquece en la medida en que podemos ubicarlas en un contexto de responsabilidad social, donde los ciudadanos, los grupos organizados y otros integrantes de la sociedad civil plantean problemas, cambian las agendas públicas, presionan por la reparación de agravios, organizan manifestaciones y campañas para mantener casos con vida y, en ocasiones, proporcionan medios alternativos de seguimiento de las actividades oficiales (Encalada, 2023). La responsabilidad social es muy flexible y no está restringida por calendarios o rutinas oficiales. Además, puede activarse a pedido y puede orientarse hacia el control de asuntos, políticas o empleados únicos sin necesidad de mayorías sociales o derechos constitucionales (Lührmann et al., 2020).

Powell (2000) define la capacidad de respuesta como lo que ocurre cuando el proceso democrático induce al gobierno a formular e implementar políticas que los ciudadanos desean. Apunta a una cadena de capacidad de respuesta que conecta a líderes, ciudadanos y políticas a lo largo del tiempo y entre niveles de gobierno. Un mayor grado de capacidad de respuesta distingue al liderazgo democrático de quienes se mantienen en el modo tradicional de jefes frente a quienes dicen una cosa en las campañas electorales, pero luego hacen lo contrario sin molestarse en convencer al público de la sabiduría o la necesidad de hacerlo. El concepto no está exento de complicaciones. Un gobierno puede demostrar que es altamente receptivo

al promulgar políticas que cuentan con el apoyo de la mayoría pero que producen resultados pobres, o incluso desastrosos, socavando la popularidad que busca mantener. Las cuestiones de tiempo también son relevantes. Algunas políticas pueden no rendir frutos a corto plazo y, cuando surjan los resultados, el gobierno puede estar condenado. De acuerdo con nuestra guía general, aquí usamos “capacidad de respuesta” para referirnos a políticas y no necesariamente a resultados (Levine & Molina, 2011).

La soberanía rara vez se considera en las discusiones sobre la calidad de la democracia, pero el requisito de que los elegidos tengan realmente el poder de gobernar significa que los gobiernos democráticos no son títeres y no tienen su independencia limitada por fuerzas antidemocráticas, ya sean nacionales o extranjeras (Powell, 2000). El concepto de soberanía incluye la independencia política formal, que se logró hace mucho tiempo en América Latina, pero va más allá al abarcar la medida en que un gobierno se encuentra realmente en capacidad de gobernar. Un gobierno elegido frente a un actor militar agresivo y poderoso que veta sus actuaciones, o forzado a operar bajo una carga de deuda y restricciones financieras tan fuertes como para impedir la independencia política, no es efectivamente soberano (Encalada, 2023).

Krasner (2001) trata la soberanía como un requisito mínimo para la democracia más que como una dimensión de su calidad. Pero esto hace que la soberanía sea un fenómeno de todo o nada, en lugar de algo que varía de más a menos a través de una gama de indicadores. Por ello, preferimos definir la soberanía en términos de la medida en que los funcionarios electos pueden tomar decisiones, sustancialmente libres de control, directo o indirecto, por parte de fuentes ajenas al proceso democrático, como potencias extranjeras, instituciones económicas transnacionales (públicas o privadas) o entidades internas financieras, militares o religiosas. Además, es importante tener en cuenta que todos los gobiernos están limitados de alguna manera y, por lo tanto, solo se puede decir que las democracias son, en mayor o menor medida, soberanas. En consecuencia, cuanto menos autonomía tenga un gobierno frente a presiones internas y/o externas, menor será la calidad de la democracia (Hansen & Stepputat, 2006).

3.2. *Transparencia y rendición de cuentas*

En general, las definiciones de democracia enfatizan el derecho igualitario de los ciudadanos a participar en las decisiones colectivas. Por ejemplo, el influyente trabajo de Beetham (2004) sobre la auditoría democrática se basa en una comprensión del control popular y la igualdad política como principios fundamentales de la democracia. Sin embargo, con excepción de los demócratas directos, se tiende a prestar, tanto en la teoría como en la práctica democráticas, mucha mayor atención a la inclusión que a la realización del control popular. Esto provoca que falte, con frecuencia, en el diseño de la mayoría de las instituciones democráticas la sensación de que los ciudadanos tienen un control efectivo sobre elementos significativos de la toma de decisiones (Encalada, 2023). Como resultado, y a la luz de nuestra definición de innovaciones democráticas y de la preocupación por el hecho de que la participación a menudo es manipulada por las élites políticas, cabe adoptar como criterio de valoración de un determinado proyecto democrático la medida en que permite que los ciudadanos adquieran mayor influencia y control en el proceso de toma de decisiones (Osorio, 2023).

Al considerar el control ciudadano, nos basaremos en una descripción muy estilizada de las etapas del proceso de toma de decisiones, distinguiendo entre definición del problema, análisis de opciones, selección e implementación. En realidad, el proceso de toma de decisiones políticas es mucho más complejo y está lejos de ser lineal, pero para nuestros propósitos es una heurística útil. Los teóricos democráticos están bien versados en las formas en que los intereses hegemónicos pueden establecer agendas, enmarcar los problemas de manera particularmente ventajosa y evitar (o marginar), ya sea de manera abierta o encubierta, los temas polémicos en lugar de someterlos a escrutinio público. Como consecuencia, la participación a menudo se limita a temas “seguros” para suprimir el conflicto (Ferrer, 2023).

Además, el establecimiento de la agenda puede verse también limitado, no por un ejercicio de poder tan manifiesto, sino por la división de competencias entre las distintas instituciones políticas. De esta manera, el alcance de la participación se encuentra también

generalmente limitada por las propias fronteras de los poderes de la autoridad pública competente (Kim, 2008). Así, por ejemplo, los poderes de *agenda-setting* de una innovación democrática establecida por una autoridad local están limitados en la medida en que puedan tener un efecto directo sobre asuntos controlados por el gobierno nacional u otras instituciones.

Dado que la mayoría de las innovaciones democráticas son establecidas por el gobierno, el proceso mediante el cual se definen los problemas y se analizan las opciones a través de formas de participación ciudadana se vuelve crucial (Quintana, 2023). Así, puede ocurrir que una innovación llegue a lograr la inclusión, pero el impacto es menor si los ciudadanos están participando en un tema que tiene poca relevancia política. Ante esta situación, dar a los ciudadanos el poder de establecer la agenda requiere mecanismos y procedimientos para que estos puedan influir en la selección de temas y en cómo deben ser considerados, incluyendo, por ejemplo, el tipo de información que reciben. Por ello, se cuestiona en qué medida se puede ejercer el control popular sobre las condiciones en las que participan los ciudadanos (Melossi, 2005).

Incluso cuando la participación ocurre en temas significativos, una crítica común es que tiene poco o ningún efecto sobre las decisiones. Las autoridades políticas ignoran la participación o la utilizan para confirmar decisiones tomadas en otros lugares. Aquí es donde las acusaciones de cooptación pueden tener un efecto particular: los ciudadanos se ven arrastrados a un ejercicio de participación como mecanismo de asimilación con poca o ninguna oportunidad realista de cuestionar las prácticas establecidas (Ferrer, 2023). En algunos proyectos democráticos, los resultados de las innovaciones tienen un impacto político o legislativo directo, pero esto es raro. Esto plantea la pregunta de cómo los resultados de otros proyectos afectan las decisiones finales: ¿existen procedimientos que puedan implementarse para garantizar que los resultados se tengan en cuenta y se les dé la debida importancia en las decisiones políticas futuras?

Finalmente, aunque la mayoría de las innovaciones se relacionan con los primeros tres elementos del proceso de toma de decisiones (definición del problema y análisis y selección de opciones), algu-

nas involucran a los ciudadanos en el proceso de implementación y, como tal, las preguntas sobre el grado de influencia siguen siendo pertinentes (Kim, 2008).

Al considerar todas las fases del proceso de toma de decisiones, también debemos ser conscientes de que el diseño de innovaciones democráticas puede involucrar a los ciudadanos en el “compartir” el poder con otros actores, como, por ejemplo, las autoridades públicas. Los casos de co-gobernanza, donde las decisiones se toman y, a veces, se implementan a través de foros que incluyen ciudadanos y representantes de las autoridades públicas (y posiblemente de otros organismos), plantean preguntas importantes sobre la capacidad de los ciudadanos para actuar junto con actores que tienen más apoyo burocrático y experiencia política. Dada la creciente dependencia de las redes de gobernanza en la sociedad contemporánea, la capacidad de los ciudadanos para operar dentro de estos contextos es una consideración importante (Ackerman, 2004).

Los enfoques típicos de control y rendición de cuentas tienden a centrarse en reducir las asimetrías de información. Sin embargo, al mismo tiempo se reconoce que proporcionar información no es suficiente para cambiar los resultados a menos que también se aborden las asimetrías de poder subyacentes. Las asimetrías de información, aunque surgen de problemas sobre si las acciones o los resultados son inobservables, al final rara vez son un accidente de la historia. En cambio, la falta de divulgación de información es a menudo el resultado de que actores poderosos intencionalmente retienen información o se resisten a los intentos de hacerla accesible; en otras palabras, las asimetrías de información también están integradas en las asimetrías de poder existentes (Figueiras, 2016).

En esta subsección, se destacan las tres principales condiciones necesarias para que las iniciativas de información sean efectivas: transparencia, publicidad y rendición de cuentas. Sin embargo, hacer que la información esté disponible, hacerla accesible y asegurarse de que tenga consecuencias implica dinámicas desafiantes relacionadas con la naturaleza de la arena política.

3.2.1. Transparencia

La capacidad de los ciudadanos para controlar las actividades de las instituciones es crucial para cualquier sistema democrático y es fundamental para generar confianza en el proceso político. El aumento de las oportunidades de participación atraerá a los ciudadanos a entornos institucionales desconocidos donde se enfrentarán a demandas inusuales en el sentido de que se les pedirá que emitan juicios que puedan tener un impacto público significativo (Brusca et al., 2018). En este contexto, la transparencia de los procedimientos se convierte en una consideración esencial en al menos dos formas. En primer lugar, en relación con los ciudadanos que participan en el proceso, la transparencia requiere que los participantes comprendan claramente las condiciones en las que participan, por ejemplo, cómo se seleccionó el tema en consideración, quién organiza el proceso o cómo el resultado del proceso afectará las decisiones políticas, entre otros. En este sentido, lograr la transparencia puede contrarrestar los temores de los escépticos y críticos que afirman que el compromiso es poco más que cooptar a los participantes. Además, es crucial para que los participantes emitan un juicio reflexivo (Shin y Park, 2019).

Para que las instituciones que involucran a los ciudadanos tengan un efecto significativo en las decisiones públicas, el proceso debe estar abierto al escrutinio no solo de los participantes sino también del público en general (a menos, por supuesto, que la innovación involucre a todos los ciudadanos). Esta transparencia externa, consistente en la transmisión de información sobre la institución y sus decisiones al público en general, a menudo se denomina publicidad (Brusca et al., 2018).

La publicidad es crucial para que el público juzgue a las instituciones y sus productos como legítimos y dignos de confianza. Este es particularmente el caso cuando existen sospechas generalizadas sobre los motivos de las autoridades públicas. La publicidad también puede actuar como un incentivo significativo para que los participantes adopten decisiones que respondan al interés público (en lugar de realizar su interés personal) (Shin & Park, 2019). Los organizadores de las innovaciones democráticas pueden ser más o menos activos en el desarrollo de la publicidad: desde una estrategia pasiva de publicación de documentación a través de fuentes oficiales hasta un com-

promiso más enérgico con diferentes formas de promoción y medios (Brusca et al., 2018).

Hacer que la información esté disponible a través de iniciativas de transparencia es un primer paso importante para aumentar la responsabilidad (Edwards, 2020). Sin embargo, para cambiar efectivamente los incentivos (costos políticos) de quienes están en el poder para adoptar tales iniciativas, los ciudadanos deben organizarse colectivamente para aumentar su poder de negociación. Las coaliciones de reforma exitosas a menudo involucran a múltiples grupos de la sociedad civil que colaboran con las élites interesadas, incluidas agencias gubernamentales simpatizantes, como los tribunales o la defensoría del pueblo. Este tipo de coalición fue un factor clave en la aprobación de la Ley de Acceso a la Información en Brasil porque una coalición de funcionarios gubernamentales y ciudadanos eminentes ayudó a dar voz a activistas y movimientos sociales que se encontraban inicialmente aislados (Sobrinho et al., 2020).

Sin embargo, la demanda de una mayor transparencia *per se* puede no producir incentivos lo suficientemente poderosos como para estimular la acción colectiva. Reducir el alcance de las asimetrías de información no es suficiente. Los ciudadanos a menudo tienen una comprensión profunda de las debilidades y fallas del estado y, sin embargo, en la mayoría de los casos, sin un proceso que respalde sus demandas, prefieren abandonar el sistema antes que desafiarlo. Por lo tanto, apoyar la coordinación de las preferencias de los ciudadanos es esencial para catalizar el cambio. De hecho, los ciudadanos no son un grupo homogéneo con preferencias comunes, y al coordinar estas preferencias se corre el riesgo de ser cooptados por subgrupos. La sociedad civil no es, por tanto, inmune a las relaciones de poder, y diferentes actores de la sociedad civil pueden tener diferentes incentivos para mantener o desafiar las reglas existentes. En consecuencia, no es raro que surjan representantes expresando demandas que reflejan intereses especiales en lugar del interés general, fortaleciendo así las estructuras de poder existentes en lugar de confrontarlas (Land, 2020).

3.2.2. Publicidad

Si bien las leyes de transparencia son una primera condición necesaria, están lejos de ser suficientes para promover efectivamente la rendición de cuentas. La publicidad, la segunda condición para la eficacia, requiere que la información disponible se haga pública y llegue a los actores previstos, en particular a aquellos para quienes la información es importante. La publicidad, por tanto, activa el poder potencial de la transparencia (Saad-Son & Boffo, 2020). Sin embargo, que la información llegue a los destinatarios depende de quién tenga los incentivos, los medios y el poder para difundirla. Incluso cuando las leyes respaldan teóricamente la transparencia, es posible que los ciudadanos no tengan incentivos para buscar la publicación de información si hacerlo aumenta el riesgo de represalias o la percepción de que no habrá consecuencias cuando la información esté disponible públicamente (Baume & Novak, 2020).

Los medios de comunicación son un actor clave en este sentido porque su poder se deriva en realidad de las decisiones que toman sobre qué información se hace pública. Sin embargo, la sociedad civil también puede desempeñar un papel importante. De hecho, la información se puede hacer más evidente a través de ciertos enfoques y se puede percibir como más creíble mediante su difusión por parte de personas o grupos respetados en la sociedad (como líderes locales, organizaciones de base, asociaciones de padres y maestros o comités de salud) (Saad-Son & Boffo, 2020).

La disponibilidad de nuevas tecnologías digitales y plataformas de redes sociales ha ampliado las posibilidades de que los ciudadanos desempeñen un papel en la generación y difusión de contenido, especialmente cuando los canales de los medios tradicionales pueden tener una libertad limitada para hacerlo. Si bien las redes sociales han sido eficaces para publicitar los escándalos gubernamentales más atroces, como los relativos a la corrupción de políticos de alto rango o al uso excesivo de la fuerza por parte de la policía, han tenido menos eficacia para movilizar a los ciudadanos en torno a problemas cotidianos, como la falta de prestación de servicios (Baume & Novak, 2020). Un número creciente de organizaciones de la sociedad civil han surgido en todo el mundo precisamente para abordar este tipo

de fallas, agregando y difundiendo información ciudadana sobre temas como el soborno o el ausentismo de maestros (Schirch, 2021).

3.2.3. *Accountability* y responsabilidad

Una vez que la información se hace pública, la efectividad de los mecanismos de control y rendición de cuentas para promover la capacidad de respuesta del gobierno depende en última instancia de su capacidad para remodelar la arena política, reequilibrando las asimetrías de poder. La participación ciudadana puede lograr cambiar los incentivos que tienen los funcionarios públicos para no rendir cuentas, presionar a las autoridades y aumentar el costo de la inacción, especialmente cuando existe la posibilidad directa de ser sancionado o expulsado (Heinrich y Loftis, 2019).

Sin embargo, el camino de la transparencia a la rendición de cuentas no está exento de obstáculos. Dependiendo de su naturaleza, la participación ciudadana puede conducir a resultados positivos o negativos. Si bien la evaluación de estas experiencias enfrenta el desafío de definir claramente la dimensión sobre la cual se esperan los resultados, Gaventa & Barrett (2012) proponen cuatro dimensiones a través de las cuales medirlos. Según su análisis de más de 800 ejemplos de estrategias de participación ciudadana, el porcentaje más alto de resultados positivos para el indicador relativo a la mejora de la capacidad de respuesta y la rendición de cuentas del estado es el resultado de múltiples estrategias de participación (en contraposición a una única estrategia) (Heinrich & Loftis, 2019).

Además, la eficacia de la participación ciudadana para promover la rendición de cuentas depende también de la eficacia de un conjunto más amplio de incentivos institucionales, mecanismos para hacer cumplir las sanciones y coaliciones con un amplio conjunto de actores (incluidas las élites políticas) (Laebens & Lührmann, 2021). Por ejemplo, la necesidad entre los actores de élite de mantener relaciones tanto horizontales (con otros grupos de élite) como verticales (con grupos sociales organizados) para preservar su influencia, puede crear fuertes incentivos para responder (o no responder) a determinadas demandas (lo que puede variar por sector o con el tiempo) (Heinrich & Loftis, 2019). Así mismo, algunas agencias o

niveles de gobierno son más receptivos que otros a asociarse con la sociedad civil para garantizar la rendición de cuentas de otros actores estatales, como instituciones de supervisión, un gobierno central deseoso de monitorear a los gobiernos o agencias locales, o una agencia reguladora que en asociación con los ciudadanos busque fiscalizar la política de un cierto ministerio (Laebens & Lührmann, 2021). El poder judicial también puede ser un actor importante, ya que tiene el espacio y los incentivos para desafiar a las autoridades públicas. Así, por ejemplo, durante el gobierno de Hosni Mubarak en la República Árabe de Egipto, los grupos de derechos humanos aprovecharon una importante ventana de independencia judicial para impugnar sistemáticamente la legislación represiva a través del Tribunal Constitucional Supremo (Anagondahalli, 2013).

Crear coaliciones en diferentes niveles de la arena política también puede ser fundamental para aumentar el éxito de las intervenciones localizadas. Por ejemplo, cuando los obstáculos locales resultan de debilidades en un nivel superior, mejorar la responsabilidad local no es por sí mismo suficiente, porque los distintos escenarios políticos en los que interactúan los actores no son independientes entre sí. De esta manera, un proceso de evaluación de la comunidad desarrollado en Sierra Leona se vio altamente afectado cuando las enfermeras y los miembros de la comunidad no pudieron resolver los problemas relacionados con la existencia de importantes desequilibrios de poder y rupturas institucionales en otros ámbitos superiores (Lebbie et al., 2016).

En consecuencia, las estrategias de integración vertical, o la coordinación de la supervisión de la sociedad civil en diferentes niveles de toma de decisiones públicas, son importantes no solo para identificar posibles puntos de entrada de las iniciativas de reforma, sino también para fortalecer el poder de negociación de los actores con el fin de impulsar realmente las reformas (Anagondahalli, 2013). La iniciativa de conteo de libros de texto en Filipinas revela cuán exitosa ha sido este tipo de estrategia para reducir los fondos perdidos por la corrupción, así como para mejorar la calidad, el costo y el tiempo de entrega de los libros de texto. Sin embargo, la iniciativa también revela cómo el desafío de sostener dichos logros depende de la capacidad de superar las asimetrías de poder que impiden el compromiso con los objetivos de reforma a largo plazo (Gabriel, 2017).

El camino de la transparencia a la rendición de cuentas a través de la participación ciudadana y la formación de coaliciones requiere una remodelación efectiva de la arena política. Esto se puede hacer a través de dos puntos de entrada: aumentar la impugnabilidad y cambiar efectivamente los incentivos de los tomadores de decisiones (Anagondahalli, 2013). En otras palabras, la transparencia y el acceso a la información no son efectivos si no se modifica el poder de negociación relativo que tienen los actores. Por ello, la rendición de cuentas es efectiva cuando los ciudadanos, actuando individualmente en respuesta a la nueva información, eliminan a los políticamente responsables de las malas políticas. Así mismo, la rendición de cuentas también se fortalece con la movilización colectiva que aumenta el costo de la inacción de aquellos que tienen la autoridad para hacer que otros rindan cuentas. Como muestra la experiencia, las coaliciones entre diferentes grupos (ciudadanos y élites) en diferentes niveles (local, nacional e internacional) tienden a ser las más efectivas para generar cambios (Denters, 2017).

La combinación de participación ciudadana y mecanismos de control proporciona un poderoso marco analítico para la evaluación de las innovaciones democráticas que apuntan a incrementar y profundizar la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones políticas. El desafío democrático es claro: las innovaciones deben mostrar cómo se puede superar la participación desigual, cómo se puede empoderar a los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, cómo se puede estructurar el entorno para permitir juicios informados y cómo los procedimientos pueden estar abiertos a participantes y observadores (Anagondahalli, 2013). Además, las innovaciones enfrentan los desafíos prácticos de garantizar que los costos impuestos a los ciudadanos y las instituciones no sean demasiado onerosos, y que el diseño se pueda utilizar en una variedad de contextos políticos. Solo si las innovaciones democráticas pueden realizar una combinación atractiva de estos bienes, serán consideradas legítimas y dignas de institucionalización en nuestros sistemas políticos (Smith, 2009).

4. SISTEMAS Y MODELOS DE CONTROL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Los enfoques convencionales de la rendición de cuentas jurídica se centran exclusivamente en las interrelaciones que establecen entre sí las redes de organismos de control del estado, sin otorgar un papel significativo a los actores sociales. Es solo en los últimos años que el papel que juegan los mecanismos no estatales informales en la promoción de una gobernabilidad democrática más transparente y responsable se ha convertido en un tema importante en la agenda de rendición de cuentas, teniendo en cuenta que los ciudadanos, los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil pueden impugnar las decisiones gubernamentales y denunciar las acciones ilícitas de los funcionarios, actuando como guardianes informales de las autoridades públicas (Peruzzotti, 2012).

Esta dimensión de la responsabilidad gubernamental ha experimentado un desarrollo significativo en las nuevas democracias latinoamericanas: las luchas cívicas por un gobierno más responsable y la exposición de las irregularidades gubernamentales por los medios se ha convertido en una característica establecida del panorama político del continente, instituyendo una importante red informal de supervisión. Además, en los últimos años ha habido una tendencia a combinar los recursos de la sociedad civil con los de las agencias estatales, lo que ha resultado en interesantes experiencias de supervisión articulada. Ambos desarrollos (supervisión social y articulada) son indicativos del surgimiento de nuevas formas de políticas de rendición de cuentas para asegurar la subordinación de los funcionarios electos a las normas legales y constitucionales (Peruzzotti, 2012).

El término responsabilidad social se acuñó para destacar una serie de iniciativas cívicas con el fin de exponer y denunciar diferentes formas de irregularidades del gobierno, desde la corrupción hasta las violaciones de los derechos humanos. Se argumentó entonces que este último constituía un mecanismo informal de supervisión legal vertical que debía incorporarse al debate más amplio sobre la responsabilidad gubernamental. Por su parte, el marco de responsabilidad social surgió de la fundamentación teórica de O'Donnell (1999), reflejando su preocupación por el problema de los déficits

de responsabilidad jurídica: el concepto se refería a las iniciativas de la sociedad civil que abordaban específicamente el comportamiento ilegal del estado.

Las políticas de responsabilidad social involucran en la actualidad esfuerzos cívicos cuyos objetivos son, según Peruzzotti (2012): (a) monitorear el comportamiento de los empleados y organismos públicos para asegurar que cumplan con la ley; (b) exponer casos de irregularidades del gobierno que involucren corrupción y violaciones de los derechos humanos; y (c) activar la operación de agencias horizontales, tales como las comisiones de investigación judicial o legislativa, que de otro modo no actuarían o actuarían de manera sesgada. Al exponer casos de irregularidades del gobierno, hacer que las agencias estatales renuentes rindan cuentas y monitorear su funcionamiento, los actores cívicos hacen una contribución crucial para hacer cumplir el estado de derecho (Peruzzotti, 2012).

Por lo general, las iniciativas de responsabilidad social involucran a tres tipos diferentes de actores: movimientos de protesta, ONGs y periodismo de vigilancia (Laufer, 2003). Los movimientos de protesta normalmente nacen de la movilización de grupos directamente afectados por violaciones de la ley por funcionarios públicos. Familiares y amigos de las víctimas de violaciones de derechos humanos o de degradación ambiental, por ejemplo, se organizan y movilizan para denunciar, respectivamente, la violencia policial o la inacción de los organismos estatales encargados de la vigilancia ambiental. Estos actores, cuando logran visibilidad en los medios, pueden tener mucho éxito en obtener el apoyo del público en general. Dados sus orígenes básicos y reactivos, muchos de estos movimientos son efímeros y poco especializados. Sin embargo, brindan una ilustración muy vívida de cómo los déficits de responsabilidad afectan directamente los medios de vida de los ciudadanos comunes (Laufer, 2003).

Un segundo tipo de actor es la red permanente de ONGs profesionalizadas y especializadas que han adquirido una importante presencia pública en muchas democracias latinoamericanas (Joshi & Houtzager, 2012). Así, un hito importante en la agenda de responsabilidad social ha sido la consolidación de una red de organizaciones sociales profesionales que puedan servir como recurso para los actores de base de la sociedad civil. Por ejemplo, un problema cró-

nico de violencia policial en Argentina llevó a la formación de una ONG “Red contra la Represión Policial e Institucional” (CORREPI), que produce estadísticas sobre violencia policial y cuestiona datos oficiales. La organización ha desempeñado un papel crucial al brindar asistencia jurídica y contactos con los medios de comunicación a familiares y amigos de las víctimas de la violencia policial (Báez & Constantino, 2020).

El establecimiento de una red de organizaciones de control social especializadas temáticamente y con habilidades profesionales significativas también ha contribuido al desarrollo de la capacidad de monitoreo fuera del estado, particularmente importante en democracias donde los mecanismos de rendición de cuentas horizontales tienden a ser débiles y reacios a desempeñar sus funciones. Los guardias informales pueden monitorear de manera efectiva el comportamiento de los funcionarios públicos y activar las alarmas de incendio cada vez que ocurre una violación de los derechos o del proceso. De esta manera, los vigilantes sociales permanentes brindan una infraestructura valiosa para otros actores y movimientos que a menudo tienen más éxito en atraer la atención de los medios y el apoyo popular que las ONGs de defensa (Ferrer, 2023).

Un tercer actor son los medios de comunicación. La presencia del periodismo independiente o de control es fundamental para el éxito de cualquier acción de responsabilidad social. Los movimientos de protesta o las organizaciones de defensa a menudo ven a los principales medios de comunicación como un “aliado estratégico” potencial. De hecho, el impacto público de cualquier movimiento o campaña de una ONG suele ser directamente proporcional a la cantidad de visibilidad mediática que logra obtener (Newton et al., 2004).

Un escenario en el que los mecanismos sociales son fuertes proporciona una importante fuente de “estímulo” para que las agencias horizontales cumplan con sus responsabilidades. Al mismo tiempo, la existencia de agencias horizontales dispuestas a cumplir con sus roles y responsabilidades es un importante facilitador de “inducción” de la responsabilidad social. Como ha afirmado con vehemencia O’Donnell (1998), es en estas interacciones de inducción y estímulo donde se encuentran las posibilidades de avanzar en la tan necesaria democratización de estos países. Los mecanismos de rendición

de cuentas horizontal y social pueden reforzarse mutuamente en un ciclo virtuoso de “inducción y estímulo” que, al final, redundará en un ciclo de fortalecimiento de la rendición de cuentas, y en un mejor cumplimiento estatal (O’Donnell, 1998).

En los últimos años se ha hecho un esfuerzo por articular conscientemente formas de responsabilidad horizontal y social, creando formas mixtas de control jurídico. Esta es una tendencia incipiente pero prometedora en la región que, al combinar los recursos de los mecanismos sociales y estatales, puede resultar en formas más efectivas de control de las actividades gubernamentales. Estas experiencias de “supervisión articulada” implican, en todo caso, la apertura de las agencias horizontales para incorporar mecanismos participativos que complementen sus actividades de monitoreo (Schillemans, 2010).

4.1. Argentina

Una experiencia reciente de esta nueva tendencia en las políticas de rendición de cuentas es el establecimiento de una red mixta de agencias estatales y organizaciones de la sociedad civil para monitorear la implementación del plan ambiental para el saneamiento de la cuenca del Riachuelo/Matanza en Argentina. Esta cuenca es la más poblada y contaminada de Argentina. Décadas de inacción del gobierno solo han agravado el problema. Las organizaciones de la sociedad civil se movilizaron reiteradamente para presionar a las autoridades para que aborden los numerosos problemas ambientales y sociales que afectan a los 3,5 millones de habitantes. Finalmente, y en respuesta a un tercer reclamo planteado ante la Corte Suprema de Argentina por una organización de la sociedad civil, la Corte decidió tomar un papel activo y solicitó la organización de una red mixta de control, integrada por órganos horizontales (Defensoría del Pueblo y Contraloría General de la Nación), y organizaciones de la sociedad civil (organizaciones vecinales ubicadas en la cuenca, ONGs ambientales, institutos de investigación, etc.), que ahora conforman un órgano de la sociedad civil, que tiene el papel de monitorear el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la decisión judicial y hacer las recomendaciones pertinentes a la autoridad jurisdiccional de la cuenca (ACUMAR) (Spadoni, 2013).

La Defensoría General del Pueblo coordina y articula la participación de la sociedad civil en este proceso, transmitiendo su mensaje a la Corte Suprema, mientras que la Contraloría General es responsable de monitorear la ejecución presupuestaria del plan ambiental propuesto. El establecimiento de una red mixta de mecanismos horizontales y sociales que actúan de manera coordinada ha resultado en un tipo de intervención de monitoreo más efectivo, con acciones de rendición de cuentas que se benefician de la contribución específica y combinada de los diferentes actores. De esta manera, al incorporar un grupo heterogéneo de participantes de la sociedad civil en sus actividades de control, los mecanismos horizontales se benefician del aporte específico generado por actores tan diversos como organizaciones de base, ONGs ambientales internacionales y universidades. Así, las organizaciones de base proporcionan un conocimiento invaluable del terreno local, monitoreando diariamente el progreso de la construcción y las actividades de limpieza. También funcionan como alarmas contra incendios, informando inmediatamente de cualquier incidente o emergencia ambiental. Otras organizaciones, como las ONGs ambientalistas o las universidades, aportan su experiencia profesional y técnica, que es crucial para evaluar los informes gubernamentales. El respaldo que recibió el caso Riachuelo/Matanza por parte de la Corte Suprema, y el hecho de que la Corte ahora trabaje en conjunto con el Defensor del Pueblo y la Contraloría, refuerza la legitimidad y pertinencia política de la iniciativa (Ferro, 2015).

4.2. Brasil

En cuanto a los sistemas y modelos de participación popular, es necesario señalar que la mayoría de las autoridades municipales que promueven políticas participativas se enfrentan a salas de reuniones medio vacías y a una difícil lucha por involucrar a los marginados políticos en la toma de decisiones gubernamentales. Pero, en Porto Alegre, pocos años después del inicio de la política presupuestaria, miles de personas participaban en las asambleas presupuestarias regionales. Así, en 1991, unas 3.000 personas participaron en las grandes asambleas regionales de segunda vuelta, duplicándose ese número al año siguiente. Así mismo, en 1995, con la formalización de las asambleas intermedias a nivel barrial, unas 14.000 personas firmaron las

listas. Esta participación atrajo además al ámbito de la acción colectiva a barrios y regiones que históricamente no se habían movilizado. La mayoría eran pobres, no de clase media (Santos, 2002).

La evaluación participativa utiliza una amplia gama de métodos para involucrar a comunidades tradicionalmente marginadas y grupos sociales vulnerables, incluidas entrevistas no estructuradas y semiestructuradas, debates grupales y ejercicios y biografías, junto con técnicas como la clasificación de preferencias, el mapeo y el diseño para hacer que el proceso sea lo más accesible posible para todos los participantes, muchos de los cuales pueden ser analfabetos. Si bien no debe cuestionarse el compromiso de muchos profesionales y agencias de desarrollo, lo que está abierto a debate es el grado en que la retórica del empoderamiento se lleva a cabo de tal manera que la evaluación participativa puede clasificarse como una innovación democrática (Ferrer, 2023). En la práctica, la participación ciudadana permanece localizada, con profesionales que agrupan las evaluaciones locales en planes a mayor escala. Hay un número creciente de críticos que sugieren que el proceso no logra sus objetivos y que cualquier empoderamiento es superficial o incluso ilusorio. Los críticos cuestionan, por ejemplo, si existe una conexión real entre la evaluación participativa y la toma de decisiones: ¿qué evidencia hay que sugiera que la participación a nivel local tiene algún efecto en políticas más amplias a nivel macro que afectan las desigualdades y las injusticias? De ahí que, para autores como Marquetti (2003), la evaluación participativa sea en muchos aspectos, en el mejor de los casos, un ejercicio impresionante de consulta a gran escala por parte de las autoridades públicas más que una innovación democrática.

Por lo general, asumimos que la dirección del aprendizaje sobre la práctica democrática es de una sola dirección: desde las democracias industriales avanzadas hacia las democracias establecidas más recientemente. De manera que las primeras, consideran que tienen nada que aprender, sino solo exportar su experiencia. Sin embargo, el presupuesto participativo, establecido inicialmente en Porto Alegre en 1989, proporciona un ejemplo paradigmático de como ha venido cambiando la dirección del aprendizaje. De todas las iniciativas participativas desarrolladas en democracias industriales menos avanzadas, se puede argumentar que fue el presupuesto participativo

lo que llamó la atención de profesionales e investigadores de todo el mundo, incluidas las Naciones Unidas y el Banco Mundial (Rezende, 2023). El presupuesto participativo se ha extendido a un número creciente de municipios brasileños, un estado brasileño y más allá, en América Latina y Europa: se estima que alrededor de 250 ciudades han incorporado el mismo, en mayor o menor medida. Este proyecto ofrece un arreglo institucional creativo donde las asambleas populares se combinan con foros representativos innovadores que permiten a los ciudadanos controlar y dar forma a la distribución de una proporción significativa del presupuesto de la ciudad (Osorio, 2023).

Hay algunas críticas en la literatura de que el proceso de presupuesto participativo en Porto Alegre recibe demasiada atención en detrimento de otros municipios (Ferrer, 2023). Sin embargo, existen, al menos, dos respuestas a esta crítica. En primer lugar, casi todos los desarrollos y análisis del presupuesto participativo hacen referencia a Porto Alegre, que se ha convertido en un modo de legitimación de las estrategias de participación. Por lo tanto, es importante tener una comprensión clara de cómo opera el diseño institucional, a menudo complejo, en este contexto particular. En segundo lugar, el hecho de que se ha podido entender en qué medida el presupuesto participativo en Porto Alegre realiza bienes democráticos (Siqueira & Marzulo, 2021).

Fundamental para el diseño es el reconocimiento explícito de la importancia de los incentivos para motivar la participación y guiar a los ciudadanos hacia ciertos tipos de valoración. La autoselección de los participantes no implica necesariamente que se reproduzcan las distinciones sociales tradicionales. La estructura de incentivos del presupuesto participativo ha logrado movilizar a un gran número de grupos sociales pobres que tradicionalmente se habían resistido a la participación política. Esto se debe a que hay un retorno visible a la participación: inversiones en los barrios. Aunque los ciudadanos a menudo están motivados para participar sobre la base del interés propio competitivo, el diseño de los foros de presupuesto y el consejo de presupuesto participativo guían a los ciudadanos seleccionados a realizar valoraciones basadas en consideraciones de justicia y equidad (Marquetti, 2003).

También es importante reconocer el necesario compromiso del poder público para implementar efectivamente esta innovación democrática, tanto en términos de reorganizaciones internas para garantizar la coordinación y entrega de inversiones, como en la promoción de la participación en los barrios y regiones de la ciudad. En Porto Alegre, la gerencia se ha asegurado de que el proceso sea altamente transparente y que el público tenga buen acceso a la información. Incluso con una administración altamente solidaria, persiste el peligro de que la posición profesional de los funcionarios (intencionalmente o no) influya indebidamente en las decisiones de los ciudadanos, particularmente en la compleja toma de decisiones de la junta de presupuesto participativo (Ferrer, 2023). Este es un dilema que el presupuesto participativo no ha resuelto por completo: ¿cómo podemos asegurar que los ciudadanos tengan la capacidad de tomar decisiones a menudo complejas y técnicas sin ser indebidamente influenciados por funcionarios y otros actores? Si bien el poder formal de toma de decisiones recae en los ciudadanos, esto no siempre refleja con precisión el equilibrio de poderes en la práctica (Shwarzkopf, 2021).

En conclusión, nuestra evaluación del presupuesto participativo indica que, con un diseño cuidadoso, se pueden establecer innovaciones democráticas que brinden incentivos claros para que los ciudadanos participen de manera efectiva en la toma de decisiones políticas. Es, sin embargo, una pregunta abierta si tales incentivos pueden institucionalizarse efectivamente en el contexto de democracias liberales avanzadas y en escalas más grandes de gobierno.

4.3. *Canadá*

El modelo de Asamblea Ciudadana puede verse como un paso adelante en comparación con otros mini públicos, ya que institucionalizaron formalmente el proceso de toma de decisiones. Así, las Asambleas de la Columbia Británica y Ontario tenían el poder de recomendar un sistema electoral alternativo para sus provincias sin la interferencia directa de las élites políticas en sus deliberaciones: la recomendación recaía en un cuerpo de ciudadanos seleccionados al azar. En consecuencia, estos últimos ejercían control sobre el análisis de opciones, haciendo una recomendación al público en general (Peruzzotti, 2012).

Sería absurdo no reconocer esto como un grado significativo de poder de establecimiento de agenda, a pesar de que estaba limitado en, al menos, dos formas. Primero, en ambos casos el gobierno fue quien estableció los términos de compromiso de la Asamblea: mientras que la Asamblea de Ciudadanos de la Columbia Británica estaba facultada para seleccionar un sistema electoral alternativo, los ciudadanos no podían (por ejemplo) sugerir un cambio en el número de representantes electos. Esto era, por tanto, similar a la mayoría de los otros mini-públicos, con la excepción de las conferencias de consenso donde los organizadores involucraban a los participantes en sesiones previas al evento para seleccionar temas y expertos relevantes. En ellas, los ciudadanos ejercían cierta influencia en la fase de definición del problema (Zillman & Lucas, 2002).

En segundo lugar, aunque las Asambleas podían recomendar un nuevo sistema electoral, no tenían un efecto directo porque la decisión final sobre la institucionalización de un nuevo sistema electoral no quedó en manos de la Asamblea. Sin embargo, tampoco correspondía al gobierno, puesto que, tanto en la Columbia Británica como en Ontario, la elección del sistema electoral por parte de la Asamblea se planteó directamente a todos los ciudadanos en forma de referéndum vinculante (Zillman & Lucas, 2002).

Es difícil sacar conclusiones generales sobre la medida en que el control popular se realiza a partir de tal diversidad de diseños. Claramente, se debe hacer una distinción importante entre las innovaciones en las que los ciudadanos pueden ejercer cierto grado de poder independientemente de las autoridades públicas, y aquellas en las que colaboran directamente con los funcionarios. Las innovaciones de la primera categoría, por ejemplo, los mini-públicos y la legislación directa, proporcionan un “espacio protegido” para que los ciudadanos actúen sin interferencia directa de las autoridades. Sin embargo, aunque en ambos casos se puede cuestionar hasta qué punto estas últimas pueden influir en los términos de referencia y la conducción de estas innovaciones, sería un error no reconocer la importante oportunidad que ofrecen para que los ciudadanos ejerzan el control popular sobre aspectos concretos del proceso de toma de decisiones (Peruzzotti, 2012).

4.4. *Colombia*

La Constitución Política de Colombia observa algunos mecanismos de control popular, con base en su art. 40, que asegura la participación ciudadana en la formación, ejercicio y control del poder político. Entre los mecanismos observados se destacan el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato, institutos jurídicos recogidos en el art. 103 de la Carta Magna (Jiménez, 2010).

En todos los casos presentados, el estado se propone contribuir a la organización, formación y promoción de las asociaciones profesionales, civiles, gremiales, comunitarias, juveniles, benéficas o de uso común, así como de las organizaciones no gubernamentales que hayan sufrido algún perjuicio a su autonomía, con el fin de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las distintas instancias de participación social, control y supervisión de la gestión pública, observándose el contexto en que se instituyan (Jiménez, 2010).

Todos estos mecanismos se encuentran además regulados por la Ley 134 (1994), la cual parte del fundamento básico de no obstaculizar el desarrollo de otras formas de participación y control ciudadano adicionales a las enumeradas, siempre que estén dirigidas a regular el ejercicio de los derechos políticos en el contexto político, social, económico, cultural, universitario o incluso sindical del país.

4.5. *México*

Uno de los ejemplos más conocidos de la nueva tendencia en las políticas de rendición de cuentas es el llamado proceso de “ciudadanización” del Instituto Federal Electoral (IFE) de México. Luego de años de presión social sostenida por una red nacional de organizaciones cívicas (Alianza Cívica) que exigía reformas institucionales y electorales para garantizar la realización de elecciones libres y competitivas, el Código Federal fue modificado en octubre de 1996 para permitir el nombramiento de “ciudadanos asesores” para salvaguardar la autonomía de la agencia contra la manipulación política. La incorporación de figuras respetadas de la sociedad civil en

el directorio del IFE se considera un gran avance institucional que cambió la lógica de subordinación política que ha caracterizado al IFE, iniciando una serie de reformas que permitieron la realización de elecciones libres y competitivas y el traspaso de poder a un partido de oposición por primera vez en más de seis décadas (Diez, 1999). La “socialización” de este órgano de control horizontal fue el trampolín de un giro político radical que, con el triunfo de Vicente Fox en las elecciones presidenciales de julio de 2000, inauguró el período democrático posterior (Domingo, 2009).

4.6. *Análisis transversal*

Las iniciativas descritas en esta sección agregan recursos importantes a los esfuerzos en curso para fortalecer la dimensión legal de la rendición de cuentas del gobierno en la región. Tanto la responsabilidad social como las experiencias de supervisión articulada representan nuevos esfuerzos para fortalecer el estado de derecho en la región, desafiando abiertamente la ilegalidad del estado en materia de violaciones de derechos humanos, infracciones ambientales o corrupción. Incluso si estas iniciativas logran reducir el comportamiento discrecional del estado, todavía hay otros déficits democráticos de naturaleza más política que deben abordarse. Por ello, los esfuerzos ciudadanos para promover la subordinación de los agentes estatales al estado de derecho son insuficientes si no se complementan con otras formas de relacionamiento que buscan fortalecer y mejorar la dimensión política de la rendición de cuentas democrática, en particular la falta de capacidad de respuesta que las políticas públicas presentan ante las necesidades de grupos pobres y marginados (Pezzotti, 2012).

Hay una serie de mecanismos importantes que se han creado específicamente para abordar los déficits de responsabilidad política. Uno de los más destacables es el establecimiento de nuevos espacios de mediación que buscan crear canales de comunicación más participativos, públicos y deliberativos entre la sociedad civil y el sistema político. El análisis de tales arenas de participación institucionalizada y su contribución a la agenda de responsabilidad democrática es el tema de la siguiente sección (Smith, 2009).

Podría decirse que la ambición de lograr el control popular es el medio más importante para diferenciar las innovaciones democráticas de los modelos tradicionales de consulta. El fracaso constante de las formas familiares de consulta para impactar materialmente la toma de decisiones políticas ha generado desilusión entre los ciudadanos, los practicantes y los teóricos democráticos. Nos preguntamos en qué medida el diseño de las diferentes innovaciones puede aliviar la sospecha de que la participación tiene, en el mejor de los casos, poco efecto en el proceso de toma de decisiones y, en el peor, no es más que un modo de manipulación y cooptación para legitimar decisiones tomadas en otros lugares (Peruzzotti, 2012).

En nuestro marco analítico, ofrecemos un enfoque estilizado de las fases del proceso de toma de decisiones como una forma de comprender cómo los ciudadanos pueden ejercer el poder en las diferentes fases del proceso, a saber, la definición del problema, el análisis de las opciones disponibles, su selección y su implementación. Nuestra evidencia indica que la historia de las innovaciones democráticas es mixta. En términos formales, algunos de los proyectos que revisamos no nos llevan mucho más allá de la consulta. Por ejemplo, solo en raras ocasiones los mini-públicos han jugado un papel formal en el proceso de toma de decisiones, y muchos de ellos no han alterado radicalmente la división del trabajo político entre ciudadanos y autoridades públicas, ni han limitado la opacidad en el proceso de toma de decisiones. Pero incluso cuando nos encontramos con innovaciones que tienen poderes formales, es frecuente que los ciudadanos no puedan ejercer en la práctica plenamente sus poderes.

En contraste, todas las formas de legislación directa permiten a los ciudadanos tomar la decisión final (selección de opciones) y es por esta razón (combinada con la realización formal de la igualdad política) que es la innovación preferida de los demócratas directos. Así, en la iniciativa y en el referéndum popular, la facultad de proponer proposiciones (definición del problema) y de tomar decisiones finales recae en los ciudadanos, que toman sus decisiones en privado (en la cabina de votación), libres de presiones sociales directas (Smith, 2009). En la práctica, sin embargo, hemos encontrado que la influencia de las élites políticas y económicas no se puede descartar, especialmente cuando se considera la inversión financiera requerida

para lanzar con éxito una propuesta y su capacidad para influir en el debate público (análisis de opciones), un tema al que volveremos en la siguiente sección.

5. LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y LOS MECANISMOS DE CONTROL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

A pesar de la falta de consenso inicial, la comunidad internacional acordó rápidamente un instrumento jurídicamente vinculante para fomentar la cooperación internacional frente a la amenaza común del crimen organizado transnacional (COT). A pesar del escepticismo inicial, podemos atribuir este éxito al apoyo intelectual y moral del sistema italiano y de figuras clave en la Secretaría de la ONU, así como al peso político otorgado por los Estados Unidos y a un amplio apoyo occidental al proceso (Rezende, 2023).

En un nivel más macro, un período geopolítico favorable, pero de corta duración, de cooperación Este-Oeste, fue fundamental. Además, la intervención oportuna del primer ministro polaco en 1996 completó la constelación de circunstancias políticas y personales que permitieron que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) fuera aprobada, en lo que constituye una historia de logros frente a importantes obstáculos. Gracias a los esfuerzos de los involucrados, la lucha contra el COT se situó en la parte superior de la agenda política internacional y se tomaron medidas concretas, lo que ha resultado en un progreso real, si bien difícil de calcular, en materia de cooperación y desarrollo de legislación en todo el mundo. Además, desde su adopción, la CNUDOT ha seguido adaptándose y evolucionando (Tennant, 2021).

La Convención de Palermo es un instrumento jurídico increíblemente amplio, innovador y moderno que incluso incluye disposiciones sobre testimonios de testigos por videoconferencia. Así mismo, es lo suficientemente flexible como para adaptarse a los nuevos delitos y a los comportamientos sin precedentes de las pandillas criminales (Rezende, 2023). Como resultado, la legislación desarrollada a partir

de la CNUDOT existe donde no existía antes, y los países pueden cooperar entre sí en sus investigaciones cuando antes no podían. Y, en este sentido, ha sido clave para la creación de órganos y entidades de control, y para la implementación a nivel nacional de políticas sobre la fiscalización de prácticas (Guachetá Torres, 2020).

De esta manera, la CNUDOT es una parte central de la respuesta al COT (cuya naturaleza transversal causa, según los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU, un extenso daño social, ambiental, económico y al desarrollo) (Rezende, 2023), a través de la creación de un sistema jurídico internacional, la promoción del desarrollo de sistemas nacionales y la capacidad de hacer cumplir la ley para combatirlo. Sin embargo, incluso en el mejor de los casos, la CNUDOT no es una panacea y no puede cumplir por sí sola con las expectativas que ha generado en algunos, razón por la cual es necesario entenderla como parte de una colección más amplia de herramientas dirigidas a desestabilizar y disuadir el COT, en lo que constituye una estrategia global conjunta de todos los integrantes del sistema de las Naciones Unidas y de la comunidad internacional en su conjunto (Rayo, 2021).

En todo caso, a la hora de analizar la participación ciudadana en la implementación a nivel nacional de la CNUDOT, es importante tener en cuenta que, como hemos visto, la participación ciudadana puede tomar muchas formas, desde la toma de decisiones autónoma en las comunidades locales hasta el diálogo con la sociedad en todo el país o la consulta por internet. Existe, por tanto, una larga tradición de participación en muchos países, que a menudo precede al uso actual de términos como participación o deliberación (Rezende, 2023).

En este sentido, Almond & Verba (1963) fueron de los primeros en enfatizar la importancia central de la educación en varias formas de participación política. Investigaciones recientes sobre las formas de participación no institucionales, tanto dentro como fuera de la arena política, apuntan también a la educación como uno de sus principales motores (Bovens & Wille, 2017; Filetti & Janmaat, 2018). Por ello, la participación ha sido considerada como un “comportamiento costoso”, que requiere múltiples recursos intelectuales y debe sopesarse frente a otras actividades posibles (Filetti & Janmaat, 2018: 329).

Así como en la participación electrónica y en la política interactiva los ciudadanos bien educados están sobrerrepresentados (si bien es probable que la “participación electrónica” movilice más a los jóvenes que a los adultos) (Christensen et al., 2017), lo mismo sucede en la gobernanza ciudadana, que involucra a los ciudadanos en la configuración de la prestación de servicios públicos a través de foros de toma de decisiones (observándose también en este ámbito una mayor participación de los jóvenes, además de las minorías étnicas). Así, según un estudio basado en datos de Inglaterra y Gales sobre iniciativas en las áreas de regeneración, crimen, educación y salud, la educación es el principal predictor de la participación (John, 2009).

Resultados similares se encuentran también en un estudio de Mariën et al. (2010), que compara la participación en 25 países: a mayor nivel educativo, mayor probabilidad de que un individuo participe en diversos actos políticos. Si bien estas formas no institucionalizadas son más inclusivas en el sentido de que los jóvenes y las mujeres están mejor representados, no disminuyen las desigualdades entre los participantes en términos de logros educativos. En el mismo sentido, Van der Meer & Van der Kolk (2016) han hallado una diferencia del 22% entre quienes tienen niveles de educación superior e inferior con respecto a la participación electoral en las elecciones locales en los Países Bajos. Así mismo, los primeros son hasta dos veces más activos que los segundos en otras formas de participación ciudadana.

En consecuencia, como mucha gente se siente cada vez más alejada de las instituciones democráticas y políticas (si bien las elecciones siguen siendo una forma popular de participación política), existe un amplio apoyo para dar a los ciudadanos una voz más directa en la toma de decisiones políticas (complementando así las formas existentes de democracia representativa), por lo que se han introducido formas innovadoras de participación en muchos países (incluyendo formas participativas o interactivas de formulación de políticas, gobernanza ciudadana, asambleas populares y participación electrónica), a pesar de lo cual persisten diferencias notorias en el grado de participación y en el tipo de propuestas (políticas) relacionadas con el nivel de educación (Hincapie, 2023).

De esta manera, las formas alternativas de participación, y en particular aquellas que pueden ser impulsadas por la innovación demo-

crática, tienden a ser más desiguales, ya que las personas con mayor nivel educativo están sobrerrepresentadas (Picabea, 2023). Este sesgo en la participación basado en el nivel educativo tiene al menos dos consecuencias dignas de discusión. En primer lugar, puede llevar al descuido de los deseos e intereses de los grupos menos educados de la sociedad (lo que puede plantear un grave problema de legitimidad porque los individuos o grupos dentro de la comunidad pueden no apoyar las políticas que se desarrollan, o incluso oponerse a ellas). En segundo lugar, el debate entre los dos grupos se enmarca cada vez más en términos socioculturales, con un fuerte enfoque en temas como la integración, el medio ambiente, el crimen y la inmigración (Encalada, 2023).

En este contexto, se plantea un dilema crucial relacionado con la interacción entre la necesidad imperante de implementar políticas que fomenten la educación de las poblaciones, con un enfoque particular en su participación activa en el ámbito democrático, y la viabilidad de los instrumentos jurídicos previstos en la CNUDOT para combatir el COT. Este dilema se manifiesta en la medida en que dichas políticas podrían colisionar con la efectividad y aplicabilidad de los instrumentos jurídicos recogidos en la CNUDOT (Hernández & Torres, 2023).

Así, la educación de la población, especialmente en el contexto democrático, se erige como un pilar fundamental para fortalecer las bases de una sociedad participativa e informada. No obstante, la implementación de medidas educativas puede chocar con las estrategias jurídicas delineadas en la CNUDOT, que buscan abordar de manera eficaz la complejidad del crimen organizado a nivel transnacional. Este conflicto plantea interrogantes sobre la capacidad de conciliación entre dos imperativos fundamentales: el fortalecimiento de la educación cívica y la aplicación de instrumentos legales rigurosos para combatir las redes criminales transnacionales (Vílchez-Vargas, 2023).

Asimismo, la convergencia entre los objetivos educativos y la lucha contra el crimen organizado pone de manifiesto la necesidad de un enfoque integral y coordinado. Se requiere un análisis detenido para determinar en qué medida la promoción de la educación puede coexistir y potencialmente reforzar las estrategias jurídicas, o si, por

el contrario, se presentan conflictos irreconciliables que exigen una revisión más profunda de los marcos normativos vigentes. Este análisis debe considerar tanto la efectividad a corto plazo de las medidas jurídicas como la construcción a largo plazo de sociedades resilientes y participativas (Hernández & Torres, 2023).

Además, es crucial destacar la importancia de abordar este dilema desde una perspectiva internacional, dada la naturaleza transnacional del crimen organizado. La cooperación entre estados, en el ámbito educativo y legal, se revela como una pieza clave para encontrar soluciones equilibradas y eficientes. La armonización de esfuerzos a nivel global se presenta como un requisito esencial para superar las tensiones inherentes a la convergencia entre las demandas de educación ciudadana y la necesidad de combatir el crimen organizado en una escala internacional (Vílchez-Vargas, 2023).

En conclusión, la complejidad de la relación entre la promoción de la educación y la eficacia de los instrumentos legales contra el crimen organizado transnacional plantea desafíos significativos que requieren un enfoque cuidadoso y reflexivo. La búsqueda de soluciones efectivas debe basarse en un análisis detallado de los impactos potenciales de las políticas educativas en el marco jurídico existente, buscando armonizar ambos imperativos en pos de una sociedad justa, informada y segura (Hernández & Torres, 2023).

En otras palabras, para una adecuada implementación de los mecanismos potencialmente efectivos frente a la realidad criminógena del COT recogidos en la CNUDOT, es fundamental que sean no sólo conocidos y ampliamente difundidos, sino también entendidos y apoyados por todos los estratos, y en especial por los más vulnerables. Es desde esta perspectiva que el debate se mantiene abierto sobre si es posible conciliar el potencial de la CNUDOT, y de sus mecanismos de combate al COT, con el necesario apoyo y participación en su implementación de los distintos sectores de la ciudadanía, pues de lo contrario estaría en riesgo su propia viabilidad para ser efectivos en las propias sociedades nacionales para las que han sido diseñados.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones: desafíos para las plataformas de defensa de los derechos ciudadanos

De acuerdo a lo señalado en la introducción, la información y análisis que se presenta en este capítulo requiere acudir al diagnóstico de problemas fundamentales y a la elaboración de recomendaciones para la formulación de políticas públicas. Todo ello en un contexto macro-político de mayor pluralismo regional, como consecuencia del ascenso de gobiernos de izquierdas en gran parte de América del Sur durante la primera década del nuevo siglo, en el que es posible identificar toda una serie de problemas comunes que afectan al funcionamiento político de los estados de la región, lo que, al mismo tiempo, no impide observar, desde una perspectiva micro, particularidades propias de cada país con base en el desempeño específico de las variables analizadas.

El desastre de las políticas neoliberales, que provocó en los años 1990 un verdadero trauma social e inspiró movilizaciones populares muy fuertes, principalmente en Argentina, Bolivia y Ecuador (este último sufrió también una enorme inestabilidad política con siete presidentes en apenas diez años) llevó al poder gobiernos regidos bajo un modelo común de “populismo rentista”, siguiendo el ejemplo instaurado por Chávez en Venezuela a partir de 1998, el cual se fortaleció luego del intento de golpe de estado de abril de 2002 y el paro petrolero de fines de 2002 y principios de 2003 (Pedro, 2021).

Todos estos países, unidos institucionalmente por un sistema hiperpresidencialista, se han mostrado capaces de adoptar un lenguaje compartido y lineamientos comunes para actuar solidariamente a nivel regional. Por ello, bajo la rúbrica de lo que se denominó “socialismo del siglo XXI”, los gobiernos de Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela adoptaron estrategias comunes y comenzaron a conformar una nueva forma de articularse a través de la UNASUR, a la que Brasil y Uruguay se sumaron de inmediato, y Chile, Colombia, Paraguay (especialmente, tras la elección presidencial de Fernando Lugo) y Perú se unieron con más moderación (Rosón & Díaz, 2020).

Este escenario mostró una vez más la heterogeneidad de América Latina, pues si bien es cierto que hubo un giro a la izquierda, especialmente en los países sudamericanos, tuvo un doble componente que derivó en matices profundamente singulares (en respuesta al fracaso del neoliberalismo), y en la culminación de un ciclo político electoral en el que la alternancia en el poder fue una consecuencia natural de ello.

Esto dio impulso a movimientos de cambio social basados en una gran transformación de la élite política en el poder, que construyeron un nuevo discurso con una mística propia creando mitos o reinterpretando los existentes (como, por ejemplo, la figura de Bolívar). Sin embargo, esto dio también a procesos de institucionalización de diversa índole que lograron avances importantes tanto en el ámbito socioeconómico como político, lo que se ha producido no solamente con gobiernos de izquierda (como las ya mencionados), sino también con experiencias de derecha, como son los casos de Colombia (superado el personalismo de Uribe y a partir de las negociaciones de paz con la guerrilla de las FARC) y Paraguay (Perú ha sido, en cambio, más ambiguo a este respecto y Chile ha tenido alternativamente experiencias de centroizquierda y derecha).

En consecuencia, durante los primeros 15 años del siglo XXI, América Latina no solo restauró con éxito la democracia, haciéndola más sostenible y resiliente, sino que también le dio una base importante en forma de apoyo ciudadano. En este contexto, había un amplio consenso en la región de que América Latina estaba pasando por un buen momento, con democracias más consolidadas, más y mejores políticas públicas de protección social, y economías más fuertes e integradas. Esto permitió que hasta setenta millones de personas salieran de la pobreza y la clase media creciera más del 50 % en este periodo. Por ello, a partir de 2015 el gran desafío ha sido ver cómo avanzar y garantizar la sostenibilidad de este proceso en el mediano y largo plazo, en un contexto global complejo y volátil lleno de desafíos e incertidumbres. De ahí que sea fundamental que la región aproveche al máximo esta ventana de oportunidad y evite caer en la trampa de la autocomplacencia prematura (Enríquez Arévalo, 2020).

Como resultado de lo anterior, a partir de 2015, el debate se ha centrado en la calidad de la democracia, con el fin de responder a la siguientes preguntas: (a) cómo construir más y mejor ciudadanía; (b) cómo pasar de una democracia electoral a una democracia de ciudadanos e instituciones; (c) cómo conciliar la democracia con el desarrollo económico para lograr sociedades con mayores niveles de cohesión social, menos desigualdad y pobreza, y mayor igualdad de género; (d) cómo establecer una relación más estratégica entre el mercado y el estado y una relación más funcional entre el estado y la sociedad; (e) cómo hacer que la democracia dé respuesta a nuevos tipos de demandas de sociedades más complejas, más modernas, más jóvenes y más urbanas; y (f) cómo hacer, en definitiva, que la democracia funcione de manera efectiva en un contexto internacional globalizado (Castellanos, 2020). Todos estos temas plantean problemas a la democracia que deben ser debatidos y abordados democráticamente.

Para responder a estas preguntas es necesario analizar la evolución de la calidad de la democracia con base en el desempeño de las distintas variables en las que se puede desagregar. Con respecto a esta cuestión, las lecciones derivadas de la evidencia empírica nos permiten destacar varios aspectos en lo que se refiere a los países latinoamericanos: dos están relacionadas con el ámbito estatal, mientras que el resto reflejan la precariedad interinstitucional, la desigualdad, la estructura oligárquica de los medios, la fragilidad de los partidos políticos y de los sistemas de partidos, y la existencia de una profesionalización de la política de dudosa calidad (Fasolo Pilato & Oliveira Filho, 2019).

En primer lugar, en relación con las variables relativas al ámbito estatal, se puede afirmar que los problemas asociados a la dinámica del estado (muy cuestionado por el neoliberalismo) son consecuencia de graves fallas en la implementación del estado de derecho, debido a la corrupción, la inseguridad ciudadana y la debilidad en la protección de los derechos económicos y sociales, así como a la incapacidad estatal para hacer frente a la intensa violencia interna. Como resultado, el estado es percibido como muy ineficiente por su falta de capacidad administrativa, lo que se vincula con la existencia de un servicio público muy precario que ni siquiera se encuentra profesio-

nalizado o es independiente. Además, todas estas dificultades se ven agravadas por la insuficiencia crónica de las fuerzas de seguridad, y la consiguiente incapacidad estatal para ejercer el monopolio de la violencia legítima (Wike & Fetterolf, 2018).

En segundo lugar, las instituciones, al crear varias oficinas para implementar mecanismos de rendición de cuentas horizontales, están tratando de ofrecer una nueva respuesta al desarrollo constitucional según las experiencias más o menos exitosas de otros países. Sin embargo, en ocasiones, se limitan a copiarlas debido a la precaria preparación y calificación del personal que dirige estos esfuerzos y a los incentivos contenidos en la ayuda al desarrollo de dichos países, lo que ha llevado con frecuencia a la captura de estas instituciones por parte de proyectos hegemónicos que han ido expandiendo su presencia en la región. A esto hay que unir que, en un intento de asemejarse a las sociedades más avanzadas del Atlántico Norte, se suelen hacer apelaciones que hacen con frecuencia referencia a “doctrinas engañosas”, como las que los consideran “estados débiles” (o incluso “fallidos”), conceptos que llevan a la adopción de políticas y mecanismos inadecuados para la región. Todo ello ha vuelto, en gran medida, ineficientes estos esfuerzos, lo que se ve agravado por la falta de capacidad de los órganos de supervisión para controlar o exigir una respuesta adecuada de las agencias que fiscalizan (Van Beek, 2018).

En tercer lugar, la terrible desigualdad económica, que convierte a América Latina en la región más desigual del mundo, es otro problema común a la hora de lograr una política de calidad. Sin embargo, no es solo la desigualdad económica, sino que hay que sumar el componente étnico, ya que la marginación de los sectores indígenas y afrodescendientes sigue siendo un problema muy importante. Además, existe la desigualdad de género, tanto en aspectos socioeconómicos como culturales. Así, por ejemplo, el hecho de que solo cuatro mujeres hayan ocupado al mismo tiempo en la región (y por un periodo muy limitado de apenas unos pocos meses) la presidencia de sus respectivos países, muestra que, años después de la ola democrática en América Latina, las mujeres siguen estando claramente subordinadas a los hombres en la política (Onis, 2017).

En cuarto lugar, la estructura oligopólica de los medios de comunicación en países con una débil oposición política los lleva a asumir

el rol de oposición, frente a los poderes políticos hegemónicos. En contraste, en otros, se dedican a ungir, a través de su presencia omnipotente, a candidatos presidenciales, desempeñando un papel clave en las campañas electorales. Ante esta situación, los esfuerzos de las autoridades por intervenir imponiendo leyes mordaza, creando una red de comunicación pública o implementando programas especiales en los cuales el presidente habla, a veces indefinidamente, a una audiencia (los cuales tienen la obligación de ser transmitidos por todos los medios), son también aspectos fundamentales de una lucha por el poder en la que la opinión pública se subordina a la política (Handlin, 2017).

En quinto lugar, la fragilidad en algunos países de los partidos políticos y de los sistemas de partidos hizo que fueran prácticamente eliminados del espacio público, siendo reemplazados por una práctica basada en candidatos que, al margen de cualquier disciplina o programa partidario, tienen una carrera política autónoma. Por otra parte, también existen partidos articulados a movimientos bajo formas de liderazgo personalista en los que no existe transparencia en el manejo de las finanzas, no hay mecanismos internos para la selección de sus líderes y candidatos, y no está claro cómo elaboran y desarrollan sus programas políticos. Entre los factores que se encuentran en la raíz de situación destacan el presidencialismo característico de la institucionalidad latinoamericana, la personalización de las campañas electorales y el deterioro de la confianza de la sociedad en los partidos (De la Torre, 2017).

En sexto lugar, la falta de profesionalización de la política tiene un impacto negativo en la calidad de los líderes políticos en América Latina. Sin suficiente formación y experiencia, y en ausencia de mecanismos exhaustivos que aseguren la fiscalización de su trabajo, los políticos quedan encapsulados en el sistema político. Para garantizar una política de calidad, los políticos deben someterse a mecanismos de evaluación antes, durante y después de su mandato. La capacidad de las agencias independientes para informar sobre sus registros y monitorear su desempeño es un imperativo que sin duda beneficiará la calidad del sistema (Merkel, 2018).

Todo esto se enmarca en un contexto global en el que las estructuras institucionales que acogen modelos y sistemas de control y par-

participación ciudadana están sujetas a una constante erosión. De esta manera, se puede hablar de que existe en la actualidad a nivel mundial una triple crisis. En primer lugar, la insuficiencia de las fórmulas políticas de las que se derivan los diseños institucionales, puesto que los arreglos actuales muestran entidades densas, pero ineficientes, que apelan principalmente al ritualismo discursivo para encubrir su ineptitud e irrelevancia. De esta manera, las burocracias continúan, por regla general, sirviendo a sus propios intereses y formulaciones, no a su sociedad.

En segundo lugar, en el ámbito de la construcción de gobernabilidad, acuerdos y manejo de conflictos, se observa que la “corrección política” hace que la gente anticipe los conflictos con la esperanza de que desaparezcan (lo cual no es posible), lo que provoca que los esfuerzos para gestionarlos no siempre vayan en la dirección correcta. Por ello, conseguir que la mayoría gobierne y evitar el obstruccionismo se ha convertido en un punto sustancial de discusión.

En tercer lugar, es evidente que las instituciones son vistas negativamente y que hay muy poca confianza en los partidos políticos, las legislaturas y la clase política. Además, la gente tampoco confía en los medios de comunicación ni en las instituciones religiosas. Ante esta situación, la representación que cada persona (entendida más como ciudadano que como consumidor) busca es la suya propia, sin intermediación de órganos electos. Para muchas personas de los sectores populares, las ideas y valores relacionados con la democracia y los derechos humanos parecen “fuera de lugar” o “de otra época”. Por ello, sin un desarrollo social que permita un cambio en los perfiles educativos de estos sectores, parece muy difícil contener las tendencias “antiliberales” en la organización política de los países latinoamericanos. Así mismo, sin un mínimo de confianza en las instituciones, las elecciones se convierten en un mero ritual que no cumple con las expectativas y que favorece el constante descontento y la protesta social (Haggard & Kaufman, 2020).

Como resultado de lo anterior, y ante la creciente complejidad de la formulación de políticas y el fracaso para encontrar soluciones a algunos de los problemas políticos más apremiantes, políticos, diseñadores de políticas públicas, organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos han de darse a la tarea de reflexionar sobre cómo deben

tomarse las decisiones públicas colectivas en el siglo XXI. Existe así una necesidad de nuevas formas de encontrar un terreno común y actuar, sobre todo en relación con aquellos problemas cuya solución requiere coraje debido a que solo es posible abordarlos a través de complejos mecanismos de compensación y/o soluciones a medio y largo plazo.

En este contexto, el presente capítulo, que se ha centrado en estudiar los procesos deliberativos representativos, como parte de un esfuerzo más amplio de las instituciones democráticas para volverse más participativas y abiertas a los aportes ciudadanos informados y la inteligencia colectiva, ha permitido obtener evidencia que respaldan la idea de que la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas puede brindar mejores políticas, fortalecer la democracia y generar confianza.

Reunir a ciudadanos comunes de todos los sectores de la sociedad para deliberar sobre cuestiones políticas complejas y desarrollar propuestas colectivas se ha vuelto cada vez más atractivo, por lo que, en las últimas décadas, la ola deliberativa ha ido creciendo. Las autoridades públicas en todos los niveles de gobierno han utilizado asambleas de ciudadanos, jurados, paneles y otros procesos de deliberación representativos. En estos procesos, ciudadanos seleccionados al azar, que forman un microcosmos de una comunidad, pasan mucho tiempo aprendiendo y colaborando a través de la deliberación facilitada para elaborar recomendaciones colectivas informadas para las autoridades públicas.

En muchos sentidos, la combinación de los principios de deliberación (discusión cuidadosa y abierta para sopesar la evidencia sobre un tema), representatividad (obtenida a través de un muestreo aleatorio a partir del cual se realiza una selección representativa) e impacto (con un vínculo con la decisión pública) no es nuevo. Esta combinación de principios tiene sus raíces en la antigua democracia ateniense y se ha aplicado a lo largo de la historia hasta hace dos o tres siglos. Es su aplicación moderna, para complementar las instituciones democráticas representativas, lo que hoy hace que estos procesos sean innovadores.

De esta manera, los esfuerzos crecientes para incorporar la deliberación pública en la toma de decisiones pueden verse como el comienzo de un período transformador para adaptar la arquitectura de la democracia representativa. Las instituciones democráticas de todo el mundo están comenzando a transformarse en formas que otorgan a los ciudadanos un papel más directo en la determinación de agendas y la configuración del contenido de las decisiones públicas que los afectan. Basándose en datos y análisis extensos, este capítulo contribuye a incrementar la evidencia internacional emergente sobre estas tendencias y ayuda a las autoridades a implementar buenas prácticas y considerar formas de institucionalizar la deliberación ciudadana.

Finalmente, se señala como un desafío, no solo para los futuros trabajos a desarrollar en el tema, sino también para los propios organismos de regulación y control, tanto nacionales como internacionales, la ausencia de un indicador común que mida la efectividad de los mecanismos para combatir la corrupción y el COT. Actualmente, solo contamos con el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), que publica anualmente Transparencia Internacional desde 1995, y en el que se evalúan 180 países y territorios y se les asignan puntuaciones en una escala de 0 a 100 (a mayor puntuación, mayor percepción de la integridad del país).

El índice, que destaca la relación entre la corrupción y los abusos de los derechos humanos (los gobiernos de los países percibidos como altamente corruptos tienden a reducir su espacio cívico y democrático y a atacar los derechos de sus habitantes), es la referencia más utilizada en el planeta por los tomadores de decisiones de los sectores público y privado a la hora de evaluar riesgos y planificar sus acciones. Sin embargo, el IPC ha sido objeto de diversas críticas, entre las que destacan las siguientes: (a) no tiene en cuenta situaciones y eventos en los que la corrupción promueve, y no solo menoscaba, la realización de los derechos humanos e incluso el desarrollo socioeconómico de los países latinoamericanos; (b) no considera el grado de participación ciudadana en el control de las instituciones democráticas de estos países; y (c) no aborda específicamente los mecanismos adoptados e implementados por los estados en relación contra el COT (Fernandes, 2023).

6.2. Recomendaciones para América Latina y Colombia

6.2.1. Recomendaciones para América Latina

Con base en los anterior, y en el estudio realizado a lo largo de este capítulo, se realizan las siguientes recomendaciones en relación con América Latina:

1. Fortalecimiento del estado de derecho: (a) implementar medidas efectivas para combatir la corrupción, mejorar la seguridad ciudadana y garantizar la protección de los derechos económicos y sociales; (b) incrementar la capacidad administrativa del estado para asegurar una gestión eficiente y profesionalizada del servicio público; y (c) reforzar las fuerzas de seguridad y su capacidad para ejercer el monopolio de la violencia legítima.

2. Instituciones y mecanismos de rendición de cuentas: (a) establecer oficinas especializadas en mecanismos de rendición de cuentas horizontales, tomando como referencia experiencias exitosas internacionales; (b) garantizar la preparación y calificación del personal encargado de dichas instituciones, evitando la captura por parte de proyectos hegemónicos; y (c) evitar la adopción acrítica de conceptos como «estados débiles» y adaptar las soluciones a la realidad y necesidades de la región.

3. Reducción de la desigualdad: (a) implementar políticas económicas y sociales dirigidas a reducir la desigualdad, considerando no solo aspectos económicos, sino también étnicos y de género; (b) fomentar la inclusión de sectores indígenas y afrodescendientes en políticas de desarrollo, reconociendo y abordando la marginación histórica; y (c) promover la igualdad de género en todos los aspectos socioeconómicos y culturales, con especial atención a la participación política de las mujeres.

4. Democratización de los medios de comunicación: (a) implementar medidas para reducir la estructura oligopólica de los medios de comunicación, garantizando la diversidad de voces y evitando su instrumentalización con fines políticos; (b) fomentar la transparencia y la imparcialidad en la regulación de los medios, evitando la imposición de leyes que limiten la libertad de expresión; y (c) establecer mecanismos que aseguren la participación ciudadana en la

toma de decisiones sobre políticas relacionadas con los medios de comunicación.

5. Fortalecimiento de los partidos políticos y sistemas de partidos: (a) promover la transparencia en el manejo de finanzas de los partidos políticos y su proceso interno de selección de líderes y candidatos; (b) buscar mecanismos que fomenten la participación ciudadana en la definición de programas políticos y en la toma de decisiones partidarias; y (c) abordar la personalización de las campañas electorales y trabajar en reconstruir la confianza de la sociedad en los partidos políticos.

6. Profesionalización de la política: (a) establecer requisitos y mecanismos de evaluación para garantizar la formación y experiencia de los líderes políticos; (b) implementar agencias independientes que supervisen y monitoreen el desempeño de los políticos antes, durante y después de sus mandatos; y (c) incentivar la participación activa de la sociedad en la evaluación y fiscalización de los líderes políticos.

7. Participación ciudadana y deliberación pública: (a) fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas a través de procesos deliberativos representativos; (b) implementar asambleas de ciudadanos, jurados y paneles para abordar temas complejos y desarrollar propuestas colectivas; y (c) institucionalizar la deliberación ciudadana como parte integral de las prácticas democráticas, asegurando la representatividad y el impacto en las decisiones públicas.

8. Evaluación de políticas anticorrupción y anticrimen organizado: (a) desarrollar indicadores específicos para evaluar la efectividad de las políticas anticorrupción y contra el crimen organizado transnacional; (b) considerar la participación ciudadana como un indicador relevante en la evaluación de políticas democráticas y de control institucional; y (c) explorar la posibilidad de crear un indicador regional que complemente el Índice de Percepción de la Corrupción, abordando sus limitaciones y ampliando su alcance.

9. Enfoque de desarrollo socioeconómico: (a) diseñar políticas económicas que promuevan un desarrollo sostenible y equitativo, abordando las necesidades específicas de diferentes sectores de la sociedad; y (b) buscar soluciones a medio y largo plazo que aborden

los desafíos políticos más apremiantes, evitando soluciones a corto plazo que perpetúen problemas estructurales.

10. Adaptación de la democracia representativa: (a) transformar las instituciones democráticas para otorgar a los ciudadanos un papel más directo en la configuración de decisiones públicas; (b) considerar la deliberación pública como una herramienta clave para fortalecer la democracia y generar confianza ciudadana; y (c) explorar nuevas formas de toma de decisiones colectivas que se adapten a la complejidad y desafíos del siglo XXI.

6.2.2. Recomendaciones para Colombia

Además de las recomendaciones formuladas en la sección anterior para América Latina, que son, en gran medida, aplicables también a Colombia, se realizan las siguientes recomendaciones específicas para el sistema colombiano:

1. Fortalecimiento de los mecanismos de participación ciudadana: fortalecer y promover la utilización efectiva de los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la Constitución, como el plebiscito, el referéndum y la consulta popular, mediante campañas educativas y difusión para garantizar la plena comprensión de estos instrumentos democráticos.

2. Empoderamiento de las asociaciones y organizaciones civiles: implementar políticas que respalden la organización y fortalecimiento de asociaciones y organizaciones civiles, garantizando su autonomía y proporcionando recursos para su participación activa en la supervisión de la gestión pública.

3. Incentivo a la participación juvenil: desarrollar programas específicos para fomentar la participación activa de la juventud colombiana en los procesos democráticos, asegurando su representación y voz en las instancias de toma de decisiones.

4. Transparencia y supervisión efectiva: reforzar la transparencia en la gestión pública y promover mecanismos efectivos de supervisión ciudadana, garantizando el acceso a la información y la rendición de cuentas por parte de las autoridades.

5. Diversificación de mecanismos participativos: considerar la diversificación de los mecanismos participativos, permitiendo el desarrollo de nuevas formas de participación y control ciudadano que se adapten a las realidades políticas, sociales y culturales cambiantes de Colombia.

6. Inclusión de perspectiva universitaria y sindical: garantizar la representación y participación activa de sectores universitarios y sindicales en los procesos democráticos, reconociendo su papel clave en la construcción de una sociedad equitativa y justa.

7. Sensibilización y educación cívica: implementar programas continuos de sensibilización y educación cívica para informar a la población sobre los mecanismos de participación ciudadana, fomentando una ciudadanía informada y comprometida.

8. Evaluación periódica de los mecanismos participativos: realizar evaluaciones periódicas de la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana, identificando áreas de mejora y ajustando las regulaciones según sea necesario para asegurar su relevancia y eficacia.

9. Inclusión de la diversidad cultural: promover la inclusión de la diversidad cultural colombiana en los procesos participativos, reconociendo y respetando las distintas realidades y perspectivas que enriquecen la democracia del país.

10. Fortalecimiento de la legislación vigente: revisar y fortalecer la legislación existente, en especial la Ley 134 (1994), para adaptarla a los cambios y necesidades actuales, asegurando que no obstaculice formas adicionales de participación y control ciudadano que contribuyan al desarrollo democrático del país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Ackerman, J. (2004). "Co-governance for accountability: beyond 'exit' and 'voice'". *World Development*. Vol 32(3). Pp. 447-463.

Almond, G.& Verba, S. (1963). *The civic culture. Political attitudes and democracy in five nations*. Nueva York: Princeton University Press.

- Anagondahalli, D. (2013). "Prior reputation and the transition from image repair to image makeover: The case of Hosni Mubarak". *Public relations review*. Vol. 39(3). Pp. 241-244.
- Arato, A. (2002). "Representação, soberania popular, e accountability". *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. Núm. 55-56. Pp. 85-103.
- Arbatli, E., & Rosenberg, D. (2021). "United we stand, divided we rule: how political polarization erodes democracy". *Democratization*. Vol 28(2). Pp. 285-307.
- Azam, M. (2021). "Governance and economic growth: evidence from 14 Latin America and Caribbean Countries". *Journal of the Knowledge Economy*. Pp. 1-26.
- Báez, W & Costantino, G. (2020). "¿Asedio o elusión? Luchas legales contra la violencia estatal en Argentina". *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales AL Gioja*. Vol. 24. Pp. 5-22.
- Barth, J. (2006). "Public policy management councils in Brazil: how far does institutionalised participation reach?". *Public Administration and Development: The International Journal of Management Research and Practice*. Vol. 26(3). Pp. 253-263.
- Baume, S & Novak, S. (2020). "Compromise and Publicity in Democracy: An Ambiguous Relationship". En: Baume, S & Novak, S. (eds). *Compromises in Democracy*. London: Palgrave Macmillan. Pp. 69-94.
- Beetham, D. (2004). "The quality of democracy: Freedom as the foundation". *Journal of Democracy*. Vol. 15(4). Pp. 61-75.
- Blakeley, G. (2010). "Governing ourselves: citizen participation and governance in Barcelona and Manchester". *International Journal of Urban and Regional Research*. Vol. 34(1). Pp. 130-145.
- Bovens, M., & Wille, A. (2017). *Diploma democracy. The rise of political meritocracy*. Oxford University Press.
- Brusca, I., Manes, F & Aversano, N. (2018). "Accountability and transparency to fight against corruption: an international comparative analysis". *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*. Vol. 20(5). Pp. 486-504.
- Bungsraz, S. (2020). "E-Democracy". En: Bungsraz, S. (ed). *In Operationalising e-Democracy through a System Engineering Approach in Mauritius and Australia*. Singapore: Palgrave Macmillan. Pp. 67-113.
- Cabannes, Y. (2004). "Participatory budgeting: a significant contribution to participatory democracy". *Environment and urbanization*. Vol 16(1). Pp. 27-46.

- Castellanos, N. (2020). "Latin American Democracy in the Twenty-First Century: Between Crisis and Alternatives". En: Frausto, O., Powel J & Vitale, S. (eds). *The Weariness of Democracy*. Cham: Palgrave Macmillan. Pp. 171-182.
- Christensen, H., Jäske, M., Setälä, M., & Laitinen, S. (2017). "The finnish citizens' initiative: Towards inclusive agenda-setting?". *Scandinavian Political Studies*. Vol. 40(4). Pp. 411-433.
- Cook, K. (2020). "Truth, Information & Democracy". En: *The Psychology of Silicon Valley*. Cham: Palgrave Macmillan. Pp. 25-166.
- Cruz-Martínez, G. (2021). "Mapping Welfare State Development in (post) Neoliberal Latin America". *Social Indicators Research*. Vol. 157. Pp. 1-27.
- Dahl, R. A. (2003). *How democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press.
- Danielson, M., & Ekenberg, L. (2020). "A Framework for Categorising and Evaluating Tools for e-Democracy". *The Electronic Journal of e-Government*. Vol. 18(1). Pp. 69-82.
- De la Torre, C. (2017). "Populism in Latin America". En: Rovira, C., Taggart, P., Ochoa, P. & Ostiguy, P (eds.). *The Oxford handbook of populism*. Oxford: Oxford University Press. Pp. 195.
- Denters, B. (2017). "Participation and democratic accountability: Making a difference for the citizens". *The Future of Local Government in Europe Lessons from Research and Practice*. Vol. 31. Pp. 79-100.
- Diamond, L., & Morlino, L. (2004). "The quality of democracy: An overview". *Journal of democracy*. Vol. 15(4). Pp. 20-31.
- Dietz, G. (1999). "Movimientos indígenas y ONGs en México: Desarrollo, autonomía y ciudadanización en México". *Nueva Sociedad*. Núm. 164. Pp. 45-55.
- Domingo, P. (2009). "Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina: ciudadanización-judicialización de la política". *Revista CIDOB d'afers internacionals*. Núm. 85-86. Pp. 33-52.
- Donaghy, M. M. (2011). "Do participatory governance institutions matter?: Municipal councils and social housing programs in Brazil". *Comparative Politics*. Vol. 44(1). Pp. 83-102.
- dos Santos, F. A., Martinez, S., & Zanardini, J. B. (2020). "Os desafios políticos para a educação e democracia na América Latina". *Revista on line de Política e Gestão Educacional*. Vol. 24. Pp. 668-677.
- Edwards, L. (2020). "Transparency, publicity, democracy, and markets: Inhabiting tensions through hybridity". *American Behavioral Scientist*. Vol. 64(11). Pp. 1545-1564.

- Encalada, A. M. P. (2023). "Propuesta metodológica para la medición del índice de democracia electoral plebiscitaria basada en el proyecto Varieties of Democracy". *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*. Vol. 2(17). Pp. 79-102.
- Enriquez Arevalo, E. (2020). "Contribution to a Historical-Structuralist Understanding of Latin American Democracy". *Critical Sociology*. Vol. 47(3).
- Fasolo Pilati, A., & Oliveira Filho, R. (2019). "The Crisis of Democracy in Latin America and the Exercise of Citizenship through a Rereading of Participatory Democracy". *Rev. Just. Direito*. Núm. 33. Pp. 67.
- Fedozzi, L. J. (2009). "Orçamento Participativo de Porto Alegre: Gênese, avanços a limites de uma idéia que se globaliza". *Cidades-comunidades e territórios. Lisboa, Portugal*. Núm. 18. Pp. 41-57.
- Fernandes, L. E. (2023). "Os indicadores internacionais de corrupção: hegemonia do capital transnacional". *Anais do Encontro Internacional e Nacional de Política Social*. Vol. 1(1).
- Ferrer, N. R. (2023). "La Participación Popular para el Desarrollo Local y Sostenible". En: Jurado, J. M., García, O. & Márquez, J. M. (eds.). *Gobernanza, comunidades sostenibles y espacios portuarios*. Madrid: Asociación Española de Geografía. Pp. 833-844.
- Ferro, M. (2015). "Paradigma ambiental e institucionalización jurídica. Participación ciudadana y judicialización del conflicto por el saneamiento y recomposición ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo". *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*. Núm. 16. Pp. 27-46.
- Figueiredo, A. C., Salles, D. L., & Vieira, M. M. (2023). "Political and institutional determinants of the executive's legislative success in Latin America". *Brazilian Political Science Review*. Núm. 3. Pp. 155-171.
- Filetti, A., & Janmaat, J. G. (2018). "Income inequality and economic downturn in Europe: A multilevel analysis of their consequences for political participation". *Acta Politica*. Vol. 53(3). Pp. 327-347.
- Filgueiras, F. (2016). "Transparency and accountability: principles and rules for the construction of publicity". *Journal of Public Affairs*. Vol. 16(2). Pp. 192-202.
- Fromm, N., & Schreiner, C. (2021). "Die Sozialwahlen in der Krise: E-Democracy als Chance?/Social Elections in Crisis: E-Democracy as an Opportunity? *dms-der moderne staat-Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management*. Vol. 14(1).
- Gabriel, A. G. (2017). "Transparency and accountability in local government: levels of commitment of municipal councillors in Bongabon in

- the Philippines”. *Asia Pacific Journal of Public Administration*. Vol. 39(3). Pp. 217-223.
- Gaventa, J., & Barrett, G. (2012). “Mapping the outcomes of citizen engagement”. *World development*. Vol. 40(12). Pp. 2399-2410.
- Gohari, S., Baer, D., Nielsen, B. F., Gilcher, E., & Situmorang, W. Z. (2020). “Prevailing approaches and practices of citizen participation in smart city projects: Lessons from Trondheim, Norway”. *Infrastructures*. Vol. 5(4). Pp. 36.
- Guachetá Torres, J. D. (2020). *La medición de calidad de la democracia, un análisis desde la perspectiva de la democracia sustancial y procedimental en América Latina*. Popayán: Uniautónoma del Cauca.
- Haggard, S., & Kaufman, R. R. (2020). *Development, democracy, and welfare states*. Princeton: Princeton University Press.
- Hagopian, F., & Mainwaring, S. P. (2005). *The third wave of democratization in Latin America: advances and setbacks*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Handlin, S. (2017). *State crisis in fragile democracies: Polarization and political regimes in South America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hansen, T. B., & Stepputat, F. (2006). “Sovereignty revisited”. *Annual Rev. Anthropol.* Núm. 5. Pp. 295-315.
- Heinrich, T., & Loftis, M. W. (2019). “Democracy aid and electoral accountability”. *Journal of Conflict Resolution*. Vol. 63(1). Pp. 139-166.
- Hernández, L. E. G., & Torres, S. N. C. (2023). “El Gobierno Escolar como Estrategia de Formación y Participación Ciudadana en Estudiantes de 10° y 11° de la Institución Educativa San Mateo”. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*. Vol. 7(6). Pp. 395-423.
- Hicks, W. D., McKee, S. C., & Smith, D. A. (2021). “Contemporary Views of Liberal Democracy and the 2016 Presidential Election”. *PS: Political Science & Politics*. Vol. 54(1). Pp. 33-40.
- Hincapie, S. (2023). “Global Environmental Governance and Rights of Nature in Latin America”. *Revista Derecho del Estado*. Núm. 54. Pp. 277-305.
- Jiménez, C. F. E. (2010). “La participación ciudadana en Colombia: reflexiones desde la perspectiva constitucional y la normatividad estatutaria”. *Estudios de Derecho*. Vol. 64(149). Pp. 61-86.
- John, P. (2009). “Can citizen governance redress the representative bias of political participation?”. *Public Administration Review*. Vol. 69(3). Pp. 494-503.
- Joshi, A., & Houtzager, P. P. (2012). “Widgets or watchdogs? Conceptual explorations in social accountability”. *Public Management Review*. Vol. 14(2). Pp. 145-162.

- Keck, M. E., & Smith, R. E. (1992). *The workers' party and democratization in Brazil*. New Haven: Yale University Press.
- Kim, J. (2008). "A model and case for supporting participatory public decision making in e-democracy". *Group Decision and Negotiation*. Vol. 17(3). Pp. 179-193.
- Kohl, B. (2003). "Democratizing decentralization in Bolivia: The law of popular participation". *Journal of Planning Education and Research*. Vol. 23(2). Pp. 153-164.
- Krasner, S. D. (2001). Sovereignty. *Foreign Policy*. Núm. 122. Pp. 20-29.
- Kuvvet, E. (2021). "Anti-corruption courts and foreign direct investments". *International Review of Economics & Finance*. Núm. 72. Pp. 573-582.
- Laebens, M. G., & Lührmann, A. (2021). "What halts democratic erosion? The changing role of accountability". *Democratization*. Vol. 28(5). Pp. 908-928.
- Land, C. (2020). "Against transparency: Surveillant assemblages, partition and the limits of digital democracy". *Ephemera*. Vol. 20(3). Pp. 255-263.
- Laufer, W. S. (2003). "Social accountability and corporate greenwashing". *Journal of business ethics*. Vol. 43(3). Pp. 253-261.
- Lebbie, S. A., Le Voir, R., Tom-Kargbo, J., Yilla, M. D., Kamara, A. B., & Nam, S. L. (2016). "Using evidence to strengthen accountability for health financing in Sierra Leone". *International Journal of Gynecology & Obstetrics*. Vol. 135(3). Pp. 380-384.
- Levine, D. H., & Molina, J. E. (2007). "La calidad de la democracia en América Latina: una visión comparada". *América Latina Hoy*. Núm 45. Pp. 17-46.
- Levine, D. H., & Molina, J. E. (2011). *The quality of democracy in Latin America*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.
- Lindner, R., & Aichholzer, G. (2020). "E-democracy: conceptual foundations and recent trends". En: Hennen, L., van Keulen, Ira., Korthagen, I., Aichholzer, G., Lindner, R. & Nielsen, R. (eds.). *European E-Democracy in Practice*. Gewerbestrasse: Springer Nature International.
- Lührmann, A., Marquardt, K. L., & Mechkova, V. (2020). "Constraining governments: New indices of vertical, horizontal, and diagonal accountability". *American Political Science Review*. Vol. 114(3). Pp. 811-820.
- Mainwaring, S., Scully, T. R., & Cullell, J. V. (2020). "Chapter One. Measuring Success in Democratic Governance". En: Mainwaring, S. & Scully, T. R. (eds.). *Democratic Governance in Latin America*. Red Wood City: Stanford University Press. Pp. 11-51.

- Mariën, S., Hooghe, M., & Quintelier, E. (2010). "Inequalities in non-institutionalised forms of political participation: A multi-level analysis of 25 countries". *Political Studies*. Vol. 58(1). Pp. 187-213.
- Marquetti, A. (2003). "Participação e redistribuição: o orçamento participativo em Porto Alegre". *A inovação democrática no Brasil*. Núm. 1. Pp. 129-156.
- Martínez, C. A. (2020). "Presidential instability in Latin America: why institutionalized parties matter". *Government and Opposition*. Vol. 56(4). Pp. 1-22.
- McNulty, S. (2012). "An unlikely success: Peru's top-down participatory budgeting experience". *Journal of Public Deliberation*. Vol. 8(2).
- Melossi, D. (2005). "Security, social control, democracy and migration within the 'Constitution' of the EU". *European Law Journal*. Vol. 11(1). Pp. 5-21.
- Merkel, W. (2018). "Challenge or crisis of democracy". En: Merkel, W. & Kneip, S. (eds.). *Democracy and Crisis*. New York: Springer Cham. Pp. 1-28.
- Newton, L. H., Hodges, L., & Keith, S. (2004). "Accountability in the professions: Accountability in journalism". *Journal of Mass Media Ethics*. Vol. 19(3-4). Pp. 166-190.
- O'Donnell, G. (1999). "Democratic theory and comparative politics". *Dados*. Vol. 42(4). Pp. 655-690.
- O'Donnell, G. (1998). "Poliarquias e a (in) efetividade da lei na América Latina". *Novos Estudos CEBRAP*. Núm. 51. Pp. 37-61.
- Ocampo, E. (2021). "The Populist Threat to Liberal Democracy". <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/238399/1/774.pdf>.
- Öniş, Z. (2017). "The age of anxiety: The crisis of liberal democracy in a post-hegemonic global order". *The International Spectator*. Vol. 52(3). Pp. 18-35.
- Osorio, C. D. P. L. (2023). "La democracia deliberativa en el control fiscal participativo como una estrategia para la vigilancia de los recursos públicos: Deliberative democracy in participatory fiscal control as a strategy for public resource oversight". *IUSTA*. Vol. 1(58).
- Pedro, C. T. (2021). *La paja del páramo: Estallidos sociales, represión y pueblos indígenas en sudamérica a propósito de octubre de 2019*. Santiago: Universidad de Santiago de Chile.
- Peruzzotti, E. (2012). "Broadening the Notion of Democratic Accountability: Participatory Innovation in Latin America". *Polity*. Vol. 44 (4). Pp. 625-642.
- Picabea, J. (2023). "La valoración ciudadana de la democracia en Sudamérica". *Cuaderno de Ciencias Humanas*. Núm. 2. Pp. 45-70.

- Pinho, J. A. G. D., & Sacramento, A. R. S. (2009). "Accountability: já podemos traduzi-la para o português?" *Revista de administração pública*. Vol. 43(6). Pp. 1343-1368.
- Pollitt, C. (2006). "Performance information for democracy: the missing link?" *Evaluation*. Vol. 12(1). Pp. 38-55.
- Powell, T. B. (2000). *Ruthless democracy: A multicultural interpretation of the American renaissance*. Princeton: Princeton University Press.
- Prastya, D. E., & Nurmandi, A. (2021). "A bibliometric analysis of E-Democracy on government research". *Jurnal Ilmiah Mimbar Demokrasi*. Vol. 20(2). Pp. 71-80.
- Quintana, O. V. (2023). "Concepciones de la democracia. Función estatal del Instituto Nacional Electoral, su contribución a la democracia y retos que enfrenta: Conceptions of democracy. State function of the national electoral institute, its contribution to democracy, and challenges it faces. LATAM". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*. Vol. 4(3). Pp. 1679-1694.
- Quintero Leguizamón, J. F., Baleta López, E., & Rodríguez Beltrán, R. (2021). "Institutional Perspectives on Democracy in Latin America Today". *Tabula Rasa*. Núm. 37. Pp. 217-233.
- Ramanzini Junior, H., Mariano, M. P., & Gonçalves, J. D. S. B. (2021). "The Quest for Syntony: Democracy and Regionalism in South America". *Bulletin of Latin American Research*. Vol. 41(2). Pp. 305-319.
- Rayo, G. A. (2021). "State Building, Ethnic Land Titling, and Transnational Organized Crime: The Case of Honduras". *Latin American Research Review*. Vol. 56(1). Pp. 50-66.
- Rezende, M. J. D. (2023). "Democracia, desigualdades e desenvolvimento humano nos RRDHs/PNUD/ONU: uma reflexão ancorada na obra de Edelberto Torres-Rivas". *Estudios sociales. Revista de alimentación contemporánea y desarrollo regional*. Vol. 33(61).
- Rogers, M. (2021). "Federalism and the welfare state in Latin America". *Regional & Federal Studies*. Vol. 31(1). Pp. 163-184.
- Rosón, M. M., & Díaz, A. M. (2020). "Satisfaction with Democracy in Latin America: Perspectives from Political Elites and Citizens". En: Alcántara, M., García, M. & Rivas, C. (eds.). *Politics and Political Elites in Latin America*. Cham: Springer. Pp. 77-96
- Russon Gilman, H., & Wampler, B. (2019). "The difference in design: participatory budgeting in Brazil and the United States". *Journal of Deliberative Democracy*. Vol. 15(1). Pp. 7.

- Saad-Filho, A., & Boffo, M. (2020). "The corruption of democracy: Corruption scandals, class alliances, and political authoritarianism in Brazil". *Geoforum*. Vol. 124. Pp. 300-309.
- Sampaio, R. C., Maia, R. C. M., & Marques, F. P. J. A. (2011). "Participation and deliberation on the Internet: A case study of digital participatory budgeting in Belo Horizonte". *The Journal of Community Informatics*. Vol. 7(1-2).
- Santos, B. D. S. (2002). "Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva". En: Santos, B. D. S. (ed.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro. Pp. 455-559.
- Schillemans, T. (2010). "Redundant accountability: The joint impact of horizontal and vertical accountability on autonomous agencies". *Public Administration Quarterly*. Vol. 34(3). Pp. 300-337.
- Schirch, L. (2021). *Social Media Impacts on Conflict and Democracy: The Tectonic Shift*. Oxford: Routledge.
- Schmitter, P. C. (1970). "A revised theory of regional integration". *International organization*. Vol. 24(4). Pp. 836-868.
- Schwarzkopf, A. L. (2021). "Sociedade civil e participação nas cidades de Porto Alegre e Montevideú". *Brazilian Journal of Development*. Vol. 7(4). Pp. 38480-38497.
- Shin, D., & Park, Y. J. (2019). "Role of fairness, accountability, and transparency in algorithmic affordance". *Computers in Human Behavior*. Núm. 98. Pp. 277-284.
- Signorelli, G. (2023). "Democracia más allá de las elecciones: giro afectivo hacia la participación para gestionar la complejidad". *Temas y Debates*. Núm. 1. Pp. 175-182.
- Siqueira, L. F., & Marzulo, E. P. (2021). "Da democracia participativa à desdemocratização na cidade: a experiência do Orçamento Participativo em Porto Alegre". *Cadernos Metrópole*. Vol. 23(50). Pp. 399-422.
- Smith, G. (2009). *Democratic innovations: Designing institutions for citizen participation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sobrinho, M. P. G., de Mendonca, H. M. R., de Andrade Júnior, C. R. M., da Silva, A. P. F., & Dos Santos, V. M. (2020). "Transparência e lei de acesso à informação: um estudo com as agências reguladoras associadas à ABAR". *Brazilian Journal of Development*. Vol. 6(3). Pp. 14590-14603.
- Souza, C. (2001). "Participatory budgeting in Brazilian cities: limits and possibilities in building democratic institutions". *Environment and Urbanization*. Vol. 13(1). Pp. 159-184.

- Spadoni, E. (2013). El rol de la Defensoría del Pueblo en los conflictos ambientales: el caso de la Cuenca Matanza Riachuelo. *Ambiente & Sociedad*. Vol. 16(2). Pp. 47-62.
- Springer, M. J. (2021). "TWO Electoral Federalism and Participation in the American States". En: Springer, M. J. (ed.). *How the States Shaped the Nation*. Chicago: University of Chicago Press. Pp. 13-28.
- Suntura, J. H. C. (2020). "El control social en la legislación boliviana". *Revista Boliviana de Derecho*. Núm. 29. Pp. 470-487.
- Tai, K. T., Porumbescu, G., & Shon, J. (2020). "Can e-participation stimulate offline citizen participation: an empirical test with practical implications". *Public Management Review*. Vol. 22(2). Pp. 278-296.
- Tennant, I. (2021). "Fulfilling the Promise of Palermo? A Political History of the UN Convention Against Transnational Organized Crime". *Journal of Illicit Economies and Development*. Vol. 2(1).
- Terrón, M. A. C. (2023). "La democracia como factor de desigualdad en América Latina y México". *Quívora Revista de Estudios Territoriales*. Vol. 25(2). Pp. 9-31.
- Turnhout, E., Metz, T., Wyborn, C., Klenk, N., & Louder, E. (2020). "The politics of co-production: participation, power, and transformation". *Current Opinion in Environmental Sustainability*. Vol. 42. Pp. 15-21.
- Umanilo, M. C. B. (2020). "Development of science and technology towards the formation of participatory spaces". *International Conference Industrial Engineering Operation Management*. https://www.researchgate.net/publication/340514653_Development_of_Science_and_Technology_Towards_the_Formation_of_Participatory_Spaces.
- Van der Meer, T., & Van der Kolk, H. (2016). "Democratie Dichterbij: Lokaal Kiezersonderzoek 2016". *Ministerie van BZK*. <https://www.dpes.nl/wp-content/uploads/2021/11/Democratie-Dichterbij-LKO2016.pdf>.
- Vela-Almeida, D., Gonzalez, A., Gavilán, I., Sánchez, G. M. F., Torres, N., & Ysunza, V. (2021). "The right to decide: A triad of participation in politicizing extractive governance in Latin America". *The Extractive Industries and Society*. Vol. 9.
- Vian, T. (2020). "Anti-corruption, transparency and accountability in health: concepts, frameworks, and approaches". *Global health action*. Vol. 13(1).
- Vílchez-Vargas, N. (2023). "Participación ciudadana y gobernabilidad democrática en gobiernos locales". *Revista Amazónica de Ciencias Económicas*. Vol. 2(1).

- Vitali, J. (2021). "Representative, deputy, or delegate? Jeremy Bentham's theory of representative democracy". *History of European Ideas*. Vol. 47(2). Pp. 1315-1330.
- Waddington, H., Sonnenfeld, A., Finetti, J., Gaarder, M., John, D., & Stevenson, J. (2019). "Citizen engagement in public services in low-and middle-income countries: A mixed-methods systematic review of participation, inclusion, transparency and accountability (PITA) initiatives". *Campbell Systematic Reviews*. Vol. 15(1-2). Pp. 1025.
- Wampler, B. (2010). *Participatory budgeting in Brazil: Contestation, cooperation, and accountability*. University Park: Penn State Press.
- Weyland, K. (2021). *Assault on Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wike, R., & Fetterolf, J. (2018). Liberal democracy's crisis of confidence. *Journal of Democracy*. Vol. 29(4). Pp. 136-150.
- Zillman, D. M., & Lucas, A. (2002). *Human rights in natural resource development: Public participation in the sustainable development of mining and energy resources*. Oxford: Oxford University Press.

Capítulo 7

Las respuestas desde los principios de equidad e inclusión

MANUELLITA HERMES*

1. INTRODUCCIÓN

La Comisión (CIDH) y la Corte (CtIDH) Interamericanas de Derechos Humanos (CIDH) han subrayado la importancia del combate contra la corrupción para proporcionar más inclusión y equidad en el continente americano, considerando que este se encuentra mar-

* Doctora suma cum laude en Derecho y Tutela: Experiencia Contemporánea, Comparación y Sistema Jurídico Romanístico en cotutela con la Universidad de Brasilia (UnB) y períodos de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania) y en el Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Magíster en Sistemas Jurídicos Contemporáneos en la Università degli Studi di Roma II Tor Vergata en Italia, con título reconocido por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG) y con periodos como investigadora visitante en el Max Planck Institute for Social Law and Social Policy (Munich, Alemania) y en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por la Università di Pisa (Pisa, Italia) y en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Bahía (UFBA). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL/AIDC). Procuradora Federal de la Advocacia-Geral da União de Brasil. Coordinadora General de Asuntos Internacionales y Judiciales del Ministerio de Derechos Humanos y de la Ciudadanía de Brasil. Ex-asesora de Ministra del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Profesora del Doctorado, de la Maestría y de la Especialización en Derecho Constitucional del Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Profesora voluntaria de la Universidad de Brasilia. Investigadora de Centro de Estudos Constitucionais Comparados de la Universidad de Brasilia (CECC). Email: manuelitahermes@gmail.com. ORCID: 0000-0003-4140-0820.

cado históricamente por la desigualdad en sus sociedades (Días & Blanco, 2018).

En su resolución núm. 1/17, emitida en 2017 ante la expulsión del Comisionado titular de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) por orden del presidente del país, la CIDH afirma la importancia de la lucha contra la corrupción y la impunidad para garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), al tiempo que reconoce el papel fundamental de la CICIG, puesto que sus investigaciones, como órgano independiente, han puesto de manifiesto la presunta participación de los más altos funcionarios estatales y otros actores políticos, económicos, militares y judiciales en las redes de corrupción existentes en el país (CIDH, 2017b: 1-2).

Así mismo, la CIDH destaca el importante papel del control ciudadano en la investigación y denuncia de la corrupción nacional y transnacional, cuyas consecuencia no afectan sólo a la legitimidad de los gobernantes, sino también al erario público, limitando así el alcance de las políticas públicas dirigidas a garantizar el acceso a la alimentación, la salud, el trabajo, la educación, la vida digna y la justicia de amplios sectores de la población. De esta manera, la corrupción y la impunidad amenazan la aplicación efectiva del estado de derecho y restringen el pleno goce de los derechos fundamentales recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (CIDH, 2017b: 2-3).

Al año siguiente, la CIDH emitió la resolución núm. 1/18 que, tras hacer referencia a la 1/17, resalta que la corrupción afecta al goce de los derechos humanos en su distintos ámbitos (civil, político, económico, social, cultural y ambiental) y debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, dañando el estado de derecho y exacerbando la desigualdad. Según la CIDH, al prevalecer la corrupción, “los actores involucrados establecen estructuras que capturan las entidades estatales, a través de distintos esquemas criminales”. Estas estructuras, que con frecuencia presentan una dimensión transnacional, tienen un impacto negativo en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos por los miembros de los grupos históricamente discriminados, como los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las mujeres y las personas migrantes, privadas de la libertad o en situación de pobreza, afectando

con especial gravedad a quienes se encuentran amenazados por la trata y el tráfico de personas (CIDH, 2018: 1).

A la luz de lo anterior, el presente capítulo profundiza en la relación entre corrupción, inequidad y exclusión (sección 2), para, a continuación, abordar como las secuelas dejadas por el sistema originario de explotación colonial aplicado en América Latina (sección 3) continúan teniendo un impacto en la situación de corrupción estructural y profunda desigualdad social que persiste en la región (sección 4). Por último, se realizan unas reflexiones finales sobre las principales propuestas que se han hecho en la última década para incrementar los niveles de equidad e inclusión en América Latina, augurando un largo camino para su consecución y para que puedan generar un impacto positivo en la lucha anticorrupción (sección 5).

2. LA RELACIÓN ENTRE CORRUPCIÓN, INEQUIDAD Y EXCLUSIÓN

La relación entre corrupción, falta de equidad y exclusión es esencial a la luz de la efectividad de los derechos humanos y de las consecuencias de la impunidad. Además, se encuentra estrechamente vinculada con la propuesta de desarrollo democrático substancial (por contraposición al formal) de Ferrajoli (2018: 45), que, con base en un modelo cuatridimensional, tienen en cuenta tanto los aspectos formales del quién y el cómo de la democracia, como los materiales de cuál es su contenido. De esta manera, los actos de corrupción ponen en riesgo este modelo garantista, basado en las dimensiones política, civil, liberal y social de la democracia, y respetuoso de los derechos fundamentales.

En su obra “[l]a democracia y sus críticos” (2012), Dahl estudia críticamente la cuestión relativa a la inevitabilidad de la dominación mayoritaria, así como las diferentes corrientes teóricas sobre el dominio de la minoría. Inicialmente, argumenta que la poliarquía no implica progreso en la democracia, y que los regímenes modernos no son muy democráticos porque, en el fondo, constituyen una fachada ideológica que encubre la dominación (2012: 419).

Sin embargo, al contrario de lo que pudiera parecer a primera vista, la dominación no es ejercida por la mayoría, sino por una minoría o clase dominante, que está compuesta a partir de tipos de personas que son susceptibles de integrarla, con una fuerte influencia de sus cualidades personales (2012: 424). Los recursos económicos obtenidos por herencia, clase social, suerte o logros ayudan asimismo en este proceso de integración en la clase dominante, como también lo hacen otros activos como la educación, el conocimiento, la información y el estatus (Dahl, 2012: 425).

Con base en lo anterior, la opinión predominante considera que una realización satisfactoria de la democracia es inalcanzable, o requiere condiciones únicas que nunca se han logrado, de manera que, independientemente del sistema adoptado, el destino inevitable de la humanidad es la dominación minoritaria, la cual se lleva a efecto por coerción y persuasión (incluyendo tanto el recurso a las provocaciones a través de mecanismos como la corrupción, como la instrumentalización de las creencias mediante el adoctrinamiento) (2012: 430-1; 434).

Sin embargo, Dahl cuestiona esta asunción y se pregunta si existe alguna posibilidad de refutar las teorías de la dominación minoritaria, llegando a la conclusión de que son demasiado generales y conceptualmente indeterminadas, lo que impide tanto su prueba como su refutación (2012: 433). Además, destaca que la competencia organizada entre las élites políticas, “[...] aumenta la probabilidad de que las políticas gubernamentales respondan a tiempo a las preferencias de la mayoría de los votantes” (2012: 437).

A esto hay añadir que, para Dahl, la comunidad política no está limitada a una determinada localidad durante un cierto periodo de tiempo, sino que se extiende a ciudades, países o estados que dan forma a su organización interna durante un largo periodo de tiempo, lo que permite la convivencia de distintos grupos en un mismo territorio. De esta manera, diferentes comunidades políticas conforman comunidades políticas más amplias, lo que, a su vez, puede dar lugar a distintas concepciones del bien común y a diversos entendimientos de la justicia (2012: 485).

Esta complejidad del proceso democrático es compartida por Bobbio, para quien:

Establecer un número mínimo de los que han de tener derecho a voto para que se pueda hablar de un régimen democrático es algo que no es posible hacer en abstracto, es decir, sin tener en cuenta las circunstancias históricas y sin un juicio comparativo: sólo se puede decir que una sociedad en la que tienen derecho a votar los hombres mayores de edad es más democrática que una en la que sólo votan los propietarios y es menos democrática que aquella en la que las mujeres también tienen derecho a votar (2019, 35-36)¹.

Tomando como premisa la complejidad del proceso democrático, Young (2010) plantea que que la inclusión está vinculada a su desarrollo y presupone una experiencia previa de exclusión. Así, según esta autora:

Los llamados a la inclusión surgen de las experiencias de exclusión (de los derechos políticos básicos, de las oportunidades de participar, de los términos hegemónicos del debate). Algunos de los movimientos sociales más poderosos y exitosos de este siglo se han movilizado en torno a demandas para que las personas oprimidas y marginadas sean incluidas como ciudadanos plenos e iguales en sus sistemas políticos. La reivindicación del derecho al voto se ha centrado en algunos de estos movimientos. Sin embargo, especialmente hoy en día, cuando la mayoría de los adultos en la mayor parte de las sociedades tienen nominalmente reconocido el derecho a votar, la igualdad de voto es sólo una condición mínima de la igualdad política. La inclusión y la democracia exploran condiciones adicionales y más profundas de inclusión y exclusión políticas, como aquellas que involucran los modos de comunicación, la atención a la diferencia social, la representación, la organización cívica y las fronteras entre las jurisdicciones políticas (2010: 6).

De este modo, aun cuando la democracia se pueda entender como un reflejo de la mayoría, no es posible ejercitarla al margen de las minorías políticas, ni puede utilizarse para obstaculizar el desarrollo de cuestiones esenciales, relevantes y existenciales para tales minorías (Habermas, 2018: 254).

¹ Traducción propia.

De ahí, el grave daño ocasionado al desarrollo democrático substancial (con sus elementos centrales de trata equitativo, inclusión y satisfacción de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, incluyendo a quienes pertenecen a grupos históricamente discriminados, habitan en condiciones de vulnerabilidad y/o están en situación de precariedad) por las dinámicas de corrupción estructural descritas por la CIDH, entre las que, sin duda, se encuentran las vinculadas al crimen organizado transnacional (COT). Así, como la propia CIDH ha señalado (2017b; 2018), estas dinámicas constituyen un mecanismo especialmente eficaz para mantener, y profundizar, la discriminación y la exclusión, razón por la cual la lucha anticorrupción (incluyendo los instrumentos administrativos, legislativos y judiciales utilizados a estos efectos) está estrechamente relacionada con la consecución de un mayor grado de satisfacción de los derechos humanos (especialmente, de los DESCAs) de todos los ciudadanos y el incremento de los niveles de equidad e inclusión social.

3. LAS SECUELAS DEL SISTEMA ORIGINARIO DE EXPLOTACIÓN COLONIAL APLICADO EN AMÉRICA LATINA

Garay analiza el concepto de poder en la teoría constitucional adoptada por los países latinoamericanos como resultado de la colonización. En su análisis, aborda el concepto de poder eurocéntrico y propone recuperar la concepción sobre el poder de los pueblos indígenas amerindios, destacando el ejemplo de las relaciones horizontales comunales precolombinas. De esta manera, subraya que el “momento fundacional de la modernidad son la violencia; la fuerza; el supuesto supremacismo occidental en los ámbitos del conocimiento y económico”, lo que generó relaciones sociales desiguales basadas en la dominación europea, el concepto de raza y la subordinación de la mujer, y ocultó las narrativas alternativas elaboradas por los pueblos vencidos (Garay, 2020: 2-3).

Para la autora, la jerarquía del poder eurocéntrico no fue sólo una manifestación estatal unitaria y centralista, sino que también excluyó los derechos indígenas, generando una permanente “desigual-

dad constitucional” (Garay, 2020: 12). Por ello, la participación de los pueblos indígenas en los procesos constituyentes del siglo XXI, a través de los cuales se ha tratado de poner fin a la desigualdad resultante del proceso colonizador en el constitucionalismo latinoamericano, ha generado “la necesidad de conocer y recuperar conceptos de las filosofías amerindias entre los que se encuentran los relativos al poder” en el mundo precolombino (Garay, 2020: 18). Para ello han sido muy importantes las contribuciones de la historia, la sociología, la antropología, la crítica decolonial, la filosofía de la liberación y los feminismos del Sur, entre otras disciplinas.

Las graves secuelas que en términos de inequidad y exclusión ha dejado en América Latina el sistema originario de explotación colonial adoptado son evidentes, al punto que los países latinoamericanos presentan todavía una necesidad apremiante de reconducir el excluyente e inequitativo pasado esclavista y colonial hacia una sociedad que garantice una igualdad material a los grupos afectados (Garay, 2020).

Como resultado de lo anterior, en países como Brasil, el análisis del impacto de la delincuencia organizada en las comunidades indígenas, realizado por el Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado Europa-Latinoamérica (PacCTO), demuestra que el daño causado a las arcas públicas por la minería ilegal va en aumento “y su rentabilidad ha llamado la atención de organizaciones criminales vinculadas, incluso, al narcotráfico” (Ardenghi, 2020: 32). Esta relación entre minería ilícita y narcotráfico en la Amazonía (denominada “narco-garimpo” en algunos estados brasileños) se ha visto reflejada, por ejemplo, en los ataques de los garimpeiros a las comunidades yanomamis.

Según el Instituto Socioambiental de Brasil, desde que comenzaron a monitorear la situación en 2018, el área ocupada por los mineros ilegales en territorio indígena ha pasado de poco más de 1200 hectáreas a alrededor de 3200, habiendo crecido un 46% entre 2020 y 2022 (Instituto Socioambiental, 2022: 15). Además, desde que la minería ilícita empezó a adentrarse en territorio indígena, su calidad de vida ha sufrido pérdidas considerables, tal y como muestran su Índice de Progreso Social y sus indicadores de criminalidad (Instituto Socioambiental, 2022).

En relación con Colombia, el PACCTO ha subrayado que “[e]l crimen organizado también afecta las bases de un Estado, pues agrava fenómenos como la corrupción y la violencia, entre otros que facilitan la violación de Derechos Humanos” (Mendoza, 2021: 33). Además, ha señalado también que los riesgos de la delincuencia organizada afectan principalmente al ámbito local, siendo especialmente alto en las comunidades indígenas relegadas históricamente por el estado.

En México, existe una visible relación “entre corrupción y discriminación, entre corrupción y DESC, entre corrupción y violencia policial, o entre corrupción y afectación de grupos en condición de vulnerabilidad como migrantes, indígenas y personas privadas de libertad” (Vázquez, 2017). Además, el análisis del PACcTO muestra que la marginación y el racismo, históricamente sufridos por las poblaciones indígenas de México, las sigue colocando en una situación de vulnerabilidad y exposición ante la delincuencia organizada. De esta manera, las organizaciones delictivas actúan “con el objetivo de apropiarse de sus recursos, de despojarlos de sus propiedades, de secuestrar a sus niños y niñas para fines de trata de personas” (García Silva, 2021: 10).

Por su parte, en Perú, el Reporte de la Corrupción de la Defensoría del Pueblo destaca que de “[e]l impacto de la corrupción es aún mayor sobre los derechos de las personas y los grupos que se encuentran en estado de vulnerabilidad” (2017: 6), como las personas en situación de pobreza, las personas con discapacidad y los pueblos indígenas (Defensoría del Pueblo, 2017).

En lo que concierne a los afrodescendientes, la abolición que ocurrió en Brasil, por ejemplo, se consumó sin la implementación de un proyecto de acogida e inserción social de los antiguos esclavos, los cuales fueron dejados a su suerte, sin apoyo institucional alguno que garantizar su acceso a los derechos fundamentales, en lo que supone una clara deficiencia democrática. En consecuencia, como algunos autores han afirmado, no hubo una abolición efectiva, o más bien lo que faltó fue una democracia de la abolición (Du Bois, 1935: 325).

Igualmente, las observaciones preliminares de la CIDH tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a Colombia señalan que hay una “constancia de denuncias en el sentido de que la corrupción impediría satisfacer los derechos de dicha población” (CIDH, 2009).

Díaz & Blanco (2018: 14) afirman que la corrupción impacta a hombres y mujeres de forma distinta, tanto en lo que concierne a la violación de los derechos humanos, como en lo relativo a las medias anticorrupción. Así, por un lado, las prácticas corruptas que conllevan la aprobación de normas discriminatorias, los sobornos de carácter sexual y la desviación de fondos perjudican más a las mujeres, mientras que, por otro lado, “la percepción de que las mujeres son menos corruptas puede terminar dejándolas como las llamadas a luchar contra la corrupción y reforzar ciertos estereotipos” (2018:14). En el mismo sentido, Ionescu (2018), tras analizar la distribución por género de los funcionarios públicos con respecto a las manifestaciones de corrupción existentes en la administración pública, concluye que las mujeres están menos predispuestas a involucrarse en la utilización indebida de los puestos públicos para beneficio personal.

Por su parte, la CIDH subraya que las mujeres y las niñas se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad por la pobreza, la falta de oportunidades y las barreras de acceso a la educación. Así, no solo son las principales víctimas de delitos como la trata de personas, sino que están más expuestas a ser reclutadas como autoras materiales de actividades delictivas como el narcotráfico, razón por la cual el número de mujeres encarceladas por delitos relacionados con las drogas está en continuo crecimiento, llegando en países como Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay y Perú de superar el 50% de las personas privadas de libertad por tráfico o tenencia de drogas (CIDH, 2017a: 113). Como resultado, la perspectiva de género constituye una herramienta importante para el abordaje de la corrupción como causa de violaciones de derechos humanos.

4. LA SITUACIÓN DE CORRUPCIÓN Y DESIGUALDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

Si bien los países latinoamericanos han presentado, en general, índices muy elevados de concentración del ingreso entre 1995 y 2000, cuando la transición democrática se estaba consolidando para la mayoría, los niveles de desigualdad parecen haber disminuido en cierta medida desde entonces en países como Argentina, Brasil, Chile y México, al menos si tenemos en cuenta lo señalado por el índice Gini (que mide el nivel de concentración de ingresos dentro de cada país²). Sin embargo, no es menos cierto que otros países de la región, como Colombia y Perú, están experimentando nuevamente una tendencia al alza en este índice, lo que parece reflejar un nuevo incremento en los niveles, ya de por sí altos, de desigualdad social (ídem).

En Argentina, la desigualdad social está fuertemente relacionada con la marginalidad que alimenta el narcotráfico y el crimen organizado como una forma de empleo, lo que afecta con mayor gravedad a las comunidades más empobrecidas y vulnerables (Quiroga, 2018: 251). Además, como afirman Moraes & Torrecillas (2015: 27), existe una tendencia a que el aumento del desempleo y la desigualdad lleve a un mayor número de personas a incurrir en conductas ilegales, lo que favorece, a su vez, el incremento de la corrupción. Sin embargo, al mismo tiempo, fruto de una dinámica circular, el aumento de la corrupción impacta también en el incremento de la desigualdad y el desempleo. Todo ello se traduce en que, según un informe del Centro de Investigación y Prevención sobre la Criminalidad Económica, entre 1980 y 2006, la corrupción privó al estado argentino de alrededor de 10.000 millones de dólares, lo que equivale al gasto durante una década del Ministerio de Desarrollo Social en sus planes de asistencia a la población con bajos recursos (Brodschi, Fracchia & López Amorós, 2009: 95).

En Brasil, durante el período dictatorial más reciente (1964-1984), la economía se expandió considerablemente a partir del denominado “milagro económico”, que generó varios proyectos de

² Vid.: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/gini-coefficient-by-country>.

crecimiento económico, importantes obras de infraestructura, así como el fortalecimiento de las operaciones del sistema financiero (Campante, 2019). Sin embargo, el crecimiento solo permitió “reforzar las agudas asimetrías de poder”, en la medida que acrecentó la desigualdad, ya de por sí grande debido los legados históricos de la esclavitud, el colonialismo periférico y la urbanización desequilibrada, que ha concentrado tradicionalmente los ingresos y el poder en manos de una clase sociopolítica dominante (Campante, 2019).

El mencionado “milagro económico”, ocurrido en el período comprendido entre 1968 y 1973, se caracterizó por un aumento considerable de las tasas de crecimiento del producto interno bruto (PIB), una caída de la inflación y un superávit en la balanza de pagos (Velo, 2013).

Villela & Giambiagi, 2008: 222). Sin embargo, contribuyó al mismo tiempo al incremento de la concentración de riqueza y la desigualdad de ingresos (Velo, Villela & Giambiagi, 2008).

El debate sobre esta última consecuencia se inició a principios de la década de 1970, cuando el gobierno brasileño solicitó al profesor Langoni un estudio sobre la distribución del ingreso, el cual fue realizado a partir del Censo Demográfico de 1970, mostrando un empeoramiento significativo en la distribución del ingreso, que habría sido el resultado de los cambios económicos de la década de 1960 (Teixeira, 2013: 230). Esta mayor desigualdad resultante del supuesto milagro económico se notó también, por ejemplo, en el aumento de las diferencias salariales entre las clases bajas y la nueva clase media alta (Hammoud, 2008: 7), en el marco de una industrialización restrictiva y excluyente.

Desde entonces, como han demostrado Henrique, Tôres Fernandes & Nascimento (2016: 186), existe en Brasil: (a) una asociación positiva entre la desigualdad de ingresos y la corrupción; y (b) una asociación negativa entre el índice de desarrollo humano y la corrupción.

En cuanto a Chile, a pesar de tener una posición similar a países como Canadá y Estados Unidos en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional, ha venido experimentando un aumento en la desigualdad de ingresos, al igual que

otros países de América Latina. Según datos del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), este aumento de la desigualdad es el resultado de: (a) “la existencia de circuitos de empresas de alta productividad, con trabajadores calificados que reciben mejores salarios y tienen empleos más estables, y su contracara, empresas de baja productividad, bajos salarios, trabajadores menos calificados y alta rotación” (PNUD, 2017: 35); y (b) la concentración de la propiedad, las políticas privadas que favorecen el ahorro privado y la inversión de la distribución del ingreso. Por su parte, en una investigación publicada por la Asesoría Técnica Parlamentaria del Congreso Nacional de Chile se subraya lo señalado en la Resolución 1/18 (2018) de la CIDH sobre como la corrupción debilita las instituciones democráticas y aumenta la desigualdad, lo que, a su vez, tiene un impacto muy negativo en los derechos humanos en su conjunto, y en el derecho al desarrollo en particular. De ahí la importancia de “desarrollar un enfoque de lucha contra la corrupción desde la perspectiva de los derechos humanos, encargado de promover sinergias y favorecer la participación ciudadana” (Cárdenas, 2018).

La desigualdad en Colombia se revela como una constante en el contexto económico y social. De esta manera, a pesar de que en 1991 se creó el sistema integrado de seguridad social con el fin de garantizar una mejor calidad de vida en el país (Colombia, 1993), el Banco Mundial ha afirmado recientemente que Colombia es el segundo país más desigual de América Latina y el séptimo del mundo, lo que pone de relieve que el país sigue teniendo una gran disparidad de ingresos (Banco Mundial, 2021).

Esta situación de desigualdad genera una gran fragmentación social que se extiende a áreas como la educación, el mercado laboral, el género y la etnografía, lo que genera desconfianza, desinterés y segregación, haciendo que amplios sectores de la población sean vulnerables a la corrupción como mecanismo de protección interna (Rueda: 2018, 38). Esto genera a su vez, en una dinámica circular, mayor inequidad y exclusión porque, como señala Arteaga (2005: 95):

La corrupción suele ser inequitativa y desigual impactando de manera considerable en la exclusión social. La corrupción crea obstáculos directos para el acceso a los servicios públicos y el alcance pleno de los Derechos Humanos, afectando más proporcionalmente a los

pobres en términos de costo y oportunidad, además de estar motivada por algunos círculos de poder en la sociedad. Y es que los Derechos Humanos son violados en mayor o menor medida por causas de la corrupción, por tres razones básicas: la exclusión social, la ausencia de oposición política y la impunidad.

En México, la desigualdad social en se ve agravada por las prácticas de nepotismo, clientelismo, favoritismo, privilegios, regresiones autoritarias y corrupción, lo que contribuye a la reducción de la legitimidad social del sistema representativo como mecanismo de participación activa en política (Portales, 2010: 131).

Esta relación entre corrupción y desigualdad social en México, que es más estrecha en ciertos sectores económicos que presentan mayores niveles corrupción con el fin de beneficiar a determinados actores y grupos socioeconómicos, provoca a su vez: (a) una reducción de las fuentes de ingresos y la consiguiente pérdida del poder adquisitivo; (b) la reducción de los niveles de consumo; (c) la transformación del gasto económico en gasto social para la vida familiar; y (d) el empeoramiento de las condiciones económicas de vida (Reyes, 2017: 53).

Este problema ha sido también abordado en la Política Nacional Anticorrupción del país, que reconoce que “[...] estudios de Transparencia Mexicana (TM) estimaron que, para el año 2010, los hogares mexicanos destinaron alrededor de 14% de su ingreso a pagos extraoficiales o irregulares (sobornos), y este porcentaje tiende a incrementarse entre los sectores más pobres de la población” (México, 2020: 41). Es, por ello, que “[l]as distintas manifestaciones de la corrupción tienen también efectos en la reproducción de las condiciones de desigualdad social en nuestro país” (México, 2020: 41).

Finalmente, en Perú, las políticas que el autoritarismo de Fujimori y los posteriores gobiernos democráticos han adoptado para tratar de resolver el problema de la pobreza extrema y la desigualdad han causado experiencias muy complejas para el país (Cotler, 2011: 18).

Así, si la década de 1980 estuvo marcada por la crisis de la deuda externa (1982) y los impactos provocados por fenómeno de El Niño (1983), así como por el aumento de la producción de drogas, la insurgencia de los grupos armados y la violación de los derechos humanos (Cotler, 2011: 18-19), el régimen autoritario de Fujimori se

caracterizó en la década de 1990 por la implementación de políticas neoliberales y la persecución de opositores políticos, lo que propició un contexto de “corrupción, [...] conductas rentistas, “mercantilistas” y [...] cinismo político”, que mantuvo altos niveles de desigualdad y pobreza, y que fue una de las principales razones para que se diera paso en el 2000 a un gobierno de transición presidido por Paniagua (Cotler, 2011: 22).

Desafortunadamente, los gobiernos democráticos que se han sucedido en las últimas dos décadas no han logrado reducir los altos niveles de corrupción, desigualdad y pobreza (CAN, 2017)³.

³ Al igual que hemos visto con los países latinoamericanos, la situación en relación con los niveles de desigualdad y falta de inclusión en los países no latinoamericanos objeto de estudio en la presente obra colectiva es también variable. Así, en Estados Unidos, y tras años de una cierta estabilidad, la variación en la concentración del ingreso según el índice Gini se viene incrementando progresivamente y de manera notable a partir de 2014. Por su parte, España e Italia han enfrentado un incremento muy significativo en los índices de concentración del ingreso desde 2008, con una ligera tendencia a la baja a partir de 2016.

En España, la crisis económica de 2008 ha reducido, en buena medida, la confianza pública en las instituciones nacionales e internacionales. Con la mayor visibilidad de los casos de corrupción, el gobierno español realizó una serie de recortes presupuestarios a partir de 2011, que llevaron a una perspectiva de asociación entre austeridad y corrupción para la población del país, (González-Enríquez, 2017: 9). La percepción de corrupción por parte de la población española está más presente en Canarias y Galicia, mientras que las regiones del norte, como País Vasco, Navarra y Cantabria son las regiones con menores niveles de percepción de corrupción, como señala la investigación de Colino, Castillo y Kölling (2019: 50). Los autores también identificaron que las regiones de Canarias y Galicia, con las más altas tasas de percepción de corrupción en el país, son también una de las regiones con menor PIB per cápita (Colino, Castillo & Kölling, 2019: 58). Las regiones del norte, con la tasa más baja de percepción de corrupción, son también las que tienen el PIB per cápita más alto. En cuanto a los indicadores de oportunidades vitales y educativas, la región de Canarias se encuentra entre las regiones con mayores índices de pobreza y abandono escolar, considerada, por lo tanto, parte de la “España pobre”, que se corresponde con el grupo de regiones que tienen la renta per capita más baja, tasas de paro elevadas (superiores al 20%) y una baja proporción de población con estudios universitarios. Ello va acompañado de altas tasas de

abandono escolar, junto con valores elevados de las tasas de población en situación de pobreza o en riesgo de pobreza o exclusión social, al tiempo que puntúan en niveles medios-bajos de calidad de vida (Colino, Castillo & Kölling, 2019: 61-62).

A la luz de estas consideraciones, la investigación de Colino, Castillo y Kölling (2019: 62) demostró que la desigualdad en España, además de una dimensión económica y social personal, también tiene una dimensión territorial, especialmente cuando analizados los indicadores socioeconómicos de la región de Canarias y considerado el hecho de que es una de las regiones con una de las tasas de percepción de corrupción más altas de España.

Entre 2003 y 2015, el índice de Gini de España aumentó en aproximadamente 3 puntos. En el mismo período, el IPC en el país también disminuyó, lo que indica un aumento en la percepción de corrupción. En este contexto, es posible considerar que ha habido un aumento tanto de la desigualdad en el país como de la percepción de corrupción por parte de la población. Sin embargo, en los últimos cinco años España ha experimentado una mejora en su puntuación en el IPC, tal y como recoge el Informe sobre el estado de derecho en 2021 de la Comisión Europea (2021: 12).

En Estados Unidos, el sistema político en Estados Unidos, por su vez, favorece una forma mayoritariamente privada de financiamiento electoral por parte de grupos económicos, circunstancia considerada por otros países como una forma de corrupción legalizada. En lo que concierne propiamente a la corrupción, Walfrido Warde (2018: 18) destaca que la corrupción genera ineficiencia, desigualdad y pobreza, pero no es un obstáculo para el crecimiento económico, como ocurre en Estados Unidos. Tanto es así que, desde 2010, el índice de Gini del país ha ido aumentando gradualmente, lo que indica un aumento de la desigualdad. Sin embargo, el Producto Interno Bruto estadounidense aumentó de 14,9 billones a 21,4 billones aproximadamente entre 2010 y 2019, según datos del Banco Mundial (2020).

Finalmente, en Italia, desde 2010 el índice de Gini de Italia ha aumentado, lo que indica un aumento de la desigualdad en el país. En el mismo período, el estado italiano ascendió en posición en el IPC, como reflejo de una disminución en la percepción de la población sobre la corrupción. En este contexto, no es posible establecer una relación directa entre el aumento de la desigualdad y el IPC. El Informe sobre el estado de derecho en 2021, elaborado por la Comisión Europea (2021: 12), destaca que Italia ha mejorado su puntuación en el Índice de Percepción de la Corrupción en los últimos cinco años

La crisis financiera que comenzó en 2007 afectó fuertemente el estado italiano, contribuyendo al aumento de las desigualdades. Frente a eso, Giovanni Paolo Naso narra que, a partir de 2009, las empresas italianas

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

Ante las graves consecuencias que la corrupción genera en términos de profundización de la discriminación de los grupos vulnerables que sufren un trato inequitativo y exclusión social, la CIDH afirma que los estados de la región deben adoptar medidas para garantizar el ejercicio de los derechos humanos, con enfoque transversal, frente a las vulneraciones y restricciones producidas por las dinámicas estructurales de corrupción (CIDH, 2018: 2-3).

Por ello, subraya la necesidad de fortalecer: (a) la “independencia, imparcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia”, recordando el importante papel desarrollado por el control ciudadano en la investigación y denuncia de las prácticas corruptas; (b) la “transparencia, el acceso a la información y la libertad de expresión”; y (c) el nivel de cumplimiento de las obligaciones gubernamentales relativas a los DESCAs (en particular, el acceso a la salud, la educación, el agua, el transporte o el saneamiento del amplio sector social compuesto por población discriminada, vulnerable y/o con pocos recursos) (CIDH, 2018: 4-6).

Además, la CIDH también reconoce que para que su mandato transformador (y el de la CtIDH) pueda ser eficaz es, en todo caso, necesario que vaya acompañado de un enfoque regional amplio que se centre en el fortalecimiento de la cooperación estatal en la lucha por garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, cuyo goce

implementaron una reorganización con el objetivo de reducir los costos laborales, que en consecuencia generó un desempleo creciente acompañado de una disminución de la renta disponible, principalmente en la clase media (Naso, 2018: 17). El autor señala que estas condiciones trajeron al sistema socioeconómico italiano: (a) una burocratización excesiva de los procedimientos administrativos; (b) la ineficacia del sistema de pensiones; (c) incertidumbre y lentitud de la justicia civil; (d) impuestos elevados sobre la renta y los impuestos laborales; (e) la evasión fiscal; (f) la corrupción; (g) la ausencia de un sistema de financiamiento alternativo para la banca que favorezca la creación de startups; (h) el aumento de las tasas de interés; e (i) una distribución desigual de la riqueza (Naso, 2018: 17).

se encuentra amenazado en la región por dinámicas sistémicas de corrupción) (CIDH, 2018). De ahí, la necesidad de fortalecer también la cooperación internacional, incluyendo el intercambio de información, la creación de unidades de investigación multilaterales, y el apoyo, participación y cooperación de la sociedad civil (CIDH, 2018: 7-8).

Sin embargo, las medidas propuestas por la CIDH, si bien pueden ser útiles para tratar en el corto y medio plazo algunos de los síntomas del problema, no parecen ser suficientes para abordar de manera eficaz sus verdaderas causas. En este sentido, autoras como Garay señalan lo siguiente al analizar el problema del trato inequitativo y excluyente hacia las mujeres:

La igualdad como pilar del Estado constitucional es un concepto histórico y, como tal, un producto social susceptible de cambios. Es evidente que las diversas formas de discriminación que sostienen la desigualdad han ido cambiando solo para los hombres y el proceso de cambios relacionados con la discriminación por sexo ha sido y es muy lento. El análisis de la idea de igualdad en el constitucionalismo parece primordial para comprender el por qué las mujeres no son consideradas dentro de aquella abstracción que define a la modernidad y al Estado constitucional: el «sujeto de derechos». Este sujeto es la piedra angular que surge en y sobre la que se construye la modernidad, el origen de nuestros actuales sistemas constitucionales democráticos. El reconocimiento como sujeto permite la individualidad y, con ella, la igualdad (Garay, 2012: 203-204).

Es, por tanto, la igualdad, como pilar del constitucionalismo democrático, la que, si bien nace como un instrumento formal para preservar las relaciones de poder desiguales, va gradualmente gestando su materialidad a través del constitucionalismo social, que, al tratar de corregir los efectos del liberalismo, requiere una distribución equitativa de las oportunidades y de la intervención estatal para ser eficaz (Mello & Marques, 2019: 12). De esta manera, “[e]n realidad, se trata del derecho colectivo de representatividad, de pluralidad, en definitiva, de democracia real. Se requiere efectuar una modificación sociocultural de la sociedad para que sea libre e igual, es decir, democrática” (Hermes & Vieira, 2021: 429).

La solidaridad de los hombres, que les haga adoptar también el proyecto de inclusión e igualdad, es también fundamental a estos efectos, porque, como afirma Bobbio (2004: 61), “[...] hay que par-

tir de la afirmación obvia de que no se puede instituir un derecho a favor de una categoría de personas sin suprimir un derecho de otras categorías de personas”. Por ello, la verdadera alternativa para una democracia real, que no puede existir sin la reducción y eliminación de las desigualdades (Sampere, 2014: 447-450), es un modelo solidario y cooperativo que ponga fin al grave error que la ausencia de la presencia femenina supone para el constitucionalismo (Garay, 2014: 271).

5.2. Recomendaciones para América Latina y Colombia

Con base en lo anterior, se enuncian las siguientes recomendaciones. En primer lugar, Fraser reconoce que es necesaria una nueva comprensión de la justicia social, así como una visión que integre los diversos ejes de subordinación que van más allá de la clase y que incluyen la diferencia sexual, la raza, la etnia, la sexualidad, la religión y la nacionalidad. Esto, con el fin de permitir el avance y la justicia social, la cual no se limita a la distribución de los recursos, sino que abarca también la representación, la identidad y la diferencia (Fraser, 2002: 9).

En consecuencia, es necesario implementar un proyecto de integración, promoción y fomento de la igualdad material de los grupos vulnerables, con base en la diversidad y la unión solidaria (Arendt, 2012, 633), con el fin de mitigar y eliminar el proceso de exclusión de la convivencia social y garantizar la efectiva ciudadanía (Fanon, 2008: 86-87; 187). Además, para alcanzar este objetivo, es imprescindible reducir el poder de dominación y la ideología de subordinación (ambos de herencia colonial), para lo cual, según Foucault (2019: 9), se requiere un nuevo discurso y simbología del poder, acompañada de una nueva acción y sacrificio por el poder, que permitan el desplazamiento de la preponderancia dada a un cierto tipo de conocimiento a través de un discurso formativo y (¿por qué no?) transformador (Foucault, 1984: 167-178).

Para ello, conocer y recuperar los conceptos de las filosofías amerindias, como el relativo a la noción de poder en el mundo precolumbino, parecen particularmente relevantes (sobre todo en el ámbito latinoamericano), razón por la cual es necesario prestar especial atención a las contribuciones de la historia, la sociología, la antropo-

logía, la crítica decolonial, la filosofía de la liberación y los feminismos del Sur) (Garay Montañez, 2020: 18). Sólo de este modo se podrá legitimar la dignidad humana como valor fuente (incluyendo, el derecho a la felicidad) y será posible alcanzar una auténtica equidad e inclusión (Graziadei, 2019), lo que permitirá, al mismo tiempo, eliminar muchos de los incentivos que promueven la corrupción.

Junto a lo anterior, es también necesario recuperar la interpretación jurídica bajo el método histórico, con el fin de que se tengan en cuenta las perspectivas necesarias para consolidar una democracia real, siendo conscientes de la importancia de la equidad y la inclusión para la realización ciudadana. Esto significa que, ni la interpretación, ni la enseñanza del derecho, pueden limitarse al texto de la ley, sino que, como afirman Garay, Bell, Llorca & Martínez Almira (2019: 4), deben reflejar los pensamientos silenciados por la exclusión de “las otras subjetividades”. Para ello, nada mejor que el diálogo entre los principales actores que se han opuesto a la opresión en la historia del constitucionalismo, con base en: (a) los discursos de Diderot, De Gouges, l’abbé Grégoire, Pierre Guyomar y Condorcet, quienes se posicionaron con firmeza en contra la esclavitud y en favor de los derechos de las mujeres (2019: 18); y (b) los documentos jurídico-políticos del siglo XVIII que circularon entre los órganos deliberativos en materia de reconocimiento de derechos, y que demuestran la interseccionalidad de la opresión (2019: 26).

Sin embargo, lo cierto es que América Latina en general, y Colombia en particular, tienen todavía un camino muy largo por recorrer, porque aún no han mostrado su capacidad para abordar satisfactoriamente los efectos de la inequidad y la exclusión resultantes del sistema de explotación colonial. Esto se ha visto reflejado, una vez más, en como las graves consecuencias de la crisis multifacética (económica, social y sanitaria) prepandemia, exacerbadas por la pandemia de Covid-19, han mostrado que la mayoría de la población en la región vive en condiciones de discriminación, vulnerabilidad y/o precariedad. En definitiva, como ha sido señalado:

[...] esta crisis expuso las penurias que surgieron pocos meses antes del estallido de la pandemia, con crueldad de intensidad variable, enfatizando la fuerte desigualdad social —especialmente en las metrópolis—, los picos de pobreza y pobreza extrema, y la gran riqueza acumulada en manos de unos pocos (Pavani & Hermes, 2021: 763).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Ardenghi, R. (2020). *Análise do Impacto do Crime Transnacional Organizado Sobre as Comunidades Indígenas da América Latina: O Caso do Brasil*. Madrid: Programa EL PAcCTO. <https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2021/04/Libro-ElPacto-Brasil.pdf>.
- Arendt, H. (2012). *Orígenes del totalitarismo: Antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Arteaga, A. M. (2005). “¿Es la corrupción la causa de la pobreza?” En: Patiño, R. (ed.) *Corrupción y derechos humanos: estrategias comunes por la transparencia y contra la impunidad*. Medellín: IPC, Instituto Popular de Capacitación. Pp. 81-108.
- Bernardes de Moraes, T & Da Silva Torrecillas, G. (2015). “Corrupción en la función pública: un estudio sobre correlaciones entre corrupción, calidad de la democracia, gobernanza, desigualdad de renta y desempleo en el mundo (2008-2012)”. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*. Vol. 6(1). Pp. 15-33. <https://doi.org/10.21501/22161201.1340>.
- Bobbio, N. (2004). *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Bobbio, N. (2019). *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Brodschi, E., Fracchia, E., & López Amorós, M. (2009). “La Corrupción en la Argentina: un diagnóstico de la actual situación”. *Ensayos de Política Económica*. Vol. 3. Pp. 85-103.
- Campante, R. (2019). *Patrimonialismo no Brasil: corrupção e desigualdade*. Curitiba: CRV.
- Colino, C., Castillo, J., & Kölling, M. (2019). *Desigualdades territoriales en España*. Madrid: Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Cotler, J. (2011). “Las desigualdades en el Perú. Introducción”. En Cotler, J & Cuenca, R. (eds.) *Las desigualdades en el Perú: balances críticos*. Perú: Instituto de Estudios Peruanos. Pp. 9-30.
- Dahl, R. (2012). *A Democracia e seus críticos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- Delgado, J. (2017). “Costos y consecuencias de la corrupción en México”. *Centro de Estudios de las Finanzas Públicas*.
- Días, I & Blanco, C. (2018). *Estado Democrático, Sistema Interamericano y lucha contra la corrupción: reflexiones del segundo conversatorio en jurisprudencia interamericana*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Du Bois, W. E. B. (1935). *Black Reconstruction: an essay toward a history of the part which black folk played in the attempt to reconstruct democracy in America, 1860-1880*. New York: Harcourt, Brace and Company, Inc.
- Enrique, R & Gonzalez, J. (2010). “Estado democrático, sistemas de legalidad y corrupción en América Latina”. *Revista Telemática De Filo. Del Derecho*. Vol. 13. Pp. 127-139.
- Fanon, F. (2008). *Pele Negra, Máscaras Brancas*. Salvador: EDUFBA.
- Ferrajoli, L. (2018). *La democrazia attraverso i diritti*. Roma: Editori Laterza.
- Foucault, M. (1984). *Microfísica do Poder*. São Paulo: Edições Graal.
- Foucault, M. (2019). *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. São Paulo: Edições Loyola.
- Fraser, N. (2002). A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Vol. 63. Pp. 7-20.
- Garay, N. (2012). Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812. *Pensamiento Constitucional*. Vol. 17(17). Pp. 199-224.
- Garay, N. (2014). “Constitucionalismo feminista: evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo oficial”. En: Valencianas, C. (ed). *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*. España: Corts Valencianes. Pp. 265-279.
- Garay, N. (2020). “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder”. *Revista General de Derecho Público Comparado*. Vol. 27. Pp. 1-29.
- Garay, N., Bell, D., Llorca, M & Martínez, M. (2019). “Investigación y docencia en historia del constitucionalismo. Análisis de los discursos sobre las exclusiones por raza y género”. *Revista General de Derecho Público Comparado*. Vol. 25(1). Pp. 1-28.
- García, G. (2021). *Análisis del Impacto del Crimen Transnacional Organizado y las Comunidades Indígenas de América Latina: El Caso de México*. Madrid: Programa EL PACcTO. <https://www.elpacto.eu/wp-content/uploads/2021/04/Libro-ElPacto-Mexico.pdf>
- Graziadei, M & Pasa, B. (2019). “Happiness Once More”. *Journal of Comparative Law*. Vol. 14 (2). Pp. 203-221.
- Habermas, J. (2018). *A inclusão do outro*. São Paulo: Editora Unesp.
- Hammoud, R. H. N. (2008). Crescimento, Desenvolvimento e Desigualdade de Renda. Análise dos Clássicos: Furtado, Cardoso e o “Milagre” Econômico. *Anais do XI Encontro Regional de Economia*.

- Henrique, A., Fernandes, A. & Nascimento, W. (2016). Desigualdade, desenvolvimento humano e corrupção nos estados brasileiros. *Em Tese*. Vol. 13(2). Pp. 167-188. <https://doi.org/10.5007/1806-5023.2016v13n2p167>.
- Hermes, M & Vieira, T. (2021). “Representación femenina en el Poder Judicial y en la Abogacía General del Estado de Brasil: tiempo, dinámica, constitución y transformación”. En: Fuchs, M & Rank, H. (eds.). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2021*. Konrad-Adenauer-Stiftung. Pp. 415-434.
- Ionescu, L. (2018). “Gender inequality in political democracy: electoral accountability, women’s representation in government, and perceived corruption”. *Journal of Research in Gender Studies*. Vol. 8(1). Pp. 165-171.
- Mello, J & Marques, D. (2019). *Elementos para uma tipologia da atuação estatal: visões do Estado sobre as mulheres e políticas públicas no Brasil*. Brasília: Texto para discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.
- Mendoza, D. (2021). *Análisis del Impacto del Crimen Transnacional Organizado y las Comunidades Indígenas de América Latina: El Caso de Colombia*. Madrid: Programa EL PACcTO. <https://www.elpacto.eu/wp-content/uploads/2021/04/Libro-ElPacto-Colombia.pdf>.
- Naso, G. P. (2018). *Analisi della disuguaglianza nella distribuzione del reddito in Italia*. Venezia: Università Ca’Foscari Venezia.
- Oliveira, N. (2021). “Nova Lei de Licitações é esperança contra corrupção e desperdício de verbas”. *Agência Senado*. <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/12/nova-lei-de-licitacoes-e-esperanca-contracorrupcao-e-desperdicio-de-verbas>.
- Pavani, G & Hermes, M. (2021). “A Emergência da Covid-19 nas experiências federais: o caso do Brasil”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 26(3). Pp. 760-787.
- Pisano, R. (2021). “Italy”. En: Mendelsohn, M. (ed). *The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review*. United Kindom: Law Business Research Ltd. Pp. 104-117.
- Quiroga, H. (2018). “El Estado faccioso en la Argentina. Corrupción de principios, corrupción de las instituciones”. *Araucaria*. Vol. 20(40).
- Reinaldo, G. (2018). *Corrupción y desigualdad como driver en Colombia*. Lisboa: Universidad de Lisboa.
- Sampere, E. (2014). “Ciudadanía democrática, voluntad política y Estado social”. En: Valenciana, C. (ed). *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*. Valencia: Corts Valencianes. Pp. 443-451.

- Sánchez, J. (2022). “Las perspectivas de la nueva ley de transparencia y anticorrupción-Ley 2195 de 2022”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. <https://www.uexternado.edu.co/derecho/las-perspectivas-de-la-nueva-ley-de-transparencia-y-anticorrupcion-ley-2195-de-2022/>.
- Souza, T & Suellen, S. (2013). “O Aumento da desigualdade de renda na década de 60: O Diagnóstico Oficial de Langoni”. *Revista Liceu On-Line*. Vol. 3(5). Pp. 222-248.
- Vargas, A. (2018). “Combate y sanción a la corrupción: Importancia de la lucha anticorrupción en el sector farmacéutico”. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Chile: Asesoría Técnica Parlamentaria*. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26129/1/Importancia_de_sancionar_la_corrupcion.pdf.
- Veloso, A., Villela, A & Giambiagi, F. (2008). “Determinantes do” milagre” econômico brasileiro (1968-1973): uma análise empírica”. *Revista Brasileira de Economia*. Vol. 62. Pp 221-246. <https://doi.org/10.1590/S0034-71402008000200006>.
- Warde, W. (2018). *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: LeYa.
- Young, I. M. (2010). *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Banco Mundial (2020). “GDP (current US\$)-United States”. <https://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=US>.
- Banco Mundial. (2021). “Hacia la construcción de una sociedad equitativa en Colombia” <https://www.bancomundial.org/es/news/infographic/2021/10/27/hacia-la-construccion-de-una-sociedad-equitativa-en-colombia>.
- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción del Perú. (2017). “Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción”. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/388273/Política-Nacional-de-Integridad-y-Lucha-contra-la-Corrupci%C3%B3n.pdf>.
- Comisión Europea. (2021). “Informe sobre el Estado de Derecho en 2021: Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea”. *COM (2021) 700. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0700&rom=EN>.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). “Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras la visita del relator sobre los derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial a la República de Colombia”. *OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 66, 27 de marzo de 2009*. <http://www.cidh.org/countryrep/colombiaafrodescendientes.sp/colombiaafros2009cap1-2.sp.htm>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). “Pobreza y Derechos Humanos”. *OEA/Ser.L/V/II.164, Doc. 147, 7 septiembre 2017*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). “Resolución n.º 1/17. Derechos Humanos y Lucha Contra la Impunidad y la Corrupción”. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-17-es.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). “Resolución 1/18. Corrupción y Derechos Humanos. 167 período de sesiones”. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-18-es.pdf>.
- Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción de México. (2020). “Política Nacional Anticorrupción”. <https://www.sesna.gob.mx/politica-nacional-anticorrupcion/>.
- Congreso de la Nación Argentina. (1997). “Ley 24.759”. *Convención Interamericana contra la Corrupción*. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24759-41466>.
- Congreso de la Nación Argentina. (1999). “Ley 25.188”. *Ética en el Ejercicio de la Función Pública*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/texact.htm>.
- Congreso de la Nación Argentina. (2000). “Ley 25.246”. *Lavado de Dinero*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62977/texact.htm>.
- Defensoría del Pueblo de Perú. (2017). “Radiografía de la Corrupción en el Perú”. *Reporte La Corrupción en el Perú*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>.
- González-Enríquez, C. (2017). “The Spanish Exception: Unemployment, inequality and immigration, but no right-wing populist parties”. *Elcano Royal Institute, Working Paper, 3*. <https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/resources/docs/Elcano-The%20Spanish%20Exception,%20Unemployment,%20Inequality%20and%20Immigration,%20but%20no%20Right-Wing%20Populist%20Parties.pdf>.
- Instituto Socioambiental. (2022). “Yanomami sob Ataque Garimpo Ilegal na Terra Indígena Yanomami e Propostas para Combatê-lo”. *Sistema de*

- Monitoramento do Garimpo Ilegal da TI Yanomami*. https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/prov0491_1.pdf.
- Ministerio de Justicia de Colombia. (s.f). “Transparencia y lucha contra la corrupción”. *Sistema Único de Información Normativa*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/legislacion/transparencia.html>.
- Oficina Anticorrupción. (2013). “Políticas de Educación en Valores”. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Working-Groups/workinggroup4/2013-August-26-28/Responses_NV/Argentina_SP.pdf.
- Oxfam Brasil. (s.f.). “10 ações urgentes contra as desigualdades no Brasil”. <https://www.oxfam.org.br/especiais/10-acoes-urgentes-contra-as-desigualdades-no-brasil/>.
- Poder Ejecutivo Nacional de Argentina. (1999). “Código de Ética en la Función Pública. Decreto 41/99”. <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/55841/norma.htm>.
- Presidencia de la República de Colombia. (2015). “Estrategias para la Construcción del Plan Anticorrupción y de atención al ciudadano”. <http://www.secretariatransparencia.gov.co/politica-publica/Documents/Estrategias-para-la-construccion-del-plan-anticorrupcion-y-de-atencion-al-ciudadano-v2.pdf>.
- Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. (2017). “Desiguales. Orígenes, cambios y desafíos de la brecha social en Chile”. <https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/poverty/desiguales-origenes-cambios-y-desafios-de-la-brecha-social-en-.html>.
- Richter, A. (2018). “Suprema Corte brasileña vota contra conducción coercitiva”. *Agência Brasil*. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/es/politica/noticia/2018-06/suprema-corte-brasilena-vota-contra-conduccion-coercitiva>.
- Secretaría de la función pública de México. (2018). “Sistema Nacional Anticorrupción (SNA)”. <https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/sistema-nacional-anticorrupcion-64289>.
- United States of America. (2021). “United States Strategy on Countering Corruption”. *Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest*. <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/United-States-Strategy-on-Countering-Corruption.pdf>.
- Vázquez, D., Cardona, L & Ortiz, H. (2017). “Los Derechos Humanos y la Corrupción En México: Análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014”. *Comisión Nacional de los Derechos Humanos México-CNDH*. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/DH-Corrupcion-Mexico.pdf>.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 8
***Conclusiones y recomendaciones
para América Latina y Colombia***

HÉCTOR OLASOLO*
VANESSA SUELT COCK**
LAURA MELISSA FLÓREZ CASTILLA***
JORGE DOMÉNICO GALLO OLIVARES****
GRACIELA VICTORIA CURIEL OLARTE*****

* Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

** Profesora Asociada de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Público, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Doctora en Derecho Público de la Universidad de Salamanca, abogada y especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana. Coinvestigadora Principal del Proyecto 71848 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional, perteneciente al Programa de Investigación 70593.

*** Abogada y especialista en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Joven investigadora y consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organiza-

En este capítulo final se presenta al lector un desarrollo ordenado, articulado y sistemático de los principales contenidos, conclusiones y recomendaciones de los capítulos precedentes, con el fin de ofrecer al lector una visión de conjunto lo más clara posible sobre (a) la situación actual en América Latina del fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), sus especificidades en los países tomados como referencia (Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México) y su impacto en términos de gobernanza y buen/mal gobierno; (b) lo que pueden aportar para responder a este fenómeno algunas de las principales herramientas del constitucionalismo liberal, social y democrático (estado de derecho, principios de participación política, equidad e inclusión y derechos de la ciudadanía); y (c) la manera en que dicha contribución podría ser más efectiva, así como sus limitaciones para enfrentar un fenómeno tan complejo y extendido en la región.

1. CORRUPCIÓN Y MAL GOBIERNO: APROXIMACIONES CRÍTICAS DESDE LAS ESPECIFICIDADES NACIONALES LATINOAMERICANAS

La primera parte de la presente obra (capítulos 1 a 3) ahonda en las situaciones específicas de los cinco países tomados como referencia (Argentina, Brasil, Chile y Colombia, México), debido a su especial relevancia en América Latina en términos de su territorio, población, producto interno bruto y fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, así como al amplio desarrollo que el COT ha experimentado en todos ellos con la excepción, en cierta medida, del caso chileno. Sobre esta base, el capítulo 4 realiza a continuación un análisis comparado de las distintas situaciones expuestas.

do, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024).

**** Abogado e Investigador de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá D.C., Colombia).

***** Abogada, Periodista e Investigadora de Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá D.C., Colombia).

Además, a modo de breve introducción a esta primera parte, Sueli & Salgado estudian en las primeras secciones del capítulo 1 como los estados latinoamericanos en general, y Colombia en particular, son formalmente democráticos, pero tienden a la concentración del poder político y económico, lo que otorga a la corrupción una función muy importante en la organización y el funcionamiento del estado, la economía y la sociedad. Así, según el Grupo Asesor de Expertos del Banco Interamericano de Desarrollo, en la mayor parte de los países de América Latina, la corrupción y la captura del estado (entendida como la dependencia estructural de las autoridades y agentes estatales del sector privado en la toma de decisiones) son sistémicas y afectan a todos los ámbitos de la sociedad (desde la gran corrupción al soborno de menor cuantía).

En consecuencia, al tratarse de un fenómeno complejo, es necesario: (a) abordarlo íntegramente a la luz de sus dimensiones económicas, jurídico-políticas y socioculturales; y (b) tener en cuenta que sus distintas dimensiones no permiten que su definición jurídica explique algunos de sus elementos más relevantes, como la relación entre impunidad y permisividad social (lo que hace que las normas y medidas anticorrupción sean ineficaces) y su articulación a lo largo del tiempo como una forma estable de funcionamiento del poder y de sus relaciones con la sociedad.

1.1. Colombia

A la luz de lo anterior, Sueli & Salgado profundizan en el estudio de la corrupción y el mal gobierno en Colombia, teniendo particularmente en cuenta los siguientes aspectos: (a) la relación entre corrupción y narcotráfico; (b) la normatividad e institucionalidad de la política antidrogas colombiana; (c) el fortalecimiento del narcotráfico como consecuencia no deseada de las políticas prohibicionistas en Colombia; y (d) el Acuerdo de Paz como nueva estrategia política de lucha antidrogas.

Para ello, parten del entendimiento del estado, y por ende del sistema político y de sus prácticas institucionalizadas, como un constructo histórico agenciado por los grupos de interés dominantes que compiten en el espacio social por su dirección y control. Sobre esta

base, identifican en Colombia dos órdenes políticos e institucionales diferenciados, que se han consolidado históricamente, y que están estrechamente relacionados: el orden autoritario subnacional y el orden nacional.

El primero está regulado y controlado por poderes privados que han conformado pactos territoriales con sectores económicos y políticos afines a sus intereses, y por tanto orientan sus acciones y prácticas institucionales con el fin de satisfacer los intereses privados de las élites locales. Como resultado, el estado de derecho pierde su esencia, al tener dichos poderes privados la capacidad de subordinar la institucionalidad a sus intereses. El segundo se configura como un estado abstracto, que encubre relaciones de poder asimétricas al servicio de intereses políticos y económicos privados. La coexistencia de este orden nacional con el autoritario subnacional otorga a Colombia la apariencia de ser un estado democrático.

En este contexto, los caciques y gamonales regionales se han transformado para involucrarse con redes empresariales y organizaciones criminales globales, lo que ha generado nuevas dinámicas políticas y socioeconómicas en los territorios, que inciden en la formulación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas sociales, en la justicia y en las políticas públicas, principalmente en las decisiones de la administración pública. De esta manera, la institucionalidad colombiana ha sido utilizada para potenciar economías ilícitas y niveles avanzados de corrupción. Esta relación entre corrupción y narcotráfico, que ha erosionado los bajos niveles de gobernabilidad existentes, se observa en la relación directa entre los cárteles de la droga y el gobierno. Así mismo, también ha permeado a la fuerza pública, convirtiéndola en un instrumento que facilita las operaciones del poder corrupto, en vez de ser un cuerpo de protección a la ciudadanía.

En cuanto a la normatividad e institucionalidad de la política antidrogas, esta se ha visto influenciada a nivel nacional desde la década de 1970 (momento en el que el gobierno colombiano comenzó a asumir un mayor protagonismo en la política pública antidrogas) por las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), producto de la influencia de la política internacional antidrogas impuesta por la agenda de los Estados Unidos.

Así, la Ley 13 (1974) recogió la Convención Única sobre Estupefacientes, instrumento internacional que estableció un enfoque prohibicionista y fiscalizador de las plantas de uso ancestral y cultural de pueblos andinos, como el arbusto de coca, por ser consideradas como la materia prima de los estupefacientes. Así mismo, el Decreto 1206 (1973) creó el Consejo Nacional de Estupefacientes y el Decreto 1188 (1974) estableció el primer Estatuto Nacional de Estupefacientes, con el fin de supervisar la eliminación del cultivo y/o producción de aquellas sustancias recogidas en las listas oficiales de sustancias prohibidas de las Naciones Unidas.

Una década después, durante el gobierno de Betancur (1982-1986), se aprobó la Ley 30 (1986), que constituye, hasta la actualidad, el principal fundamento normativo para la expedición de los decretos que han desarrollado la política prohibicionista antidrogas en el país. Esta ley es un hito en la criminalización de los campesinos y las comunidades étnicas involucradas directa o indirectamente con los cultivos ilícitos. Desde entonces, la política de erradicación forzada ha sido una constante en todos los gobiernos, si bien en el periodo presidencial de Barco (1986-1990), existió una mayor tolerancia frente a los recursos que provenían del narcotráfico, al no implementarse medidas para afectar el blanqueo de los activos provenientes del mismo.

Tras el gobierno de Gaviria (1999-1994), el gobierno de Samper (1994-1998) provocó una crisis sin precedentes debido al conocido “proceso 8000”, sobre la presunta financiación ilegal de la campaña presidencial con fondos procedentes del narcotráfico, lo que llevó al propio director de la DEA a calificar a Colombia como una “narco-democracia”. En todo caso, al final de su mandato, el gobierno de Samper suscribió la declaración sobre los principios rectores de la lucha contra las drogas de la ONU (1998), que establece, entre otros, el principio de responsabilidad compartida entre países consumidores y productores.

Este principio fue el fundamento utilizado por el gobierno de Pastrana (1998-2002) para suscribir el acuerdo bilateral entre Colombia y Estados Unidos (denominado Plan Colombia para la Paz), que ha sido criticado por su enfoque militarista en la solución al problema de los cultivos ilícitos. La segunda fase del Plan Colombia se ejecutó

durante el gobierno de Uribe (2002-2010), combinando las medidas previstas en el Plan con su Política de Defensa y Seguridad Democrática, para la lucha contra el narcotráfico y promover la consecución de la paz. Como consecuencia, se fortalecieron las capacidades militares del ejército colombiano para combatir la cadena de producción del narcotráfico, así como los grupos armados al margen de la ley. Además, se acuñó el término “amenaza narcoterrorista”, que refleja como se unió a la lucha contrainsurgente (frente a las guerrillas) el combate antidrogas, utilizándose desde entonces los recursos del Plan para combatir ambos.

Mientras se debatía en el país sobre la efectividad real de la política antidrogas del gobierno de Uribe, se planteó en 2009 un debate internacional sobre si continuar con el régimen prohibicionista y fiscalizador, u optar por medidas de reducción de daños con un enfoque de garantía de derechos humanos a los consumidores. Como resultado, se acabó manteniendo el enfoque de tolerancia cero, que seguía siendo apoyado, entre otros países, por Estados Unidos y Colombia.

Con el gobierno de Santos (2010-2018), se cambió el enfoque de la política antidrogas. Desde su primera intervención en la ONU, el presidente hizo una reflexión crítica sobre los problemas vinculados al narcotráfico e invitó a los países andinos y a Estados Unidos a replantear las acciones que habían emprendido en la búsqueda de una solución al problema de las drogas. Insistió, además, en presentar el proceso de paz con las FARC como una posibilidad para desvincular a las FARC del narcotráfico, e impedir así que este último siguiera funcionando como combustible del conflicto armado en Colombia.

Este cambio de enfoque se vio reflejado en el punto cuarto del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP (2016), relativo a la solución al problema de las drogas ilícitas en el país, que adopta un enfoque de derechos humanos y salud pública, con una perspectiva diferencial y de género, y promueve el desarrollo alternativo a través de soluciones sostenibles que eviten la agroindustria del narcotráfico. Así mismo, la institucionalidad propuesta en el Acuerdo Final de Paz tiene un enfoque territorial, étnico, de derechos humanos y de género, y comprende la participación ciudadana y el fortalecimiento institucional local (en términos de

efectividad, eficiencia y transparencia). Además, el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS) aparece en el Acuerdo como específicamente ligado a la implementación de la Reforma Rural Integral, previéndose su construcción conjunta con las comunidades desde lo local, con base en sus características propias y las de sus territorios.

Sin embargo, este nuevo enfoque no se vio reflejado a nivel nacional en cambios en la legislación colombiana que facilitarían la implementación de lo acordado en el Acuerdo Final de Paz, y superará el enfoque represivo de la política prohibicionista vigente basada en la Ley 30 (1986). Esto facilitó que el gobierno de Duque (2018-2022) se alineara nuevamente con el discurso estadounidense de lucha contra el terrorismo, amparado en el marco normativo nacional antidrogas todavía vigente. De este modo, reactivó la fumigación aérea de los cultivos ilícitos, continuó con la criminalización de las comunidades afectadas y dio un tratamiento policial a los consumidores de sustancias psicoactivas. Además inició un proceso de *securitización* de los programas del Acuerdo Final de Paz, al referirse a ellos como un asunto de seguridad nacional (siendo esto parte de una estrategia para endurecer el marco normativo e implementar medidas de emergencia militares).

Esta estrategia, reflejada en el documento Paz con Legalidad (2018), se llevó a cabo a través de reformas sustanciales al punto cuarto del Acuerdo Final de Paz, específicamente en relación con: (a) el PNIS, el cual pasó de tener que ser construido localmente con las comunidades a ser competencia del Consejo Nacional de Estupefacientes; y (b) los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDETs), cuyos criterios de priorización pasaron a ser competencia exclusiva del gobierno al ser considerados como parte de la agenda de seguridad nacional. Además, el gobierno de Duque creó las Zonas Estratégicas de Intervención Integral (ZEII) como parte de su política de defensa y seguridad (2019), las cuales se superponen con los territorios PDETs, constituyendo una figura territorial especial que busca transferir potestades desde el ámbito civil al militar en el marco de los gobiernos locales (estrategia que se ha utilizado desde el gobierno de Barco con distintas denominaciones).

Fruto de lo anterior, en el quinto informe presentado por el Instituto Kroc (2021) se subraya que las cuestiones relativas a la política antidrogas son las que presentan el nivel de implementación más bajo del Acuerdo Final de Paz. A ello hay que añadir la particular complejidad que entraña su aplicación, teniendo en cuenta que afecta necesariamente a poderosos grupos de interés con un alto nivel de influencia (jurídica y política) en la administración pública y estrechamente relacionados con grupos armados al margen de la ley cuyo reconocimiento social es cada vez mayor. Razón por la cual dichos grupos de interés, fortalecidos por las economías ilícitas, han emprendido un intenso proceso de intervención política institucional para influir en la formulación, aplicación e interpretación de los marcos legales y políticos vigentes, y lograr así alcanzar, además de beneficios político-económicos, inmunidad jurídica y legitimación social.

Con base en lo anterior, Suelte & Salgado concluyen lo siguiente sobre el caso colombiano:

1. En Colombia, han existido desde tiempos republicanos hasta el presente formas clientelares en el ejercicio del poder local, que se han gestado como pactos territoriales entre autoridades locales, clase política tradicional (partido liberal y conservador), empresarios, comerciantes, terratenientes y elites religiosas. Estos pactos han servido para formalizar contratos político-económicos, canalizar recursos públicos hacia sus propios intereses y los de sus aliados, y acordar tiempos de manejo y sucesión del poder político en las estructuras locales.

2. El fenómeno del narcotráfico ha afectado sustancialmente a la institucionalidad y el ejercicio democrático en el ámbito local. Además, si bien la relación entre corrupción y narcotráfico comenzó mediante una interacción directa entre los carteles de la droga y las autoridades locales, se ha hecho más compleja a medida que el cultivo se ha convertido en una agroindustria del narcotráfico, que ha traído consigo la presencia territorial de actores armados ilegales involucrados también con las redes del narcotráfico para la financiación de la guerra. Además, este tipo de relaciones han pasado al orden nacional, donde se han demostrado vínculos para lograr, entre otras cosas, la flexibilización de los controles, el rechazo a la extradición

como política de intercambio recíproco y la influencia en las campañas electorales.

3. Los instrumentos internacionales antidrogas (como las Convenciones de la ONU), que reflejan la influencia de la política internacional prohibicionista impuesta por Estados Unidos desde los años 1970s, han tenido un gran impacto en la institucionalidad y en los marcos normativos que rigen desde entonces la política antidrogas en Colombia (como también lo han hecho en otros países productores de la región), destacando, a este respecto, la Ley 30 (1986), que ha sido ineficiente y muy perjudicial en materia de derechos humanos.

4. Como el prohibicionismo crea beneficios al crimen organizado e incentiva la producción y distribución de drogas por su alto rédito económico, es importante cambiar el enfoque hacia uno que priorice las políticas dirigidas a: (a) la reducción de los daños humanos; (b) el menoscabo de las distintas fases de la cadena del narcotráfico; y (c) la búsqueda del consenso con los países productores para solucionar los problemas económicos de las familias rurales afectadas por los cultivos ilícitos y retenidas como mano de obra del narcotráfico.

5. El Acuerdo Final de Paz (2016) recoge la propuesta más integral hecha hasta el momento en Colombia en materia de política antidrogas, cambiando el enfoque prohibicionista preexistente por un enfoque de derechos humanos y salud pública, con una perspectiva diferencial y de género (el cual también parece ser compartido por el actual gobierno de Biden en Estados Unidos). De esta manera, el Acuerdo busca promover el desarrollo alternativo a través de soluciones sostenibles, que eviten la agroindustria del narcotráfico y reconozcan los derechos de los ciudadanos en cuanto que deuda histórica del estado colombiano y medida simbólica de reparación social.

6. Sin embargo, la securitización y el regreso al enfoque prohibicionista antidrogas, que ha caracterizado los cuatro años del gobierno de Duque (2018-2022), han impedido que se pudiera avanzar en su implementación.

1.2. Argentina, Brasil y Chile

En el capítulo 2, Azevedo, Palermo, Leal & Saad-Diniz indagan las manifestaciones de la corrupción y el mal gobierno en Argentina, Brasil y Chile. Para ello, parten de la estrecha relación entre corrupción y gobernanza, entendiendo esta última como un proceso que implica la interacción entre las instituciones públicas formales y las de la sociedad civil que operan informalmente dentro del ámbito público. Esta estrecha relación se refleja en que todos los indicadores propuestos por el Banco Mundial para medir el nivel de gobernanza se encuentran directa o indirectamente relacionados con la corrupción: (a) la eficacia del gobierno (que mide la competencia de la burocracia estatal y la calidad de la prestación de los servicios públicos); (b) la calidad regulatoria (que mide la incidencia de las políticas no favorables al desarrollo); (c) el estado de derecho y la calidad del cumplimiento de los contratos; (d) el control de la corrupción (que mide el nivel de ejercicio del poder público para beneficio privado, lo que incluye la pequeña corrupción, la gran corrupción y los supuestos de captura del estado); (e) el funcionamiento de la policía y de los tribunales de justicia; y (f) la probabilidad de que se produzcan delitos y violencia. En consecuencia, a menos que un estado cuente con instituciones capaces de aplicar de manera eficaz las políticas públicas adoptadas, no podrá realizar sus fines incluso si el diseño de sus políticas es adecuado.

Particularmente dañinos son los casos de captura del estado por los intereses de una pequeña élite, al provocar que el interés público se diluya y quede supeditado a los intereses de la élite gobernante, lo que provoca altos niveles de permeabilidad a las prácticas ilícitas en las instituciones públicas y que los funcionarios públicos decidan, en su gran mayoría, limitarse a perseguir sus intereses personales. En estos casos, la corrupción sistemática (o gran corrupción) socava la legitimidad del estado y su funcionamiento económico, porque supone la existencia de toda una estructura, jerarquía, sistema y burocracia que gira en torno a la obtención de favores personales por parte de diferentes grupos privados poderosos, lo que: (a) menoscaba el sistema político, electoral y democrático; (b) impide que se consoliden instituciones sólidas y prácticas transparentes orientadas al ejercicio del interés público; (c) corrompe la legitimidad del gobierno, haciendo ineficaz la participación ciudadana en la toma

de decisiones y limitando la transparencia y la responsabilidad; (d) ahuyenta las inversiones que no están relacionadas con las prácticas corruptas; (e) frena el desarrollo y reproduce las desigualdades socioeconómicas; y (f) lleva a la gobernabilidad al borde del fracaso.

Como los autores subrayan, Argentina, Brasil y Chile adoptaron durante sus respectivos periodos de democratización (últimas dos décadas del siglo XX) modelos económicos neoliberales, que, entre 1996 y 2010, complementaron con la implementación en sus sistemas nacionales de los estándares internacionales contenidos en la CNUDOT, la CNUCC, la CICC y la Convención OCDE. Además, han experimentado un continuo borboteo de propuestas legislativas con el fin de incorporar distintos institutos jurídicos (como el acuerdo de clemencia y la colaboración premiada) o marcos legales anticorrupción (como la rendición de cuentas de las personas jurídicas por la corrupción de agentes públicos extranjeros). Algunas propuestas han prosperado, convirtiéndose en la Ley Anticorrupción de Brasil (2013) o en la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial en Chile (2009), y aplicándose en casos de la relevancia e impacto continental como la Operación *Lava Jato*, mientras que otras no han podido avanzar y han sido abandonadas (como la propuesta de protección de denunciantes en Argentina). En todo caso, en la actualidad, los tres países poseen marcos legislativos desarrollados para enfrentar la corrupción interna y externa.

Sin embargo, al mismo tiempo, Argentina, Brasil y Chile han estado marcados desde la década de 1980 por distintos escándalos que han involucrado, entre otros, a los más altos representantes del estado. Así, en Argentina, han afectado, especialmente, a los expresidentes Menem (1989-1999) y Cristina Kirchner (2007-2015), si bien, a pesar de su repercusión mediática, no han culminado en condenas, lo que ha incrementado la sensación de impunidad en la sociedad. Por ello, cuando Macri (2016-2019) llegó al poder, hizo de la lucha contra la corrupción el epicentro de su gobierno, lo que llevó a la aprobación de varias medidas legislativas y a la apertura de investigaciones contra su predecesora en el cargo y varios altos funcionarios de su gobierno. No obstante, cuando esta última regresó en 2019 al poder, las actuaciones judiciales fueron, en gran medida, archivadas. En consecuencia, a pesar de la leve y breve mejoría durante los

gobiernos de Néstor Kirchner (2003-2007) y Macri, los índices de percepción ciudadana sobre el nivel de control de la corrupción en Argentina no han dejado de empeorar en los últimos 25 años.

Por su parte, en Brasil, múltiples escándalos han involucrado a altos funcionarios del gobierno federal y a miembros de la élite económica (contratistas brasileños y representantes de grandes empresas nacionales e internacionales), destacando en particular el caso *Mensalão* y la Operación *Lava Jato*. De hecho, ante su repercusión en los medios y la sociedad brasileña, y ante la presión de la OCDE, el gobierno de Rousseff (2011-2016) adoptó la Ley Anticorrupción, y posteriormente el gobierno de Bolsonaro aprobó la Ley Anticrimen (2019). Sin embargo, el arbitrario final de la Operación *Lava Jato* durante el gobierno de Bolsonaro (2018-2022) ha generado el desmantelamiento de las principales entidades a cargo del combate contra la corrupción, así como gran preocupación en los organismos internacionales (como lo refleja la creación por la OCDE de un grupo de trabajo para monitorear específicamente la evolución de la situación en Brasil) y en la propia sociedad brasileña (razón por la cual los índices de percepción ciudadana sobre el nivel de control de la corrupción en Brasil han sufrido un gran retroceso desde 2011).

Por último, en Chile, los escándalos por corrupción, tráfico de influencias y fraude han afectado también a dirigentes empresariales y altos funcionarios estatales, incluyendo a la expresidenta Bachelet (2006-2010 y 2014-2018). Ante su repercusión en los medios y la sociedad chilena, se han establecido en diversos momentos mesas de trabajo para analizar las crisis y proponer políticas de control de la corrupción y reformas jurídicas (en materia administrativa, civil, electoral y penal), tanto para las entidades públicas como privadas, las cuales han sido en buena medida adoptadas. Sin embargo, a pesar de que las valoraciones del Grupo de Trabajo sobre Soborno de la OCDE y los resultados de los indicadores del Banco Mundial muestran que desde 2016 ha habido un mayor nivel en la respuesta regulatoria y el control de la corrupción, esto no ha impedido que entre 2020 y 2021 hayan surgido nuevos escándalos, que han provocado una masiva respuesta social en las calles, lo que ha llevado, en última instancia, a la elección del actual presidente Boric (2022-2026).

En consecuencia, con las matizaciones que requiere el caso chileno, lo cierto es que, al menos en Argentina y Brasil, la reforma neoliberal del estado (y los consiguientes cambios en la estructura institucional) no han permitido alcanzar los objetivos de gobernanza y buen gobierno que se perseguían. De hecho, lo que se ha experimentado en estos países, caracterizados por una fuerte desigualdad social, es, en gran medida, lo contrario a aquello que se buscaba inicialmente, es decir, mayores oportunidades de compra de votos, clientelismo, patronazgo y captura del estado por grupos privados poderosos con capacidad de promover la aprobación de normas jurídicas que privilegian sus intereses, en menoscabo de los bienes e intereses públicos (corrupción legal). De esta manera, la captura del estado por estos grupos ha servido para redireccionar sus poderes y recursos en su favor, a través del diseño y ejecución de políticas públicas que, sin tener en cuenta las necesidades sociales de los más vulnerables, se han dirigido a satisfacer sus intereses privados. Con ello, se ha consolidado, en gran medida, una situación de permanente violación de varios de los elementos centrales del buen gobierno como son los principios de eficacia y eficiencia y de equidad e inclusión.

A esto hay que sumar cómo la Operación *Lava Jato* (caso Odebrecht) ha puesto en evidencia la manera en que las empresas, mediante prácticas como el lobby corporativo y la captura regulatoria, profundizan las dinámicas de captura del estado en sus distintos niveles, y socavan aún más si cabe la ya de por sí limitada capacidad de las instituciones de control para responder a las mismas. La profundización del fenómeno de la globalización ha agravado todavía más este problema en las últimas décadas, debido a que las prácticas corruptas son ahora promovidas por empresas de distintas partes del mundo, lo que hace todavía más difícil el cumplimiento de las funciones de control y sanción por unas instituciones públicas cada vez más frágiles e incapaces de implementar políticas que puedan hacer avanzar los intereses públicos.

Además, los grupos privados poderosos están asociados (ya sea a través de alianzas activas o acuerdos tácitos de connivencia) con el COT, en la medida en que la corrupción facilita la protección de sus operaciones. En consecuencia, como señalan Azevedo, Palermo, Leal & Saad-Diniz, se han desarrollado patrones de intercambio e

interacción social entre actores públicos y privados, aparentemente legítimos (parecen actuar dentro de la legalidad) e ilegítimos (son vistos como parte de la criminalidad), que influyen en la naturaleza, la forma y la evolución del sistema político (así como en los ámbitos económico y sociocultural). De esta manera, el COT participa también en la infiltración, cooptación y captura de las instituciones estatales, lo que se manifiesta en: (a) su capacidad para mediar entre los intereses de las instituciones públicas y los intereses de los espacios sociales controlados por estructuras surgidas del narcotráfico; (b) su financiación de los partidos y campañas políticas; y (c) las prácticas ilegales (e incluso delictivas) de las instituciones estatales, como los actos de gran corrupción en el sector público.

Finalmente, Azevedo, Palermo, Leal & Saad-Diniz subrayan como la violencia y la coerción juegan un papel importante en los sistemas políticos de estos países, donde el COT ha adquirido un mayor poder político y las normas formales (ya sean de rango constitucional, legal o reglamentario) coexisten e interactúan con el patrimonialismo y el clientelismo. Se trata de un orden *crimilegal*, que está emergiendo en muchas partes del sur global, donde una variedad de actores estatales y no estatales, incluido el COT, participan en la formación de oligopolios de la coerción y la violencia. Un buen ejemplo de esta situación es el caso de Brasil donde la violencia organizada de las milicias y los cárteles del narcotráfico no constituye ni un conflicto armado interno, ni una amenaza u obstáculo externo a la paz o a la construcción del orden político-económico, sino un manifestación de ese espacio continuado y compartido de legalidad/criminalidad. Por ello, además de ser fuente de violencia, pueden generar también orden, proveer bienes públicos e incidir en la ejecución de políticas públicas, sobre todo en el ámbito local (Arias, 2020).

1.3. México

En el capítulo 3, Orozco, Pérez & Hernández abordan la situación de corrupción y mal gobierno en México, haciendo énfasis en que el principal hito de las últimas décadas en México ha sido el constante incremento de la violencia como consecuencia de dos factores principales: (a) los conflictos entre los cárteles del narcotráfico vincula-

dos al cambio político; y (b) el incremento de las funciones de las fuerzas armadas en el ámbito de la seguridad pública como resultado de la denominada guerra contra las drogas.

De esta manera, los autores subrayan como la transición democrática que tuvo lugar tras 70 años de gobierno del Partido Revolucionario Institucional (PRI) provocó un cambio en las relaciones entre el crimen organizado y el estado en lo relativo a las prácticas de corrupción y colaboración mutua (zona gris de la criminalidad). Este cambio se produjo escalonadamente a través de tres grandes hitos: (a) la llegada al poder de gobernadores de partidos de la oposición en la década de 1990, lo que llevó a los cárteles a organizar milicias para enfrentar la incertidumbre producida por los reajustes gubernamentales e incursionar en aquellas entidades públicas en las se abrían oportunidades; (b) el gobierno de Calderón (2006-2012), que, por un lado, provocó que los conflictos entre partidos políticos minaran la capacidad de coordinación del estado, facilitando la expansión del crimen organizado, y por otro, embarcó a las autoridades federales mexicanas en una estrategia antidroga que finalizó con la ejecución violenta de 70 mil personas y el incremento del número de organizaciones criminales; y (c) la decisión de los cárteles de intervenir directamente en los ciclos electorales para fortalecer sus redes de protección a nivel municipal (su atomización a raíz de la guerra contra las drogas aumentó sus incentivos para influir en el ámbito local).

En este contexto, durante el periodo presidencial de Peña Nieto (2012-2018), tuvo lugar en septiembre de 2014 la masacre de los estudiantes de la escuela normalista de Ayotzinapa, que constituye un caso paradigmático de la interacción entre el COT y las autoridades locales, regionales y nacionales mexicanas. Así mismo, apenas dos meses después, en noviembre de 2014, estalló un nuevo caso paradigmático de corrupción al más alto nivel (el escándalo de la Casa Blanca que involucró directamente al propio presidente), dejando al descubierto la enorme magnitud de las dinámicas de corrupción durante el gobierno de Peña Nieto.

Ante esta situación, y dada la falta de confianza de los familiares de las víctimas hacia las autoridades y la creciente presión pública nacional e internacional, el gobierno mexicano se vio “forzado” a suscribir un acuerdo de cooperación con la Comisión Interamericana-

na de Derechos Humanos para conformar el Grupo Interdisciplinario de Expertas y Expertos Independientes (GIEI), que comenzó en 2015 una investigación paralela a la desarrollada por la Procuraduría General de la República sobre el caso Ayotzinapa.

Tras varios años de actuaciones en los que se emitieron distintos informes, Orozco, Pérez & Hernández consideran que la versión más plausible es la que considera como posible causa de la desaparición la “cacería” humana organizada por el grupo criminal Guerreros Unidos en la localidad de Iguala (departamento de Guerrero), para evitar que delincuentes rivales escaparan del municipio. Con este fin, acudieron a sus redes de apoyo, que incluían a policías locales de varios municipios, militares y policías federales para armar un cerco alrededor de Iguala, que terminó provocando, además de otras víctimas mortales, la desaparición de 43 estudiantes que se dirigían a Ciudad de México para participar en el congreso anual de estudiantes normalistas del país. Esto refleja la estrecha relación existente en el contexto mexicano entre la corrupción y las graves violaciones a los derechos humanos, porque, además de existir un grave problema de complicidad entre el crimen organizado y la fuerza pública, falta de transparencia sobre el uso de la fuerza (sobre todo letal) porque la falta de rendición de cuentas impide su evaluación y control, lo que, a su vez, repercute en una situación generalizada de graves violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, esta relación ha sido poco explorada hasta el momento, por lo que, según los autores, no es posible identificar con precisión qué tan profundos son sus vínculos. Esta misma situación parece repetirse también en otros países, razón por la cual los instrumentos internacionales anticorrupción no se refieren a los derechos humanos, olvidando que en contextos de corrupción sistémica o estructural (más aún en los casos de captura del estado), los estados no pueden dar cumplimiento a sus obligaciones de proteger, garantizar, promover y respetar los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

En todo caso, la movilización cívica generada en respuesta a los escándalos de Ayotzinapa y la Casa Blanca provocó una reforma constitucional que, entre otras cosas, creó en 2015 el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) y promovió la aprobación de la Ley Nacional Anticorrupción, la cual contempla la elaboración de una Política Na-

cional Anticorrupción (PNA) por el SNA. Se trató, ciertamente, de un momento de ruptura porque, hasta entonces, y a pesar de los indicadores internacionales, no se tenía una clara radiografía de la corrupción en el país. Sin embargo, habría que esperar cinco años hasta que en 2020, el nuevo gobierno de López Obrador (2018-2024) aprobara la primera PNA, como una política de estado que trasciende a las administraciones públicas y se basa en un enfoque sistémico y colectivo del fenómeno de la corrupción (con base en el análisis de datos oficiales, estudios de organismos internacionales, investigaciones académicas e informes de organizaciones de la sociedad civil, entre otras fuentes), superando así la perspectiva individual predominante hasta entonces.

Así, según el diagnóstico en el que se basa esta primera PNA, la corrupción en México presenta dos elementos principales:

1. Su estrecha vinculación con la ilegalidad, generando impunidad, discrecionalidad, abuso del poder y arbitrariedad: la mitad de la población no denuncia actos de corrupción por considerarlo un proceso inútil, lo que se corrobora porque solo el 15% de las denuncias finalizan con la sanción de los servidores públicos corruptos, persistiendo entre la población la idea generalizada de que las leyes se usan principalmente para defender los intereses de la gente con poder o como pretexto para cometer arbitrariedades.

2. La configuración de las prácticas corruptas como una norma social reconocida, aceptada y aplicada, que es interiorizada por la mayoría de la población como una forma de interacción social legítima, lo que es consecuencia de: (a) la distorsión en los puntos de contacto entre gobierno y sociedad; y (b) la falta de interés de la mayor parte de la sociedad en participar en el control de la corrupción.

A la luz de lo anterior, Orozco, Pérez & Hernández proponen para hacer frente a esta situación la adopción de las siguientes medidas: (a) adherirse a los principios de los derechos humanos; (b) incorporar un enfoque transversal de derechos humanos en la formulación de las políticas públicas; (c) poner especial atención a la pregunta sobre cómo el diseño o la implementación de los programas anticorrupción puede afectar a las personas marginadas o empobrecidas, sujetas a discriminación social o desfavorecidas de otras maneras; y

(d) identificar las causas y superar los obstáculos que hacen que estas personas sean vulnerables a la corrupción.

1.4. Análisis comparado

En el capítulo 4, Pavani & Paffarini realizan un estudio comparado de las situaciones en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México, a la luz del contenido de los capítulos 1 a 3. Para ello, identifican cuatro ejes transversales de análisis: (a) la necesidad de una aproximación holística al fenómeno de la corrupción para su adecuada comprensión; (b) la importancia de regular los intereses privados en la política y la gestión pública ante la dinámicas de corrupción generadas por las estrechas relaciones oligárquicas entre la política y los actores económicos y financieros; (c) la necesidad de abordar el problema de la participación de los más altos representantes del estado en dichas dinámicas, sin que la lucha anticorrupción se convierta en una factor de desequilibrio entre los poderes constitucionales; y (d) la relevancia de que la estrategia anticorrupción adopte un enfoque de derechos humanos al constituirse la corrupción como causa de violaciones sistemáticas y a gran escala de derechos humanos.

Con respecto a la primera cuestión, los autores destacan como se observa que los sujetos y las prácticas del crimen organizado se han incorporado a las estructuras institucionales de los países estudiados, generando una situación de “gobernanza criminal” a nivel local, regional y nacional, lo que ha hecho que la desconfianza social sea una de las características centrales de la corrupción en la región. Como resultado, son múltiples los factores de riesgo (institucionales, organizacionales y de gestión) que interactúan entre sí y hacen de la corrupción la norma (y no la excepción) en la actuación de las entidades públicas.

En consecuencia, para comprender adecuadamente el fenómeno en América Latina, se debe adoptar una aproximación holística al fenómeno de la corrupción, que, en lugar de limitarse a meras conductas individuales, incluya sus aspectos económicos, políticos y culturales, así como sus manifestaciones en la producción normativa y funcionamiento operativo de la administración pública. Sin embargo, lo que se ha hecho hasta el momento es todo lo contrario, al ha-

berse puesto el énfasis en tratar de ofrecer una definición jurídica lo más específica y precisa posible de ciertas conductas individuales que son parte de un fenómeno tan complejo. Esto ha provocado un doble problema. Por un lado, se ha condenado a la irrelevancia jurídica a la mayor parte de los elementos que caracterizan el fenómeno de la corrupción. Por otro lado, se ha generado una “sobreproducción legislativa” que es difícil de aplicar y que ha ido más allá de lo previsto en la CICC, las Convenciones de Mérida (CNUCC) y Palermo (CNUDOT) y la Convención OCDE. Todo ello, a pesar de la importancia de estos instrumentos como principal fuente de las obligaciones internacionales de los estados analizados y como guía interpretativa de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a la importancia de regular los intereses privados en la política y la gestión pública, los autores subrayan como el análisis comparado muestra: (a) las estrechas relaciones existentes entre la política y los actores económicos y financieros; (b) la manera en que las oligarquías se encuentran instaladas tanto en el ámbito de los negocios ilegales como en la administración pública (constituyendo uno de los principales obstáculos para la afirmación del constitucionalismo como teoría de la desconcentración del poder en la región); y (c) el hecho de que aquellos países latinoamericanos donde el estado ha seguido siendo el principal proveedor de servicios sociales presentan mejores resultados en sus indicadores socio-económicos que los que han optado por dejarlos en manos de la iniciativa privada (lo que permite desvincular la lucha anticorrupción de los países con liderazgos electorales populistas o abiertamente autoritarios que al llegar al poder utilizan los poderes establecidos para capturar las instituciones de garantía).

Todo esto significa que es necesario promover la buena gobernanza en la lucha anticorrupción, con el fin de enfrentar de manera eficaz unas prácticas corruptas caracterizadas por “la impunidad, la discrecionalidad, el abuso del poder y la arbitrariedad”. Además, no basta con la “meritocracia”, la protección de la “libre concurrencia” y la garantía de la “libertad de opinión”, sino que es necesario aplicar acciones afirmativas de redistribución de la riqueza y adoptar mecanismos de participación ciudadana, teniendo siempre cuidado en evitar que los amplios poderes del presidencialismo latinoamericano

(junto con la fragmentación de las asambleas parlamentarias) puedan menoscabar gravemente la autonomía y eficacia de las instituciones que garantizan la transparencia en los ámbitos político y de gestión de los recursos públicos.

De esta manera, los países latinoamericanos analizados tienen que construir una idea de ética pública y de gestión de los recursos que no se limite a lo que es legal, sino que incluya también lo que es adecuado a las expectativas de sus respectivas sociedades. Para ello, se puede recurrir, entre otras cosas, a la elaboración de códigos de conducta, mediante los cuales los distintos órganos (políticos y judiciales) se comprometan a cumplir con ciertos estándares de transparencia, lo que, a su vez, mostraría el potencial “poder transformador” de la normativa anticorrupción.

En cuanto al ámbito específicamente jurídico, el análisis comparado refleja que el derecho penal no es suficiente para abordar el problema, siendo urgente revisar los sistemas nacionales anticorrupción para que, en aras de la prevención, se regulen aquellos comportamientos que, sin ser constitutivos de ilícitos administrativos, civiles o penales, son poco transparentes o favorecedores de conflictos de intereses con el ejercicio de la función pública. Esto debe incluir, en primer lugar, las actividades de cabildeo, cuya regulación es necesaria para permitir una mayor transparencia en la relación entre el mundo empresarial y los partidos políticos, y evitar confusiones entre lo que son prácticas corruptas y lo que no lo son. Además, en segundo lugar, es necesario regular también los conflictos de intereses, especialmente entre la política y las organizaciones económicas, con el fin de limitar la percepción de que la política de los partidos es un mundo oscuro dominado por intereses particulares, que corrompe la democracia constitucional, provocando la pérdida de confianza en las instituciones liberales representativas.

Con respecto a la tercera cuestión, los autores destacan la participación de los más altos representantes del estado en las dinámicas de corrupción. De esta manera, si bien las reformas que dieron continuidad a las transiciones democráticas en América Latina mantienen (si no fortalecen) sistemas centralizados con amplias prerrogativas presidenciales en materia legislativa y de nombramientos, y amplían el catálogo de derechos a través de los mecanismos de acceso a la

justicia y participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones, lo cierto es que las crisis políticas siguen afectando directamente a los más altos representantes estatales.

Ante esta situación, países como Argentina y Brasil han experimentado en los últimos años graves violaciones al principio de separación de poderes, promovidas tanto desde los respectivos gobiernos (politización de la justicia), como desde los órganos de investigación y enjuiciamiento penal (judicialización de la política o *lawfare*). A pesar de que todas ellas se han tratado de justificar en aras de fortalecer la lucha anticorrupción, lo cierto es que en sociedades cada vez más polarizadas como las latinoamericanas, los actos de interpretación forzada, o abierta violación de la constitución, son la expresión de una especie de “derecho del enemigo” que no es compatible con la democracia. En consecuencia, profundizar en la centralización del poder no parece ser en este contexto una receta deseable para los estados de la región, porque, como ha puesto de manifiesto la operación *Lava Jato*, favorece su instrumentalización en el conflicto entre política y poder judicial.

De ahí, la necesidad de adaptar el principio de separación de poderes a la realidad política de los países de América Latina, lo que hace que sea especialmente relevante garantizar la separación de los poderes del estado entre sí, y frente a los partidos políticos. Como resultado, se puede identificar un doble campo de acción en la normativa anticorrupción: (a) en el ámbito sustantivo, dejar de dar preferencia al enfoque represivo y avanzar en un enfoque preventivo destinado a reducir el “riesgo de corrupción”; y (b) en el ámbito institucional, establecer órganos “independientes”, o “híbridos”, cuya función no sea gobernar, sino ejercitar ciertas funciones regulatorias y fiscalizadoras.

Finalmente, en relación a la cuarta cuestión, Pavani & Paffarini afirman que la realidad latinoamericana muestra que el vínculo entre corrupción y derechos humanos tiene un doble sentido. Así, por un lado, la corrupción desencadena toda una serie de acontecimientos que favorecen las violaciones de derechos y, por otro, el reconocimiento y satisfacción de derechos fortalece la lucha anticorrupción. Además, si bien el derecho internacional contiene principios y directrices para quienes tienen la responsabilidad de gestionar un

estado, su nivel de aplicación en materia anticorrupción es bajo, lo que evita que se genere un vínculo jurídico claro entre corrupción y protección de derechos humanos. Por ello, desde el ámbito del derecho internacional surgen ciertas preguntas, que afectan también al derecho constitucional, como las relativas a si es, o no, posible considerar a las conductas corruptas como violaciones de los derechos humanos, y, en su caso, sancionarlas como tales.

Ante esta situación, los autores recomiendan adoptar el enfoque anticorrupción propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que: (a) se basa en el principio de la centralidad de las víctimas como principio orientador y punto de partida de toda política pública anticorrupción; y (b) considera que los siguientes principios “deben ser una guía de actuación para quienes tienen la responsabilidad de gestionar y organizar el aparato estatal en sus distintos niveles y desde las distintas áreas para erradicar la corrupción, así como la responsabilidad de gestionar los programas y mecanismos anticorrupción”: (i) igualdad y no discriminación; (ii) participación e inclusión social; (iii) existencia de mecanismos de reclamo y acceso a la justicia; (iv) producción y acceso a la información como garantía de transparencia y rendición de cuentas; y (v) protección prioritaria a grupos en situación de discriminación histórica.

2. LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE ALGUNAS DE LAS PRINCIPALES HERRAMIENTAS DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL, SOCIAL Y DEMOCRÁTICO: ALCANCE Y LIMITACIONES

Tras analizar la situación de corrupción y mal gobierno en los principales países latinoamericanos, la tercera parte del presente volumen analiza el alcance y limitaciones que para abordar este problema presentan algunas de las principales herramientas ofrecidas por el constitucionalismo liberal, social y democrático (concepto formal de estado de derecho, principios de eficacia y eficiencia en las actuaciones del gobierno y de la administración, principios de participación política, equidad e inclusión y derechos de la ciudadanía).

Como Rojas señala en el capítulo 5, el constitucionalismo liberal promueve un ordenamiento jurídico basado en el imperio de la ley (es decir, en normas generales, impersonales, abstractas, públicas, prospectivas, inteligibles y congruentes, con las cuales se puedan garantizar la separación de los poderes públicos y los derechos individuales) y el principio de igualdad formal, centrado en la protección de los derechos de propiedad y libertad de empresa, y donde la principal actividad de la administración pública son las labores de policía para mantener el orden público. Este compromiso con las cualidades formales de la ley puede fundamentarse, según el positivismo jurídico contemporáneo, en la promoción de valores sustanciales, al ser precondition del respeto a la dignidad humana y su racionalidad. Además, si bien ha sido asociado tradicionalmente con la garantía del buen funcionamiento de los mercados y de las libertades económicas, la claridad, coherencia y sistematicidad de las normas promueven una pluralidad de valores (como la autonomía individual) que no se limitan a la perspectiva económica.

En contraste con el constitucionalismo liberal, Rodríguez, Fernandes da Costa & Alegre explican en el capítulo 6 que el constitucionalismo social promueve la creación del estado prestacional poniendo un mayor énfasis en la prestación de servicios públicos por la administración con el fin de redistribuir los recursos y materializar el principio de igualdad material, mientras que el constitucionalismo democrático pone el acento en un concepto de democracia basado en un conjunto de procedimientos a través de los cuales los ciudadanos ejercen su derechos a participar de manera informada en procesos electorales libres, justos y frecuentes para elegir a quienes gobiernan, influir en sus decisiones políticas y exigirles que rindan cuentas. Por ello, los arreglos formales de participación no son suficientes, sino que es necesario generar las condiciones necesarias para favorecer la organización ciudadana en grupos y movimientos independientes del estado (sociedad civil).

2.1. Las respuestas desde una aproximación formal al concepto de estado de derecho

En el capítulo 5, Rojas, con base en una aproximación formal al concepto de estado de derecho, propia del constitucionalismo libe-

ral, realiza un estudio comparado con el fin de contrastar dos aspectos principales: (a) las instituciones, órganos o dependencias existentes en distintos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, México, Perú y Colombia) y no latinoamericanos (España y Estados Unidos) que tienen como función promover, supervisar e implementar estrategias para lograr una mejora regulatoria, particularmente en la administración pública; y (b) la forma en que los ordenamientos jurídicos de estos países han buscado regular los análisis de impacto normativo o regulatorio. Todo ello con el fin de ofrecer recomendaciones para incrementar el nivel de contribución de estos mecanismos institucionales y legislativos en la lucha contra el COT y las prácticas corruptas que genera.

El autor inicia su análisis observando que este tipo de mecanismos están siendo promovidos por organismos multilaterales como la OCDE como consecuencia de la influencia desplegada en los mismos por los Estados Unidos y su concepción del estado regulador. De ahí que existan recomendaciones para su adopción y parámetros transversales para evaluar su nivel de implementación, lo que, en su opinión, facilita el análisis comparativo entre las distintas jurisdicciones nacionales.

Así, desde una perspectiva orgánica, la OCDE (2021) recomienda: (a) crear órganos de supervisión regulatoria; (b) controlar la calidad de las herramientas de gestión regulatoria; (c) expedir guías y estándares de aplicación; (d) sistematizar la política regulatoria; y (e) efectuar una evaluación integral de la política regulatoria.

Por su parte, desde la óptica de los análisis de impacto regulatorio, la OCDE (2020) propone toda una serie de principios rectores de buenas prácticas, metodologías y criterios de evaluación de la normativa vigente, destacando en particular los siguientes cinco principios:

1. El compromiso de los gobiernos a hacer público el concepto de buena regulación que se pretende promover, y a realizar análisis de impacto regulatorio creíbles dentro de un plan de largo plazo dirigido a mejorar la calidad normativa bajo instancias que supervisen su objetividad e idoneidad (como desde el punto de vista socio político puede haber intereses que se opongan a la mejora regulato-

ría, es necesario generar un mayor grado de compromiso político a este respecto, tanto dentro de la administración pública como en la sociedad civil).

2. La adopción de una perspectiva integral de los análisis de impacto regulatorio de manera que se comprendan como una herramienta: (a) complementaria a otras herramientas como la consulta pública o la evaluación *ex post*; (b) proporcional a la importancia de la regulación; (c) con responsabilidades claramente definidas; (d) que tenga en cuenta la cultura jurídica y administrativa del país en cuestión, evitando la reproducción irreflexiva de estrategias de un sistema jurídico en otro; y (e) aplicable tanto en el ámbito administrativo como legislativo.

3. El fortalecimiento de las capacidades y la responsabilidad de la administración, de manera que: (a) se entrene a los funcionarios para que adquieran la competencia técnica necesaria para realizar los análisis de impacto regulatorio; (b) se publiquen guías y documentos oficiales con una finalidad pedagógica; y (c) se eviten excepciones a la regulación del análisis.

4. La adopción de una metodología que priorice la claridad de los objetivos que se persiguen con la normativa propuesta y las diferentes alternativas para alcanzarlos, garantizando que el análisis se desarrolle en una etapa temprana del proceso de regulación, tome en consideración a los distintos actores afectados y se lleve a cabo de forma recurrente (se favorece así un análisis cuantitativo de costo-beneficio).

5. El monitoreo, evaluación (para conocer su idoneidad, efectividad y funcionalidad) y mejora del análisis de impacto regulatorio.

Con base en lo anterior, el autor aborda el estudio de los sistemas no latinoamericanos. Con respecto a EE.UU. destaca la prioridad que este sistema da a la calidad regulatoria, para cuyo fortalecimiento se ha establecido un órgano transversal a nivel nacional que tiene como función apoyar a las demás agencias para que se garanticen ciertos estándares de calidad normativa (este modelo ha sido adoptado, en gran medida, en los estándares de la OCDE, por lo que ha tenido una amplia difusión internacional).

El caso español no es ajeno a esta influencia y adopta una idea similar de una agencia de calidad regulatoria, a saber, la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa mencionada. No obstante, existe una distinción importante entre ambos modelos, debido a la visión más amplia del análisis de la calidad regulatoria que se adopta en España, al no limitarse solamente a valorar la eficiencia normativa, sino que busca también evaluar su impacto sobre otros aspectos como el género, la infancia y la familia (aproximación que es más cercana a un enfoque de derechos humanos), configurándose como una garantía ciudadana y una limitación a la arbitrariedad administrativa.

El análisis de derecho comparado prosigue con los sistemas argentino, brasileño, chileno, mexicano y peruano, identificando las siguientes tendencias: (a) la incorporación del análisis de impacto regulatorio mediante disposiciones legales y reglamentarias; (b) la adopción de una política pública encaminada a mejorar la calidad normativa y a regular sus procesos de evaluación; (c) el control de las políticas públicas adoptadas por la administración; (d) la instauración de órganos de supervisión, monitoreo y consulta de los análisis de impacto regulatorio; y (e) la emisión de manuales, guías metodológicas y directrices para la realización de dichos análisis.

De esta manera, los países latinoamericanos han adoptado desde 2017 diversas iniciativas para incorporar los análisis de impacto normativo mediante reformas legales (o incluso constitucionales como en Brasil) y disposiciones reglamentarias. Esto indica que la mejora de la calidad normativa ha sido parte de la agenda política de la región, existiendo un propósito común de implementar estrategias para regular la evaluación de normas y políticas, lo que favorece la transparencia, la rendición de cuentas y la racionalización de la función pública mediante el monitoreo de su actividad. Además, se han establecidos órganos de supervisión, apoyo y consulta para facilitar el desarrollo de los análisis de impacto normativo (ya sea mediante entidades o agencias especializadas como en Brasil y Chile, o a través de órganos colegiados o dependientes de la presidencia como en Perú). Todo ello, se ha complementado con la expedición de manuales y guías para que las entidades estatales se familiaricen con las metodologías y los criterios aplicables en las evaluaciones de políticas públicas y normas reglamentarias.

Como consecuencia de lo anterior, Rojas observa que los estados latinoamericanos han adoptado, en buena medida, los criterios técnicos recomendados por la OCDE para valorar la calidad normativa. Sin embargo, al mismo tiempo, resulta difícil presentar unas recomendaciones unívocas para la región, porque no se ha alcanzado un grado suficiente de homogeneidad que haga posible aplicar unas mismas soluciones, dado que los países latinoamericanos continúan presentando diferentes niveles de desarrollo en materia de mejora regulatoria. Así, mientras Chile y México muestran reformas recientes que implementan planes ambiciosos y programas muy desarrollados que pueden servir como modelos sobre cómo implementar los estándares de la OCDE, otros países como Argentina muestran un desarrollo disperso, poco coordinado y con vacíos. Además, al igual que sucede entre Estados Unidos y España, se observa también en América Latina una tensión entre las visiones puramente costoeficientes (como en México) y las que prevén otros fines adicionales para la valoración de la calidad normativa (como en Perú).

A pesar de esta dificultad, Rojas avanza los siguientes cuatro tipos de recomendaciones para los países de la región, advirtiendo que han de ser en todo caso interpretadas a la luz de las especificidades de cada sistema nacional: (a) constituir un órgano o instancia central de articulación, coordinación y supervisión de la actividad reguladora, tal y como existe en EE.UU. y España; (b) introducir nuevos estándares no económicos en los análisis de impacto regulatorio, siguiendo lo previsto en los sistemas español y peruano; (c) establecer formatos estandarizados para realizar dichos análisis, tal y como se ha hecho en Chile (en lugar de que cada agencia o entidad pública construya sus propios formatos); y (d) implementar nuevos niveles de evaluación en los análisis de impacto regulatorio, de manera que solo se sujeten a una evaluación escrita las regulaciones de mayor relevancia (las demás pueden someterse a análisis más leves que resulten menos onerosos en cuanto a su realización).

Finalmente, en relación con el caso colombiano, se observan también algunas iniciativas recientes para implementar medidas relativas a la mejora regulatoria. No obstante, el Decreto 1468 (2020) restringe su ámbito de aplicación a los reglamentos técnicos (subgénero de las normas reglamentarias, que recoge estándares sobre las ca-

racterísticas de un producto, sus procesos y métodos de producción, así como los requisitos administrativos que le son aplicables). Esta limitación es problemática porque, si bien las entidades y órganos administrativos tienen, bajo el principio de buen gobierno, la autonomía para evaluar la calidad regulatoria, se requiere una normativa general y vinculante que determine cómo se deben realizar las evaluaciones y en qué casos es obligatorio o aconsejable realizarlas. Además, existe una desarticulación entre el nivel central y las entidades territoriales, porque, ante la falta de regulación en los ámbitos local y regional, todas las entidades con funciones de mejora regulatoria pertenecen al ámbito nacional (el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Superintendencia de Industria y Comercio y el Departamento Nacional de Planeación).

En consecuencia, para Rojas, el sistema colombiano es uno de los menos desarrollados y con más vacíos en materia de mejora regulatoria, sobre todo en relación con la evaluación del impacto normativo. Por ello, le son aplicables todas las recomendaciones realizadas para los demás ordenamientos latinoamericanos. Además, dadas sus especificidades, el autor considera que es también aconsejable la adopción de las siguientes medidas: (a) extender los análisis de impacto regulatorio a normas diferentes a los reglamentos técnicos, evitando restricciones arbitrarias sobre las normativas objeto de evaluación (es muy importante que esto se extienda a otros sectores administrativos diferentes al de industria y comercio, con una regulación más amplia que sirva de guía y cree estándares vinculantes para evitar que se mantenga como una cuestión discrecional de cada entidad administrativa); (b) incrementar la coordinación entre los niveles central y territorial con respecto a la aproximación a esta cuestión (así como es obligatorio realizar una memoria justificativa, una consulta pública y un análisis de viabilidad jurídica para todos decretos y resoluciones de carácter general del orden territorial, lo mismo debería suceder con los criterios para llevar a cabo los análisis de impacto regulatorio); y (c) establecer una entidad o agencia de coordinación regulatoria (que podría encargarse, entre otras cosas, de verificar que no haya inconsistencias entre las agendas normativas de las distintas entidades públicas, buscar acuerdos cuando haya distintas posiciones sobre el contenido de una determinada regulación, indicar a dichas entidades qué normas re-

glamentarias están pendientes de emisión según la ley y actuar como órgano asesor en relación con los análisis de impacto normativo).

2.2. Las respuestas desde el principio de participación política y los derechos de la ciudadanía

En el capítulo 6, Rodríguez, Fernandes da Costa & Alegre abordan, las preguntas relativas a si los derechos de participación política pueden ayudar a responder al fenómeno del COT y a las prácticas corruptas que genera, y, en caso afirmativo, qué ajustes en su configuración podrían permitir una mayor contribución a estos efectos. Para ello, estudian los procesos deliberativos representativos, como parte de un esfuerzo más amplio de fortalecimiento de las instituciones democráticas por volverse más participativas y abiertas a los aportes de la ciudadanía.

El análisis parte de una comprensión de la democracia como un conjunto de procedimientos y derechos mediante los cuales los ciudadanos eligen a quienes gobiernan en las distintas administraciones territoriales (local, regional y nacional), influyen en sus decisiones políticas y les responsabilizan de sus actuaciones. Desde esta aproximación, todas las dimensiones de la calidad democrática tienen asociadas derechos específicos que forman parte del espacio de participación que pretenden proteger, por lo que dicha calidad depende de la medida en que los ciudadanos pueden ejercerlos de manera efectiva.

La participación política incluye ante todo la intervención en procesos políticos formales (como votar o acceder a cargos gubernamentales) y en grupos que ejercen esa participación colectivamente (como los partidos políticos). La representación política formal gana calidad cuando se da en un contexto que favorece la organización ciudadana en asociaciones y movimientos independientes del estado (sociedad civil). De ahí, la relevancia de las redes cívicas y los movimientos sociales organizados surgidos en el siglo XXI en América Latina en torno a un discurso de estado de derecho y a la adopción de políticas con un enfoque en derechos. Su importancia se ha dejado notar en dos ámbitos en particular: (a) la formación de nuevas

estructuras de mediación y el desarrollo de espacios deliberativos entre la sociedad civil y los funcionarios públicos (especialmente en el nivel local), que buscan dar voz a grupos previamente excluidos y promover políticas públicas que respondan a sus intereses; y (b) el establecimiento de nuevos mecanismos de rendición de cuentas, como las acciones de responsabilidad social y las experiencias de supervisión articulada, que involucran a los ciudadanos en diversas funciones de supervisión para mejorar su eficacia.

Sin embargo, como Rodríguez, Fernandes da Costa & Alegre subrayan, los resultados obtenidos son mixtos. Así, con respecto al primer ámbito, si bien es cierto que las nuevas estructuras de mediación y espacios de deliberación se han convertido en un complemento importante de los mecanismos electorales de intermediación política porque han permitido dar voz a grupos previamente excluidos y han promovido una distribución más equitativa de los bienes, servicios y recursos públicos, no es menos cierto que ha sido difícil articularlos evitando: (a) su manipulación por el estado y/o por liderazgos antidemocráticos; y (b) los problemas que el tamaño supone para una participación política directa efectiva.

Además, si bien el nivel y la calidad de la educación, el nivel de la libertad de información y de prensa, y el grado de implicación ciudadana permiten limitar estos peligros, los mecanismos alternativos de participación desarrollados en las últimas dos décadas (incluyendo la formulación interactiva de políticas, la gobernanza ciudadana, las asambleas populares y la participación electrónica), tienden a generar también desigualdad porque las personas con mayor nivel educativo (así como los jóvenes) están sobrerrepresentadas. Esta situación tiende a provocar que los intereses de los sectores menos educados de la sociedad queden insatisfechos, lo que plantea un grave problema de legitimidad. Además, favorece que el debate se aleje de las cuestiones socioeconómicas, para dar prioridad a los temas socio-culturales como la inmigración, el medio ambiente, el crimen y la integración (que tienden a preocupar más a los sectores sociales con más recursos y mejor educación).

En cuanto al segundo ámbito, los resultados han sido mixtos también en materia de rendición de cuentas. En este sentido, cabe destacar, en primer lugar, los aportes de las acciones de responsa-

bilidad social dirigidas a: (a) monitorear el comportamiento de los funcionarios y los organismos públicos para garantizar que cumplen con la ley; (b) exponer los casos de irregularidades que involucran corrupción y violaciones de los derechos humanos; y (c) activar las actuaciones de las agencias de control (tales como las comisiones de investigación judicial o legislativa) para evitar que permanezcan inactivas o se comporten sesgadamente (estas acciones suelen involucrar a movimientos de protesta conformados por grupos directamente afectados por las irregularidades, ONGs profesionalizadas y especializadas, y periodismo de vigilancia). En segundo lugar, cabe también destacar los mecanismos de control conjunto de las actividades gubernamentales (experiencias de supervisión articulada), que combinan mecanismos estatales y sociales, y requieren para su desarrollo una voluntad de apertura de las agencias públicas de fiscalización y control con el fin de incorporar formas de participación de la sociedad civil que complementen sus actividades de monitoreo.

Sin embargo, estas experiencias presentan también resultados ambivalentes. Así, por ejemplo, mientras el presupuesto participativo de Porto Alegre (Brasil) ha resultado en una mayor inversión en servicios para las personas sin recursos, no ha sido posible, sin embargo, replicarlo con éxito en otros lugares. Del mismo modo, mientras las auditorías sociales en el estado indio de Andhra Pradesh han contribuido a la lucha contra la corrupción, no han funcionado en el estado de Bihar. La misma situación se ha observado con las tarjetas de puntuación de atención médica comunitaria, la cuales han permitido reducir en un tercio la mortalidad de los menores de cinco años en Uganda, sin que hayan tenido un impacto positivo en Sierra Leona.

A la luz de lo anterior, Rodríguez, Fernandes da Costa & Alegre subrayan como durante los primeros quince años del siglo XXI, América Latina no solo ha restaurado con éxito la democracia (haciéndola más sostenible y resiliente), sino que la ha reforzado a través de una importante base de apoyo ciudadano debido al impulso de los movimientos de cambio social. Por ello, a partir de 2015 el gran desafío ha sido ver cómo avanzar y garantizar en el medio y largo plazo la sostenibilidad de este proceso, en un contexto global volátil lleno de desafíos e incertidumbres. Como resultado, en los últimos años el

debate se ha centrado en las siguientes preguntas sobre la calidad de la democracia: (a) cómo construir más y mejor ciudadanía; (b) cómo pasar de una democracia electoral a una democracia de ciudadanos e instituciones; (c) cómo conciliar la democracia con un desarrollo económico que permita mayor cohesión social, menos desigualdad y pobreza, y mayor equidad de género; (d) cómo establecer una relación más estratégica entre el mercado y el estado y una relación más funcional entre el estado y la sociedad; (e) cómo hacer que la democracia dé respuesta a las demandas de sociedades más complejas y urbanas; y (f) cómo hacer, en definitiva, que la democracia funcione de manera efectiva en un contexto internacional globalizado.

Con base en la evolución de las distintas variables que influyen en la calidad democrática (elecciones libres, justas, frecuentes y con sufragio universal para adultos, gobierno en manos de los elegidos, libertad de expresión, acceso efectivo por los ciudadanos a fuentes alternativas de información, libertad de organización y reunión, autonomía de las organizaciones frente al gobierno, ciudadanía inclusiva y ausencia de barreras discriminatorias a la participación política y electoral), los autores responden a estas preguntas y dan el siguiente diagnóstico sobre los desafíos que los países latinoamericanos deberán abordar en los próximos años:

1. La existencia de una amplia percepción social incapacidad e ineficiencia del estado. La corrupción, la inseguridad ciudadana y la debilidad en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) han provocado que el estado (cuestionado y debilitado por el neoliberalismo dominante en las últimas cuatro décadas) sea percibido como muy ineficiente por su falta de capacidad de gestión administrativa y un servicio público muy precarizado que ni está profesionalizado ni es independiente (lo que se ve agravado por sus limitaciones para ejercer el monopolio de la violencia legítima).

2. El diseño, con base en la experiencia de terceros países, de mecanismos de rendición de cuentas que resultan inadecuados para la realidad latinoamericana. Esto se debe a la precaria preparación y calificación del personal competente, los intentos por asemejarse a las sociedades más desarrolladas de Norteamérica y Europa y los incentivos incluidos en la ayuda al desarrollo de ciertos países que tienen

un gran interés en expandir y/o consolidar su presencia en la región. Como resultado, dichos mecanismos resultan ineficientes, lo que se ve agravado por la incapacidad de los órganos de supervisión para controlar a las entidades que fiscalizan o para exigirles respuestas.

3. La persistencia de América Latina como la región más desigual socioeconómicamente del mundo.

4. El mantenimiento de una gran desigualdad étnico-racial (con una gran marginación de los sectores indígenas y afrodescendientes) y de género (tanto en aspectos socioeconómicos como culturales) en América Latina.

5. La estructura oligopólica de los medios de comunicación. Esto hace que en aquellos países con una débil oposición política asuman este rol frente a los poderes políticos hegemónicos contrarios a sus intereses (que buscan contrarrestar esta influencia creando redes de comunicación pública, emitiendo programas especiales en los que solo habla el presidente o incluso, en ocasiones, imponiendo leyes mordaza), mientras que en otros países refuerzan a través de su gran difusión a los candidatos presidenciales que les son favorables (desempeñando en ambos casos un papel clave en las campañas electorales).

6. La fragilidad de los partidos políticos y su frecuente reemplazo por candidatos con carrera política propia que no están sometidos a una disciplina o programa de partido, o por partidos articulados en torno a liderazgos personalistas, en los que no existe transparencia financiera, no hay mecanismos internos de selección de los líderes y candidatos, y no hay protocolos para la elaboración de los programas (el hiperpresidencialismo latinoamericano, la personalización de las campañas electorales y la pérdida de la confianza social en los partidos explican, en gran medida, esta situación).

7. La baja calidad de los políticos latinoamericanos debido a su falta de profesionalización, su escasa formación y experiencia y la ausencia de mecanismos de fiscalización de su desempeño.

Ante esta situación, Rodríguez, Fernandes da Costa & Alegre recomiendan que los países de América Latina adopten las siguientes medidas:

1. Fortalecimiento del estado de derecho: (a) implementar medidas efectivas para combatir la corrupción, mejorar la seguridad ciudadana y garantizar la protección de los derechos económicos y sociales; (b) incrementar la capacidad administrativa del estado para asegurar una gestión eficiente y profesionalizada del servicio público; y (c) reforzar las fuerzas de seguridad y su capacidad para ejercer el monopolio de la violencia legítima.

2. Instituciones y mecanismos de rendición de cuentas: (a) establecer oficinas especializadas en mecanismos de rendición de cuentas horizontales, tomando como referencia experiencias exitosas internacionales; (b) garantizar la preparación y calificación del personal encargado de dichas instituciones, evitando la captura por parte de proyectos hegemónicos; y (c) evitar la adopción acrítica de conceptos como «estados débiles» y adaptar las soluciones a la realidad y necesidades de la región.

3. Reducción de la desigualdad: (a) implementar políticas económicas y sociales dirigidas a reducir la desigualdad, considerando no solo aspectos económicos, sino también étnicos y de género; (b) fomentar la inclusión de sectores indígenas y afrodescendientes en políticas de desarrollo, reconociendo y abordando la marginación histórica; y (c) promover la igualdad de género en todos los aspectos socioeconómicos y culturales, con especial atención a la participación política de las mujeres.

4. Democratización de los medios de comunicación: (a) implementar medidas para reducir la estructura oligopólica de los medios de comunicación, garantizando la diversidad de voces y evitando su instrumentalización con fines políticos; (b) fomentar la transparencia y la imparcialidad en la regulación de los medios, evitando la imposición de leyes que limiten la libertad de expresión; y (c) establecer mecanismos que aseguren la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre políticas relacionadas con los medios de comunicación.

5. Fortalecimiento de los partidos políticos y sistemas de partidos: (a) promover la transparencia en el manejo de finanzas de los partidos políticos y su proceso interno de selección de líderes y candidatos; (b) buscar mecanismos que fomenten la participación

ciudadana en la definición de programas políticos y en la toma de decisiones partidarias; y (c) abordar la personalización de las campañas electorales y trabajar en reconstruir la confianza de la sociedad en los partidos políticos.

6. Profesionalización de la política: (a) establecer requisitos y mecanismos de evaluación para garantizar la formación y experiencia de los líderes políticos; (b) implementar agencias independientes que supervisen y monitoreen el desempeño de los políticos antes, durante y después de sus mandatos; y (c) incentivar la participación activa de la sociedad en la evaluación y fiscalización de los líderes políticos.

7. Participación ciudadana y deliberación pública: (a) fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas a través de procesos deliberativos representativos; (b) implementar asambleas de ciudadanos, jurados y paneles para abordar temas complejos y desarrollar propuestas colectivas; y (c) institucionalizar la deliberación ciudadana como parte integral de las prácticas democráticas, asegurando la representatividad y el impacto en las decisiones públicas.

8. Evaluación de políticas anticorrupción y anticrimen organizado: (a) desarrollar indicadores específicos para evaluar la efectividad de las políticas anticorrupción y contra el crimen organizado transnacional; (b) considerar la participación ciudadana como un indicador relevante en la evaluación de políticas democráticas y de control institucional; y (c) explorar la posibilidad de crear un indicador regional que complemente el Índice de Percepción de la Corrupción, abordando sus limitaciones y ampliando su alcance.

9. Enfoque de desarrollo socioeconómico: (a) diseñar políticas económicas que promuevan un desarrollo sostenible y equitativo, abordando las necesidades específicas de diferentes sectores de la sociedad; y (b) buscar soluciones a medio y largo plazo que aborden los desafíos políticos más apremiantes, evitando soluciones a corto plazo que perpetúen problemas estructurales.

10. Adaptación de la democracia representativa: (a) transformar las instituciones democráticas para otorgar a los ciudadanos un papel más directo en la configuración de decisiones públicas; (b) considerar la deliberación pública como una herramienta clave para forta-

lecer la democracia y generar confianza ciudadana; y (c) explorar nuevas formas de toma de decisiones colectivas que se adapten a la complejidad y desafíos del siglo XXI.

Según Rodríguez, Fernandes da Costa & Alegre, estas recomendaciones son, en gran medida, aplicables también a Colombia. Además, junto a ellas, los autores realizan las siguientes recomendaciones específicas para el sistema colombiano:

1. Fortalecimiento de los mecanismos de participación ciudadana: fortalecer y promover la utilización efectiva de los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la Constitución, como el plebiscito, el referéndum y la consulta popular, mediante campañas educativas y difusión para garantizar la plena comprensión de estos instrumentos democráticos.

2. Empoderamiento de las asociaciones y organizaciones civiles: implementar políticas que respalden la organización y fortalecimiento de asociaciones y organizaciones civiles, garantizando su autonomía y proporcionando recursos para su participación activa en la supervisión de la gestión pública.

3. Incentivo a la participación juvenil: desarrollar programas específicos para fomentar la participación activa de la juventud colombiana en los procesos democráticos, asegurando su representación y voz en las instancias de toma de decisiones.

4. Transparencia y supervisión efectiva: reforzar la transparencia en la gestión pública y promover mecanismos efectivos de supervisión ciudadana, garantizando el acceso a la información y la rendición de cuentas por parte de las autoridades.

5. Diversificación de mecanismos participativos: considerar la diversificación de los mecanismos participativos, permitiendo el desarrollo de nuevas formas de participación y control ciudadano que se adapten a las realidades políticas, sociales y culturales cambiantes de Colombia.

6. Inclusión de perspectiva universitaria y sindical: garantizar la representación y participación activa de sectores universitarios y sindicales en los procesos democráticos, reconociendo su papel clave en la construcción de una sociedad equitativa y justa.

7. Sensibilización y educación cívica: implementar programas continuos de sensibilización y educación cívica para informar a la población sobre los mecanismos de participación ciudadana, fomentando una ciudadanía informada y comprometida.

8. Evaluación periódica de los mecanismos participativos: realizar evaluaciones periódicas de la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana, identificando áreas de mejora y ajustando las regulaciones según sea necesario para asegurar su relevancia y eficacia.

9. Inclusión de la diversidad cultural: promover la inclusión de la diversidad cultural colombiana en los procesos participativos, reconociendo y respetando las distintas realidades y perspectivas que enriquecen la democracia del país.

10. Fortalecimiento de la legislación vigente: revisar y fortalecer la legislación existente, en especial la Ley 134 (1994), para adaptarla a los cambios y necesidades actuales, asegurando que no obstaculice formas adicionales de participación y control ciudadano que contribuyan al desarrollo democrático del país.

2.3. Las respuestas desde los principios de equidad e inclusión

En el capítulo 7, Hermes examina la relación entre corrupción, inequidad y exclusión haciendo énfasis en la manera en que las secuelas del sistema de explotación colonial aplicado en América Latina continúan influyendo notablemente en la situación de corrupción estructural y profunda desigualdad socioeconómica, étnico-racial y de género que persiste en la región.

Su estudio parte del rechazo a la visión que considera que el destino inevitable de la humanidad es la dominación minoritaria a través de mecanismos como el adoctrinamiento y la corrupción, afirmando: (a) la posibilidad de un desarrollo democrático substancial, caracterizado por el trato equitativo, la inclusión y la satisfacción de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (incluyendo a quienes pertenecen a grupos históricamente discriminados, habitan en condiciones de vulnerabilidad y/o tienen pocos recursos); y (b) la complejidad del proceso democrático, que hace que la equidad y la inclusión en el ejercicio de los derechos políticos básicos, en el

acceso a los mecanismos de participación y en la configuración de la agenda y los términos del debate sociocultural y político-económico, presuponen una experiencia previa de inequidad y exclusión.

Sin embargo, las dinámicas de corrupción estructural existentes en América Latina, entre las que destacan las promovidas por el COT, causan un grave daño al desarrollo democrático substancial, al deslegitimar los gobiernos y reducir notablemente los recursos disponibles para ejecutar políticas públicas dirigidas a garantizar la satisfacción de los derechos humanos (sobre todo los DESCAs) de los sectores sociales discriminados y/o vulnerables.

Para comprender adecuadamente esta situación de inequidad y exclusión actual, Hermes considera necesario analizar las secuelas del sistema de explotación colonial aplicado en América Latina, el cual, al estar basado en la violencia, la fuerza armada y la supuesta superioridad intelectual occidental, generó relaciones de profunda desigualdad social en torno a la dominación europea que se apoyó en el concepto de raza, la subordinación de la mujer y la invisibilización de las narrativas alternativas de los pueblos vencidos. Esta jerarquía del poder en las relaciones socio-culturales y político-económicas se mantuvo después de los procesos de independencia de las primeras décadas del siglo XIX, resultando en una permanente “desigualdad constitucional” hasta, al menos, finales del siglo XX con respecto a los grupos indígenas, las poblaciones afrodescendientes y las mujeres.

De hecho, como refleja la actual situación de corrupción estructural y profunda desigualdad socioeconómica, étnico-racial y de género en América Latina, se puede afirmar que todavía persisten en la actualidad las graves secuelas dejadas por la colonización en términos de inequidad y exclusión. En este contexto, las prácticas corruptas constituyen un mecanismo especialmente eficaz para mantener, y profundizar, las dinámicas de discriminación y exclusión, por lo que se mantiene la necesidad apremiante de reconducir esta realidad hacia una sociedad que garantice una igualdad material a todos los ciudadanos.

A estos efectos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018) considera necesario fortalecer: (a) la independencia, im-

parcialidad, autonomía y capacidad de los sistemas de justicia; (b) la transparencia, el acceso a la información y la libertad de expresión; (c) el grado de cumplimiento de las obligaciones estatales relativas a los DESCAs de la población discriminada, vulnerable y/o precarizada; y (d) la cooperación internacional (incluyendo el intercambio de información, la creación de unidades de investigación multilaterales, y el apoyo, participación y cooperación de la sociedad civil).

Sin embargo, aunque esta estrategia puede ayudar a enfrentar en el corto y medio plazo algunos de los síntomas del problema, es insuficiente para abordar de manera eficaz su raíz, razón por la cual, Hermes propone la aplicación de un proyecto de integración, promoción y desarrollo de la igualdad material de los grupos discriminados y/o vulnerables, con base en la diversidad y la unión solidaria. Además, para alcanzar el objetivo de mitigar primero, y eliminar después, el proceso de exclusión de estos grupos de la convivencia social, y garantizar su efectiva ciudadanía, considera también imprescindible:

1. Eliminar la prioridad que se sigue dando a un cierto tipo de conocimiento (que constituye el fundamento que ha sostenido desde la época colonial el poder dominación y la ideología de la subordinación), para lo cual es necesario, sobre todo en el ámbito latinoamericano, conocer y recuperar los conceptos de las filosofías amerindias (como la noción de poder en el mundo precolombino) a la luz de las contribuciones de la historia, la sociología, la antropología, la crítica decolonial, la filosofía de la liberación y los feminismos del Sur.

2. Recuperar el método histórico para la interpretación jurídica, de manera que se tengan en cuenta las perspectivas necesarias para que se pueda consolidar un verdadero desarrollo democrático substancial, en el que la equidad, la inclusión y la satisfacción de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos sean aspectos primordiales. En consecuencia, no cabe seguir limitando la interpretación y la enseñanza del derecho al texto de la ley, sino que se deben tener en consideración aquellas corrientes de pensamiento que fueron sistemáticamente invisibilizadas a raíz de la exclusión de “las otras subjetividades”.

Sin embargo, como concluye Hermes, la corrupción estructural y profunda desigualdad socioeconómica, étnico-racial y de género

existentes en la región, que mantienen a la mayor parte de la población en situación de discriminación, vulnerabilidad y/o precariedad (lo que se ha agravado a raíz del Covid-19), muestran que América Latina tiene todavía un camino muy largo por recorrer para abordar satisfactoriamente las causas y los efectos de la inequidad y la exclusión que han caracterizado a sus sociedades durante siglos. Solo entonces la dignidad humana se legitimará como valor fuente, y será posible alcanzar una verdadera equidad e inclusión sociales que sirvan como un verdadero antídoto contra la corrupción y el COT al eliminar gran parte de los incentivos que los promueven.

3. REFLEXIONES FINALES

Ante la situación generalizada de prácticas sistemáticas de corrupción y captura del estado en América Latina que desarrollan en sus especificidades nacionales Suelst & Salgado (Colombia), Azevedo, Palermo, Leal & Saad-Diniz (Argentina y Brasil y en menor medida Chile) y Orozco, Pérez & Hernández (México), se observa un estancamiento de la lucha contra la corrupción y el COT en América Latina, y un evidente desánimo y desconfianza de los ciudadanos en la democracia y en las instituciones democráticas.

Ante esta situación, Pavani & Paffarini hacen énfasis, de manera general, en la necesidad de: (a) adoptar una aproximación holística al fenómeno de la corrupción para su adecuada comprensión; (b) regular los intereses privados en la política y la gestión pública (dadas las prácticas corruptas que generan las estrechas relaciones oligárquicas entre política y economía); (c) abordar la implicación en estas prácticas de los más altos representantes del estado sin afectar al equilibrio entre los poderes constitucionales; y (d) adoptar un enfoque de derechos humanos en la estrategia anticorrupción.

Sin embargo, a la hora de analizar algunas de las principales herramientas ofrecidas a estos efectos por el constitucionalismo liberal, social y democrático (concepto formal de estado de derecho, principios de equidad, inclusión, participación política y derechos de la ciudadanía), encontramos ciertos imponderables que parecen dificultar aún más la situación al generar confusión sobre el camino a seguir.

De entre ellos, cabe destacar el relativo a si el derecho administrativo global, en cuanto instrumento utilizado por ciertas organizaciones internacionales, que no solo coordinan repuestas globales a problemas globales, sino que dan un paso más allá para promover activamente la adopción de toda una serie de soluciones que acaban incorporándose en los sistemas jurídicos nacionales, es parte de la solución o del problema, o incluso ambos al mismo tiempo. Esto, teniendo en cuenta, que las tres características principales del constitucionalismo global son las siguientes: (a) surge al margen de un poder legitimado que, con base en el principio de soberanía, tenga el monopolio de la violencia dentro de un cierto territorio; (b) sus normas se dirigen a todos quienes actúan jurídicamente en los estados en los que se aplican (no limitándose por tanto a estos últimos); y (c) la dinámica de las relaciones internacionales (con la presión que ello conlleva) hace que los estados apliquen sus normas a pesar de no estar vinculados a hacerlo al no ser parte de los organismos o acuerdos internacionales de los que emanan (Abello-Galvis, Arévalo-Ramírez & García Matamoros, 2021; Darnaculleta, 2021; Kingsbury & Stewart, 2016).

En relación, específicamente, con la prevención del COT y sus prácticas de corrupción, destaca la función desempeñada por la OCDE y el GAFI. Con respecto a la primera, Rojas explica como la concepción del Estado regulador, que está en la base del concepto formal de estado de derecho, y que es propia del liberalismo económico, ha sido adoptada en los EE.UU., y como consecuencia de su influencia sobre la OCDE, se ha recogido también en los estándares que esta última promueve. Según esta concepción, la administración pública evita intervenir directamente en la provisión de bienes y servicios (dejando esta función en manos de la iniciativa privada), limitándose a regular sus actividades mediante agencias especializadas para garantizar ciertos fines como, por ejemplo, que los mercados se mantengan libres y competitivos. Esta actividad regulatoria ha de ser desarrollada con moderación, evitando que la proliferación de normas tenga un impacto negativo en el principio de legalidad o aumente los costos de transacción de las operaciones de los particulares por la opacidad, la ambigüedad o la ineficiencia de la regulación. Por ello, la calidad regulatoria es vista como una prioridad que se materializa en la necesidad de contar con un órgano transversal a nivel

nacional que apoye a las demás agencias para que se cumplan con ciertos estándares de calidad en la producción normativa.

En cuanto al GAFI, sus funciones actuales en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y las armas de destrucción masiva le han permitido: (a) establecer toda una red de estándares internacionales en la lucha contra el COT y sus prácticas corruptas; (b) impulsar un nuevo entendimiento de la función de las administraciones nacionales con respecto a las actividades de policía, inspección, reglamentación y control (requiriendo la participación, sobre todo en materia de prevención, de numerosos actores privados con el fin de implementar los estándares internacionales); y (c) promover activamente que estos nuevos actores (sujetos obligados) desarrollen mecanismos de autorregulación basados en la prevención de riesgos (programas de cumplimiento)¹.

Como resultado de lo anterior, las entidades públicas nacionales se están viendo reconvertidas en una especie de reguladores de estos programas de cumplimiento, dedicando cada vez menos recursos y tiempo a las funciones de control e inspección directa, lo que, a su vez, las hace dependientes de los sujetos privados en cuyo ámbito de actuación se dan las prácticas perseguidas. En consecuencia, surge la cuestión relativa a la legitimidad de organizaciones como la OCDE y el GAFI para promover transformaciones de esta magnitud, sobre todo si el contenido de sus recomendaciones no tiene en cuenta los intereses de los países en vías de desarrollo, debido a su menor capacidad de actuación e influencia en los procesos de toma de decisiones en la sociedad internacional. Esta crítica es particularmente relevante en relación con el GAFI porque, si bien ha promovido la extensión de su membresía (ampliando de 16 a 39 el número de estados parte), resulta evidente que presenta una simbiosis muy signifi-

¹ Todo esto se ha visto facilitado porque sus recomendaciones son aplicadas no solo por sus 39 estados miembros, sino también a través de las organizaciones asociadas, entre las que se encuentran distintos grupos de acción regionales pertenecientes a Asia y el Pacífico, el Caribe, el Consejo de Europa, Asia, África Oriental, Meridional, Central, del Norte y Occidental y América Latina (GAFILAT)).

cativa con la OCDE, en cuya sede se encuentra alojada su secretaría, y con quien comparte la mayor parte de sus miembros.

El problema se agrava en el caso específico de la lucha contra el fenómeno de la corrupción (especialmente, cuando se encuentra vinculada al COT), porque las estrategias planteadas por la OCDE y el GAFI adolecen, además, de una aproximación lo suficientemente holística como para responder a este fenómeno de manera eficaz, tal y como Pavani & Paffarini afirman que es necesario.

Además, dichas estrategias relegan a un segundo plano las herramientas ofrecidas por el constitucionalismo democrático. Así, como Rodríguez, Fernandes da Costa & Alegre afirman, el constitucionalismo democrático, a diferencia de lo planteado por el constitucionalismo liberal y por una parte importante de la doctrina sobre el constitucionalismo social (que consideran el estado de derecho y la rendición de cuentas como dos dimensiones separadas de la calidad de la democracia, limitando a la segunda el análisis sobre la existencia y el grado de efectividad de los derechos), entiende que todas las dimensiones de la calidad democrática tienen asociados derechos específicos, que constituyen un aspecto central del espacio de participación que pretenden proteger. Por ello, al analizar cada una de estas dimensiones es necesario abordar la cuestión de la existencia y efectividad de los derechos, lo que además debe hacerse en un contexto global en el que las estructuras institucionales nacionales que acogen modelos y sistemas de control y participación ciudadana están sujetas a una constante erosión.

La situación se complica todavía más si cabe porque, como señala Hermes, el persistente contexto de corrupción estructural y profunda desigualdad socioeconómica, étnico-racial y de género, que mantiene a la mayor parte de la población latinoamericana en situación de discriminación, vulnerabilidad y/o precariedad, es una clara evidencia de algo mucho más profundo: las graves secuelas dejadas por un sistema de explotación colonial, generador de relaciones de profunda desigualdad social, que se mantuvieron tras la independencia de los países de la región, lo que se ha traducido en una constante “desigualdad constitucional” hasta la actualidad de los grupos indígenas, las poblaciones afrodescendientes y las mujeres, entre otros.

Por ello, ni siquiera las estrategias contra la corrupción y el COT basadas en un enfoque en derechos, como el propuesto por la CIDH en 2018, parecen ser suficientes para abordar de manera eficaz la raíz del problema (si bien pueden ayudar a paliar algunos de sus síntomas en el corto y medio plazo), lo que, como Hermes señala, requiere en última instancia medidas mucho más estructurales como: (a) las de naturaleza epistemológica, dirigidas a evitar que continúe siendo preponderante aquel tipo de conocimiento que, desde la época colonial, ha sido utilizado para construir un poder de dominación y una ideología de subordinación; (b) las de naturaleza hermenéutica, que buscan recuperar el método histórico en la interpretación jurídica con el fin de tener la debida consideración aquellos sistemas de pensamiento que fueron sistemáticamente invisibilizados; y (c) las de carácter operativo-afirmativo, dirigidas a implementar un proyecto de integración, promoción y desarrollo de la igualdad material de los grupos mencionados, con base en la diversidad y la unión solidaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Abello, R., Arévalo, W. & García, L. (2021). “La perspectiva del constitucionalismo global”. En: Olasolo, H., Urueña, M. & Sánchez, A. (eds). *La función de la Corte Penal Internacional: visiones plurales desde una perspectiva interdisciplinar*. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores. Pp. 309-331.
- Darnaculleta i Gardella, M. M. (2021). “Derecho administrativo global: ¿avance o retroceso?” En: Villacampa, C. (ed). *Sociedad global y Derecho público*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 169-210.
- Kingsbury B. & Stewart R. (2016). *Hacia el derecho administrativo global: Fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Sevilla: Global Law Press.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/