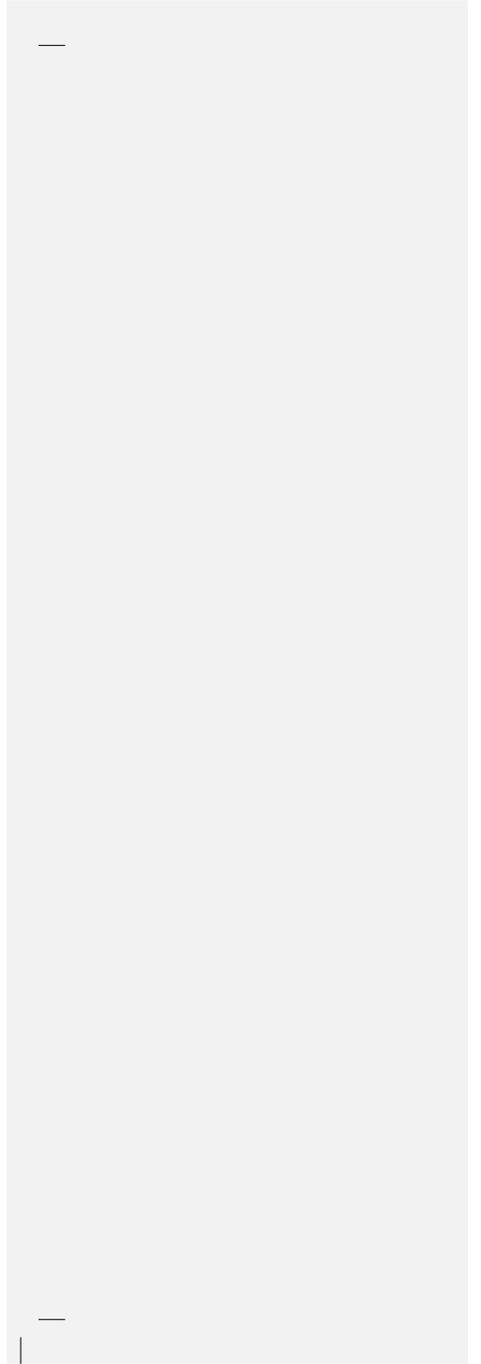




EMPODERAR A LAS VÍCTIMAS DE LA CORRUPCIÓN A GRAN ESCALA:
¿UNA NUEVA TENDENCIA?

*Naomi Roht-Arriaza*¹

¹ Expresamos nuestro agradecimiento a las organizaciones y personas que aportaron casos y conocimientos, especialmente a Úrsula Indocochea y Katya Salazar de la Fundación para el Debido Proceso, al Grupo de Trabajo sobre Víctimas de la Corrupción de la Coalición UNCAC, a Rick Messick y a las numerosas conversaciones que mantuvimos con colegas que trabajan en el ámbito de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción en la región.



Resumen

¿Quién es la víctima de la corrupción sistémica? La respuesta tradicional en el derecho es “todos” y “nadie”, o la misma administración pública. Cuando los fondos del Estado se usan de modo indebido o desaparecen, como máximo, la víctima es el Estado. Por lo tanto, solamente el Estado tendría legitimación para iniciar acciones legales vinculadas con los activos robados o recibir una restitución de estos. Pero ese concepto consensuado, de larga data, ahora está cambiando. Activistas y abogados han comenzado a argumentar que, cuando se trata de corrupción perpetrada de manera sistemática, no son solamente los estados, sino también las personas, las comunidades y la sociedad en su conjunto quienes sufren pérdidas y necesitan ser representados y recibir reparaciones.

Los tribunales están comenzando a apoyar esta idea, sobre la base del derecho de los derechos humanos que se ha desarrollado, en gran parte, en el contexto de casos de delitos atroces, que ahora se trasponen al ámbito de la lucha contra la cleptocracia. Las investigaciones anteriores se han centrado en la recuperación de activos en los estados exportadores de capital, y cómo deberían restituirse a las personas del país al cual le fueron saqueados. El presente artículo reúne, por primera vez, el derecho internacional de referencia sobre el tema y sistematiza los casos presentados ante los tribunales del país saqueado. Se centra en los estados de América Latina, porque generalmente sufren ambas problemáticas: se ven afectados por la corrupción sistémica desde las esferas más altas, y han estado a la vanguardia en conjugar el derecho internacional de los derechos humanos, la participación de las víctimas en procesos penales y las normas internacionales contra la corrupción. Plantea que las víctimas desean participar en los juicios sobre corrupción no solo para obtener reparaciones, sino también para acceder a los expedientes a efectos de obtener información que permita impulsar nuevas investigaciones y para monitorear la diligencia y las decisiones estratégicas de los fiscales. Por último, también destaca los modos —a veces, indirectos— en los cuales el derecho internacional se implementa en los tribunales nacionales; lo cual,



en este caso, implica no solamente movimientos verticales desde los organismos internacionales hacia los tribunales nacionales, sino también movimientos horizontales desde un área temática hacia otra.

ÍNDICE

- I. La evolución de las normas jurídicas sobre corrupción y derechos humanos**
- II. La interpretación de la UNCAC: subsanar las deficiencias de otras fuentes del derecho internacional**
- III. Participación de las víctimas en los procedimientos**
 - A. Representación directa**
 - B. Organizaciones de la sociedad civil que representan intereses difusos**
- IV. Reparaciones por hechos de corrupción**
- V. Riesgos de un enfoque centrado en las víctimas**
- VI. Conclusión**



¿Quién es la víctima de la corrupción sistémica? Cada vez más, la corrupción a gran escala ya no corresponde a los escenarios individuales episódicos y de excepción alrededor de los cuales se construyó gran parte de las normas contra la corrupción. Tampoco es simplemente una cuestión de que los ciudadanos tengan que compensar los salarios bajos de policías, docentes o emisores de licencias para poder obtener sus servicios. Más bien, la corrupción a gran escala, que también se denomina cleptocracia o corrupción sistémica, implica que funcionarios de alto rango usen y transformen la totalidad del aparato del Estado, desde los niveles más altos, para beneficio privado. Eso significa que funcionarios estatales o privados no solamente solicitan y aceptan sobornos para canalizar oportunidades de negocios hacia intereses particulares o para crear empleos o proyectos fantasma, sino que también utilizan el control que ejercen sobre legisladores, reguladores y jueces, o sus alianzas con estos, para crear leyes y reglamentaciones que permitan el saqueo del Estado y garanticen la impunidad de tales acciones. La corrupción se ha transformado en la *raison d'être* del Estado mismo.

Si bien la corrupción no es un problema nuevo, la globalización ha aumentado su magnitud, la facilidad y el alcance con que pueden realizarse los movimientos de dinero y, por lo tanto, el lavado de dinero, lo que hace que los cleptócratas tengan más posibilidades de ocultar el producto de la corrupción a gran escala. La asistencia internacional y los flujos comerciales pueden verse cercenados incluso si se han establecido “salvaguardas” para evitar tal menoscabo. El ocultamiento de los beneficiarios finales, las jurisdicciones que protegen el secreto bancario y el aumento descomunal en el número de “facilitadores”—estudios de abogados, firmas de contadores y consultores, y otros— han hecho que resulte más sencillo crear capas de titularidad global que vuelven más complejo realizar un seguimiento del dinero. Las enormes cifras de dinero generadas por actividades ilegales — desde tráfico de drogas hasta trata de personas, minerales, madera y vida silvestre— constituyen una fuente inagotable para financiar, y ocultar, la cleptocracia. En la actualidad, las redes de delincuencia organizada se encuentran aliadas con élites y funcionarios “legítimos” que aceptan sobornos para crear sistemas entrecruzados que controlan territorios, poblaciones y recursos. Los estados con instituciones frágiles o inexistentes y con niveles de desigualdad crecientes han facilitado maniobras para que los recursos del Estado vayan a manos de unos pocos. El ejemplo más reciente de esta situación son los



EMPODERAR A LAS VÍCTIMAS DE CORRUPCIÓN A GRAN ESCALA: ¿UNA NUEVA TENDENCIA? 2022

señalamientos que surgieron en todo el mundo sobre fraude y otras conductas indebidas en el gasto o las contrataciones relacionadas con la pandemia². Lejos de ser estados fallidos, estos son estados que funcionan muy bien para esos pocos, pero no para el bien común. Una estimación reciente señaló más de 60 países en los cuales la corrupción a gran escala es el “sistema operativo”³.

La respuesta tradicional del derecho a la pregunta de quiénes son las víctimas en casos de corrupción a gran escala es “todos” y “nadie”, o la misma administración pública. Cuando los fondos del Estado se usan de modo indebido o desaparecen, como máximo, la víctima es el Estado. Por lo tanto, solamente el Estado está legitimado para iniciar acciones legales vinculadas con los activos robados o recibir una restitución de estos. Cuando los activos se encuentren en el extranjero, deberían ser repatriados al Estado afectado. Y cuando los procedimientos se lleven a cabo en el ámbito interno, solamente el Estado puede representar los intereses del pueblo en los procesos —penales o administrativos— para recuperar sus pérdidas. Hasta hace poco, esta era la opinión general.

No obstante, ese criterio está cambiando lentamente. En la última década aproximadamente, activistas y abogados han comenzado a argumentar que no son solamente los Estados, sino también las personas físicas, las comunidades y también la sociedad, los que sufren pérdidas y necesitan ser representados y recibir reparaciones en casos que implican corrupción a gran escala⁴. Estos argumentos provienen, en parte, de las experiencias de captura del Estado y de las dificultades para hacer que los líderes corruptos y los responsables de las empresas rindan cuentas por sus actos, como así también de los antecedentes de desarrollo del derecho humanitario y de los derechos humanos con respecto a derechos de las víctimas. En la actualidad, el movimiento de las bases hacia arriba (*bottom-up*) que cobra impulso actualmente reconoce las consecuencias de la corrupción a gran escala para los derechos humanos, y procura que estas se reflejen en las políticas y en la jurisprudencia.

América Latina desempeña un rol destacado en las conversaciones sobre corrupción y derechos humanos, que ha hecho que la lucha contra la corrupción pase de ser una preocupación de tecnócratas a un movimiento popular⁵.

² *Why Fighting Corruption Matters in Times of COVID-19*, TRANSPARENCY INT'L (28 de enero de 2021), <https://www.transparency.org/en/news/cpi-2020-research-analysis-why-fighting-corruption-matters-in-times-of-covid-19>.

³ *Ver, en general*, SARAH CHAYES, *THIEVES OF STATE* (2015).

⁴ *Ver, p. ej.*, Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre Recuperación de Activos, Good Practices in Identifying the Victims of Corruption and Parameters for their Compensation, CAC/COSP/WG.2/2016/CRP.1 (4 de agosto de 2016), <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2016-August-25-26/V1604993e.pdf>.

⁵ *Ver, p. ej.*, 9and10news Site Staff, *Mass Protests Held Against Brazil President Bolsonaro*, 9&10 NEWS (13 de septiembre de 2021), <https://www.9and10news.com/2021/09/13/mass-protests-held-against-brazil-president-bolsonaro/>; Astrid Suarez & Regina Garcia Cano, *A look at what has prompted thousands to protest across Colombia*, GLOB. NEWS (10 de mayo de 2021, 1:47 PM), <https://globalnews.ca/news/7848667/colombia-protests-explained/>; Giovanni Batz, *Guatemala's National Strike Demands Structural Change*, NACLA REP. (7





Lentamente, los casos de la región están comenzando a reflejar el nuevo pensamiento sobre los derechos de las víctimas, aunque en otros casos los tribunales han reiterado la antigua percepción del Estado como la única víctima. El debate refleja la importancia de la cuestión en América Latina, donde la corrupción a gran escala, a menudo combinada con el alcance extendido de la delincuencia organizada, es una cuestión de interés público sumamente prominente⁶. América Latina también ha estado a la vanguardia de las luchas para hacer valer y formalizar los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, incluidas las obligaciones de los Estados de prevenir estos delitos y brindar resarcimiento a sus víctimas.

Este movimiento emergente, que se describe por primera vez en ese artículo es, en algunos sentidos, sorprendente. En las normas sobre derechos humanos existen pocas obligaciones vinculantes directas sobre la lucha contra la corrupción, lo cual, hasta hace poco, ni siquiera había sido reconocido de manera generalizada como un problema relacionada con los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, que se describe a continuación, contiene obligaciones para los Estados que se implementarán “de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.” Y aun así, los tribunales usan cada vez más la jurisprudencia desarrollada a partir de obligaciones hacia las víctimas de delitos relacionados con derechos humanos -- en primer lugar a nivel internacional y regional, y luego ampliamente incorporada en los casos internos -- en áreas nuevas como la lucha contra la corrupción. Este artículo plantea un análisis de cómo casos contra la corrupción con enfoque de derechos humanos han utilizado y adoptado el lenguaje de los esfuerzos sostenidos durante décadas en la región por identificar, investigar y juzgar violaciones graves de derechos humanos, entre ellos crímenes de lesa humanidad, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas. De igual manera, los debates sobre las reparaciones por hechos de corrupción se basan en parte en experiencias previas con daños difusos en casos ambientales y relacionados con cambio climático. En otras palabras, el derecho internacional se está desplazando no solo hacia los sistemas nacionales, sino que también los preceptos desarrollados en un área del derecho están migrando hacia otras.

Este artículo plantea que la lucha por el acceso de las víctimas a información, participación y reparaciones para quienes se han visto perjudicados por actos de corrupción a gran escala es un paso adelante en los esfuerzos para combatir con eficacia la corrupción sistémica y la cleptocracia de tres modos. En primer lugar, la participación de las víctimas, ya sea en forma directa o a través de una

de septiembre de 2021), <https://nacla.org/guatemala%E2%80%99s-national-strike-demands-structural-change>.

⁶ *¿Qué piensan las personas? Corrupción en América Latina y el Caribe*, TRANSPARENCY INT'L (23 de septiembre de 2019), <https://www.transparency.org/es/news/what-people-think-corruption-in-latin-america-the-caribbean> (“el 85 % de las personas creen que la corrupción en el gobierno representa un gran problema”).





organización que las represente, puede hacer surgir nueva información y ayudar a desentrañar tramas y redes complejas. Esto permite que quienes llevan adelante campañas contra la corrupción atenen cabos, encuentren pistas y abran nuevas líneas de investigación. En la práctica, este criterio basado en el acceso se asemeja bastante a los argumentos a favor de la libertad de información y el acceso a la justicia.

En segundo término, la participación transparente procedimientos en los que, de otro modo, podría existir el riesgo de que los fiscales o los jueces entren en componendas o acuerdos preferenciales con las partes acusadas de corrupción. Los incentivos para los fiscales —sea porque ellos mismos son cómplices o simplemente porque es difícil y costoso enjuiciar a actores políticos y económicos poderosos en casos complejos rodeados de un gran secretismo— serían alcanzar un acuerdo, de manera rápida y discreta, o pasar por alto todos los casos excepto los de mayor notoriedad. A menudo, los jueces necesitan presión externa para analizar casos con daños complejos y cuestiones de causalidad. Cuando más alta sea la posición del imputado en el gobierno o en elites privadas, y cuanto más sistémica sea la corrupción, más probable será que en las investigaciones y los procesos se alcancen acuerdos de no enjuiciar, o que los juzgamientos estén caracterizados por la incompetencia, el extravío de expedientes o desconocimiento del paradero de los testigos, entre otros.

En tercer lugar, son las víctimas quienes soportan en mayor medida la falta de servicios o de personal, la infraestructura inexistente, insegura o de mala calidad, o la apropiación de tierras y daños ambientales que son el resultado de numerosas tramas de corrupción. Si bien, en algunos casos, estos efectos se difunden por toda la sociedad, en muchos casos hay víctimas concretas. Las personas o comunidades específicas que se ven afectadas de manera diferencial, por lo general ya se encuentran en una situación de marginación o vulnerabilidad. Además, las organizaciones de la sociedad civil y los grupos de víctimas suelen ser quienes aportan información sobre los acuerdos corruptos, y son atacados por sus acciones de incidencia u oposición. A veces, como en el caso de la activista por los derechos ambientales e indígenas Berta Cáceres⁷, estas personas son asesinadas. Dar un rostro humano a las consecuencias reales de la corrupción a gran escala ayuda a poner en claro cuáles son los riesgos y a generar apoyo público para las investigaciones y los juicios. En última instancia, ayuda a volver a construir la confianza ausente o debilitada en las instituciones públicas, un requisito indispensable para que la democracia funcione.

⁷ Ver Nina Lakhani, *Backers of Honduran Dam Opposed by Murdered Activist Withdraw Funding*, THE GUARDIAN (4 de junio de 2017, 6:30 hora del Este), <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/04/honduras-dam-activist-bertha-caceres> (que describe la violencia en las comunidades y los homicidios de renombrados activistas que se oponían a la construcción de la represa Agua Zarca en el río Gualcarque, en Honduras). Ver también NINA LAKHANI, WHO KILLED BERTA CÁCERES? DAMS, DEATH SQUADS, AND AN INDIGENOUS DEFENDER'S BATTLE FOR THE PLANET (2020).





La Parte I de este artículo explica la evolución del derecho internacional sobre los derechos de las víctimas a acceder a procedimientos y a reclamar reparaciones en casos de corrupción a gran escala. La Parte II considera casos surgidos de América Latina que muestran con claridad las influencias duales del derecho de la ONU contra la corrupción y las decisiones previas de los tribunales, basadas en derechos humanos, sobre los derechos de acceso amplio a la información y de participación que corresponden a las víctimas. La Parte III vuelve a abordar las normas internacionales sobre reparaciones y su posible aplicación a la corrupción a gran escala. La Parte IV se refiere a riesgos, dificultades y objeciones. La Parte V concluye con algunas recomendaciones para impulsar esta agenda.

I. La evolución de las normas sobre corrupción y derechos humanos

A partir de la década de 1970, y con un impulso acelerado en el siglo XXI, los Estados comenzaron a iniciar acciones legales contra empresas vinculadas con su jurisdicción acusadas de sobornar a funcionarios extranjeros, en el marco de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*) de Estados Unidos, la Ley sobre Sobornos (*Bribery Act*) del Reino Unido y otras leyes similares⁸. Casi todos los casos exitosos se resolvieron en acuerdos previos al juicio mediante el pago de abultadas multas a los departamentos de hacienda estadounidense o británico. El dinero no se devolvía al país donde tuvo lugar el hecho de soborno. Eventualmente, las críticas vertidas a esta situación llevaron a que los estados que iniciaban acciones legales desarrollaran estrategias más creativas y con mayores matices para restituir activos al país de origen sin que estos retornaran a las mismas estructuras corruptas que habían exigido pagos ilícitos en primer lugar.

Estados Unidos, por ejemplo, creó la Iniciativa de Recuperación de Activos Afectados por la Cleptocracia (*Kleptocracy Asset Recovery Initiative*) del Departamento de Justicia⁹. En unos pocos casos, los activos fueron asignados a fines de desarrollo¹⁰ y, en un caso (BOTA Foundation en Kazajistán), se creó una

Commented [G1]: Tal vez se podría aclarar que es de Estados Unidos, ya que luego se indica que la otra es del Reino Unido

⁸ Ver, en general, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (para consultar un compendio de leyes similares); Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*, FCPA) de 1977, 15 U.S.C. §§ 78dd-1-78dd-3; Ley sobre Sobornos (*Bribery Act*), 2010, c. 23 (Reino Unido).
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>.

⁹ Ver, p. ej., *Money Laundering and Asset Recovery Section*, THE U.S. DEP'T OF JUST.
<https://www.justice.gov/criminal-mlars>.

¹⁰ LARISSA GREY ET AL., FEW AND FAR: THE HARD FACTS ON STOLEN ASSET RECOVERY 5 (2014), <https://www.oecd.org/dac/accountable-effective-institutions/Hard%20Facts%20Stolen%20Asset%20Recovery.pdf>.





fundación independiente, supervisada por diversas instituciones y organizaciones de sociedad civil interesadas, para distribuir los fondos¹¹.

Por sobre todo, cambió la percepción de la corrupción. Hasta la década de 1990, los teóricos tenían opiniones divididas respecto de si la corrupción debilitaba la economía o más bien lubricaba los engranajes del crecimiento económico. Incluso después de que las instituciones financieras declararon oficialmente la guerra contra la corrupción a mediados de la década de 1990, la parte agraviada aún era solamente el Estado, que se veía privado de los ingresos destinados al desarrollo. En general, la corrupción se entendía como una aberración, una excepción a las normas de buen gobierno que debía extirparse de raíz. Los tonos moralizantes de quienes impulsaban la modernización—habitualmente, provenientes de un país desarrollado—parecían impregnar el debate¹².

A partir de la década de 2010, la mayor consideración otorgada a los derechos económicos, sociales y culturales, y el impacto evidente de la corrupción a gran escala sobre los servicios públicos, llevó a una nueva consideración de la corrupción como una cuestión de derechos humanos. En 2009, el Consejo Internacional sobre Políticas de Derechos Humanos (una ONG) publicó un informe sobre el tema¹³. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas publicó una serie de resoluciones, como así también un informe, del año 2015, acerca del efecto negativo de la corrupción sobre los derechos humanos¹⁴. En 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó un informe innovador sobre el vínculo entre corrupción y derechos humanos. Entre otras conclusiones, la Comisión escribió: A la luz de ese deber [...] las autoridades estatales [...] deben iniciar sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad de los hechos y el enjuiciamiento y eventual castigo de los autores. Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchadas, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación¹⁵. Al mismo tiempo, la Organización para la Cooperación y el

¹¹ Ver, en general, SWATHI BALASUBRAMANIAN & COLBY PACHECO, ACHIEVING DEVELOPMENT IMPACT WITH AN INCLUSIVE ASSET-RETURN MODEL: THE CASE OF THE BOTA FOUNDATION IN KAZAKHSTAN, IREX (2015), https://www.irex.org/sites/default/files/node/resource/bota-case-study_0.pdf.

¹² Ver, p. ej., la crítica planteada por David Kennedy, *The International Anti-Corruption Campaign*, 14 CONN. J. INT'L L. 455 (1999).

¹³ Ver INT'L COUNS. ON HUM. RTS. POL'Y, CORRUPTION AND HUMAN RIGHTS: MAKING THE CONNECTION (2009), https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/9B49DD6CB2609631492575BB001B82ID-Corruption_HRts.pdf.

¹⁴ Rep. del Consejo de Derechos Humanos, Doc. de la ONU A/HRC/28/73 (5 de enero de 2015).

¹⁵ La Organización de los Estados Americanos [OEA], Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, en 107, Doc. 236 (6 de diciembre de 2019) <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>.





Desarrollo Económico (OCDE) también reconoció el vínculo y recomendó que las empresas coordinen más estrechamente sus actividades de diligencia debida contra la corrupción y a favor del cumplimiento de los derechos humanos¹⁶.

El desarrollo de una serie de tratados internacionales, que culminaron en 2005 con la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC), cambió la percepción con respecto a quién se considera víctima, quién tiene derecho a participar en los procedimientos jurídicos y quién es el sujeto de las reparaciones. Por primera vez, la UNCAC estableció que las víctimas de la corrupción tienen derechos. En varios artículos deja claro que el Estado no es la única víctima de la corrupción, y que las partes perjudicadas tienen derechos de acceso y a recibir una compensación. Las obligaciones establecidas en los artículos 32 y 35 son “duras” (planteadas con la fórmula imperativa “deberá”, a diferencia de gran parte de la Convención). No obstante, dadas las diferencias en los sistemas legales nacionales, las cuestiones específicas quedan a criterio de cada Estado. El artículo 13(1) establece una política de promoción de la participación pública en las iniciativas contra la corrupción¹⁷. El artículo 32(5) establece: “Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa”. Resulta claro que, si la única víctima de los delitos de corrupción fuera el Estado, este artículo sería innecesario, y tampoco incluiría la referencia a “víctimas” en plural. Según surge de los trabajos preparatorios de la redacción del tratado, los Estados contemplaban la existencia de víctimas individuales, colectivas y jurídicas (corporativas). Una de las primeras versiones preliminares del texto establecía:

1. Cada Estado Parte velará por que en su legislación interna se tenga en cuenta la necesidad de combatir la corrupción y se provean, en particular, recursos eficaces para las **personas** cuyos derechos e intereses se vean afectados por la corrupción a fin de que, con arreglo a los principios de su derecho interno, puedan obtener indemnización por los daños sufridos. [El énfasis es nuestro].

¹⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS [IOE], CONNECTING THE ANTI-CORRUPTION AND HUMAN RIGHTS AGENDAS: A GUIDE FOR BUSINESS AND EMPLOYERS' ORGANISATIONS (sept. 2020), <https://biae.org/wp-content/uploads/2020/09/2020-08-31-Business-at-OECD-IOE-AC-HR-guide.pdf>.

¹⁷ Res. A. G. 58/4, Convención de la ONU contra la Corrupción en 13(1) (31 de octubre de 2003) (“Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa”).





2. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa¹⁸.

Durante las negociaciones, las preocupaciones de los Estados Partes de la UNCAC con respecto a las víctimas eran tan importantes que llevaron a los delegados a crear un artículo independiente, que posteriormente se convirtió en el artículo 35. El artículo 35 establece el requisito de que:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.¹⁹

La acción legal mencionada en el artículo 35 puede ser de naturaleza civil o puede formar parte de una acción penal; esta flexibilidad se consideró necesaria por la existencia de diferentes sistemas legales.

En el trabajo preparatorio para el artículo 35, hay otras indicaciones de su alcance. Los Estados propusieron, por ejemplo, que la indemnización debía abarcar “los daños materiales, el lucro cesante y pérdidas no pecuniarias”²⁰. Es imposible pensar que un Estado, como tal, puede sufrir los últimos dos tipos de daño, sobre todo los no pecuniarios. Esto también se refleja en la Nota Interpretativa del artículo 35, que especifica que “[l]a expresión “entidades o personas” incluye a los Estados, así como a las personas jurídicas y naturales”. Por último, el artículo 57(3)(c), sobre recuperación de activos, establece que los Estados deben “...dar[...] consideración prioritaria a la restitución de los bienes decomisados al Estado Parte requirente, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos o a la indemnización de las víctimas del delito”. Esto deja en claro que los Estados no son las únicas entidades facultadas para recuperar activos.

Analizados en su conjunto, estos artículos dejan en claro que las personas o las entidades distintas del Estado tienen derecho a participar en procedimientos, ya se

¹⁸ Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en 32(A) (nov. de 2012), https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/Travaux_Preparatoire_s_-_UNCAC_S.pdf [en adelante *Actividades preliminares contra la corrupción*].

¹⁹ *Travaux Préparatoires contra la corrupción*, nota 18 *supra*, en 35. Además, el artículo 57(3) establece: (c) En todos los demás casos, dar consideración prioritaria a la restitución de los bienes decomisados al Estado Parte requirente, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos o a la indemnización de las víctimas del delito. *Ver también* Anita Ramasastry, *Is There a Right to be Free from Corruption?*, 49 UC DAVIS L. REV. 703, 708 (2015).

²⁰ *Travaux Préparatoires contra la corrupción*, nota 18 *supra*, en 35.





trate de juicios penales o civiles, o de acciones administrativas. Las disposiciones plantean la pregunta de cómo definir "víctima" o las "personas que han sufrido daños". Quizás por haber comprendido las dificultades que entrañaría una formulación demasiado estricta, dadas las diferencias en los distintos sistemas de derecho de cada país, los borradores preparatorios simplemente requerían (1) que la persona o entidad haya sufrido daños y perjuicios (2) que haya un vínculo causal entre el acto de corrupción y los daños²¹. Desde ese momento, continúa hasta hoy el debate sobre cuán estrictamente debería interpretarse el requisito de que exista un nexo causal, y si se encuentra sujeto a límites basados en la causa jurídica o próxima.

II. La interpretación de la UNCAC: subsanar las deficiencias de otras fuentes del derecho internacional

Las organizaciones de derechos humanos y las redes de familiares de víctimas de asesinatos y desapariciones forzadas en las décadas de 1970 y 1980 bajo regímenes dictatoriales y en contextos de guerra civil han modificado el escenario jurídico para quienes promueven la lucha contra la corrupción. Fueron una de las fuerzas motoras del desarrollo del derecho internacional sobre los derechos de las víctimas a participar como sujetos de derechos en procesos penales, en pie de igualdad con los acusados. Las víctimas tienen derechos, que incluyen el derecho a ser escuchadas, el derecho a exigir conocer la verdad de lo que ocurrió con ellas mismas y con sus seres queridos, y el derecho a recibir una reparación. Las definiciones desarrolladas en este contexto, que atañen a personajes poderosos que han gozado de impunidad, han demostrado resultar útiles en las iniciativas contra la corrupción que involucran a personas corruptas igualmente poderosas.

Las normas sobre derechos humanos establecen el derecho de las víctimas a un recurso²². La evolución de normas jurídicas no vinculantes (*soft law*) que desarrollan estas disposiciones comenzó con la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder de 1985²³.

Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones

²¹ *Travaux Préparatoires contra la corrupción*, nota 18 *supra*, en 35.

²² P. ej., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Serie de Tratados, vol. 999 (diciembre): 171 (1966), art. 23(3).

²³ Res. A. G. 40/34, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder (29 de noviembre de 1985).





u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder²⁴.

En el contexto de las normas jurídicas sobre derechos humanos, esto fue seguido por los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, que utilizan una definición prácticamente idéntica²⁵.

El sistema interamericano de derechos humanos ha desempeñado un papel fundamental para ampliar y especificar la definición de víctima. En numerosos países de América, la jurisprudencia del sistema interamericano constituye un cuerpo de normas vinculantes, mientras que en otros países tiene una fuerte influencia. El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vigente desde noviembre de 2000, define “presunta víctima”, en el artículo 2 (Definiciones) como “la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención o en otro tratado del Sistema Interamericano”²⁶. Del mismo modo, el artículo 35 establece que, para plantear un caso a la Corte, la Comisión Interamericana debe identificar a las presuntas víctimas, y cuando no sea posible identificar a una o más presuntas víctimas porque se han producido violaciones masivas o colectivas, la corte decidirá en su oportunidad si las considera víctimas²⁷.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha ampliado progresivamente la definición de víctima y ha reconocido como tales a categorías que originalmente no habían sido tenidas en cuenta.

En la sentencia dictada el 19 de noviembre de 1999, en el *Caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los “Niños de la calle”) v. Guatemala*, la Corte reconoció a los familiares de los menores que habían sido torturados y asesinados como víctimas por derecho propio. Los familiares fueron sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes como resultado de los crímenes aberrantes perpetrados contra sus hijos por agentes del Estado²⁸.

La Corte también ha reconocido los derechos de las comunidades indígenas como tales, no solamente los derechos de miembros individuales de la comunidad. En su pronunciamiento más reciente sobre este tema, a través de la Opinión

²⁴ Res. A. G. 40/34, *supra* nota 22, ¶ 1.

²⁵ Res. A. G. 60/147, ¶ 8 (16 de diciembre de 2005).

²⁶ Corte I.D.H., *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, art. 2, ¶ 25 (28 de noviembre de 2009), https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf.

²⁷ *Id.* en art. 35, ¶ 1.

²⁸ *Villagrán Morales y otros v. Guatemala*, Corte I.D.H. (ser. C) N.º 63, ¶ 174-176 (19 de noviembre de 1999); ver también *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Corte I.D.H. (ser. C) N.º 70, ¶ 163-165 (25 de noviembre de 2000).





Consultiva 22/16 del 26 de febrero de 2016²⁹, la Corte reiteró su reconocimiento de las comunidades indígenas y tribales, como así también las organizaciones sindicales, como sujetos de derechos en sí mismos, que pueden invocar colectivamente los derechos humanos protegidos por la Convención. La Corte destacó que la violación de esos derechos tiene una dimensión colectiva y no puede limitarse a los efectos individuales.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es más limitada. El Tribunal ha sostenido, de manera reiterada, que la Convención no prevé la institución de un *actio popularis*³⁰. En la definición del artículo 34 de la Convención Europea, la víctima incluye a la(s) persona(s) directa o indirectamente afectadas por la presunta violación, sea porque dicha violación les causó un perjuicio o porque tienen un interés válido y personal en que se ponga fin a ese daño³¹. Una asociación que meramente representa los intereses o las poblaciones generalmente involucradas, pero no su interés en la controversia específica, no reúne los requisitos necesarios³². Por otro lado, en los casos en que una asociación se formó específicamente para defender los derechos legales de sus miembros en la disputa en cuestión, el TEDH resolvió lo siguiente:

El término “víctima” en el artículo 34 también debe interpretarse teniendo en cuenta su evolución y a la luz de las condiciones de la sociedad contemporánea. Y de hecho, en las sociedades de la actualidad, cuando los ciudadanos se enfrentan a decisiones administrativas particularmente complejas, el recurso a los órganos colectivos como las asociaciones es uno de los medios accesibles —a veces, el único medio— que está disponible para ellos y les permite defender sus intereses particulares de manera eficaz. Incluso, la capacidad de las asociaciones para iniciar acciones legales en defensa de los intereses de sus miembros es reconocida por la legislación de la mayoría de los países europeos. Esa es precisamente la situación que se configuró en este caso. El Tribunal no puede desestimar ese hecho al interpretar el concepto de “víctima”.
Cualquier otra interpretación, excesivamente formalista de ese concepto,

²⁹ Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1. A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva 22/16, Corte I.D.H. (ser. A) N.º 111 ¶ 71-76 (26 de febrero de 2016).

³⁰ *Ver Roman Zakharov v. Russia*, Demanda N.º 47143/06 ¶¶ 164-171 (4 de diciembre de 2015), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159324> (donde se enuncian los requisitos para poder solicitar la institución de un *actio popularis*). En determinadas circunstancias; por ejemplo, la vigilancia secreta, una amenaza de que ocurra un daño es suficiente para que haya legitimación activa. Íd. Ver nota 76 para obtener más información sobre *actio popularis*.

³¹ *Vallianatos & Others v. Greece*, Demandas N.º 29381/09 y 32684/09, 59 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 12, 536-537 ¶47 (7 de noviembre de 2013), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128294>.

³² Íd. en ¶48.





haría que la protección de los derechos garantizados por la Convención sea ineficaz e ilusoria³³.

Así, las asociaciones y los grupos pueden ser víctimas, pero debe existir una relación estrecha entre el fin que persigue la asociación y el objeto del litigio.

La creación de la Corte Penal Internacional (CPI) en 1998 también dio impulso al debate sobre los derechos de las víctimas. El Estatuto de Roma que rige la CPI contiene amplias disposiciones sobre la participación de las víctimas en diferentes etapas de los procedimientos³⁴ y (por primera vez en un procedimiento penal internacional) permite las reparaciones judiciales³⁵. Estas innovaciones dieron lugar a un fuerte debate sobre las formas y la medida en la cual las víctimas podrían o deberían participar en la justicia penal, especialmente en casos en los cuales la impunidad tiende a ser la norma³⁶. También dio lugar a numerosas reflexiones sobre cómo brindar reparaciones integrales cuando resultaba difícil conectar los hechos punibles con víctimas individuales específicas³⁷.

Los debates actuales sobre el rol de las víctimas en los casos de corrupción a gran escala han sido moldeados por esta evolución en las áreas de derechos humanos y del derecho penal internacional³⁸. Así, los grupos de víctimas han luchado por el derecho a tener acceso y participación en los procedimientos, además de insistir en que se adopte una perspectiva amplia de cómo deberían ser

³³ Gorraiz Lizarraga & Others v. Spain, Demanda N.º 62543/00, ¶38 (27 de abril de 2004), <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61731>.

³⁴ Ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 68(3), ¶ 3, Jul. 17, 1998, 37 I.L.M. 99 ("La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos").

³⁵ *Id.*, en art. 75 ¶¶ 1-6.

³⁶ Luc Huyse, *The Process of Reconciliation*, en RECONCILIATION AFTER VIOLENCE: A HANDBOOK, 20 (David Bloomfield y otros, eds., 2003); Christine Van den Wyngaert, *Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge*, 44 CASE W. RES. J. INT'L L. 475 (2011).

³⁷ Se ha debatido sobre la asignación adecuada de responsabilidad entre las órdenes de reparación dictadas por la Corte y el Fondo Fiduciario para Víctimas. Ver, p. ej., WAR CRIMES RESEARCH OFFICE, THE CASE-BASED REPARATIONS SCHEME AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (junio de 2010), <https://www.wcl.american.edu/impact/initiatives-programs/warcrimes/our-projects/icc-legal-analysis-and-education-project/reports/report-12-the-case-based-reparations-scheme-at-the-international-criminal-court/>.

³⁸ Otro ámbito en el cual surge la necesidad de reflexionar sobre los derechos de las víctimas es el derecho ambiental. Los casos ambientales ofrecen una historia sumamente interesante acerca de cómo brindar reparaciones cuando los daños resultan difusos, incluso otorgando a las organizaciones de la sociedad civil o los pueblos indígenas el derecho a representar los intereses de accidentes geográficos naturales, como ríos y montañas. Esa evolución de la jurisprudencia no se analizará en este artículo. Ver, p. ej., David Takacs, *We Are the River*, UNIV. ILL. L. REV. 545, 545 (2021).





las reparaciones integrales. Estos avances están comenzando a manifestarse en los tribunales nacionales. En la siguiente sección, se abordan estos aspectos.

III. Participación de las víctimas en los procedimientos

Los tribunales nacionales han determinado que las víctimas de corrupción —o las organizaciones no gubernamentales que representan el interés público en la lucha contra la corrupción— pueden participar en procedimientos penales o administrativos iniciados por el Estado. Otros han agregado cargos por corrupción a casos de negligencia culposa. Aun así, otros se han negado a permitir la participación de las víctimas, con el argumento de que la única víctima es el Estado.

Los tribunales han tomado dos caminos principales para permitir la participación de las víctimas: vincular de manera directa sus intereses con el caso o permitir que organizaciones de interés público que combaten la corrupción actúen en nombre de las víctimas, a menudo en ámbitos en los cuales la legislación permite la representación de “intereses difusos” por parte de dichos grupos. A continuación, se analiza cada una de estas vías.

A. Representación directa

En algunos casos de corrupción, el nexo causal entre los actos de corrupción y el daño ocasionado a ciertos demandantes puede determinarse con facilidad. En general, estos son casos en los cuales se justificaría iniciar acciones legales por daños civiles de manera separada, pero en los cuales las víctimas, especialmente en sistemas de derecho continental, consideran importante además sumarse al caso judicial por corrupción como querellantes, *partie civile* o demandantes. Esto puede deberse a la necesidad de acceder a información sobre los hechos, a las dificultades y los costos de impulsar acciones civiles por separado, o a una sospecha razonable respecto de las intenciones o capacidades de las autoridades judiciales (o sobre las tres cosas).

Un buen ejemplo es el caso de “*Once*” en Argentina. Las autoridades del Ministerio de Transporte que eran responsables del funcionamiento y el mantenimiento de trenes suburbanos se apropiaron de fondos destinados al mantenimiento de los trenes a lo largo de varios años, lo cual hizo que los trenes quedaran en estado de deterioro y se volvieran inseguros. En febrero de 2012, un accidente ferroviario causó la muerte de 51 personas y otras 789 resultaron





heridas³⁹. La justicia declaró a los funcionarios públicos culpables de administración fraudulenta e impuso penas de prisión a dos exministros de Transporte, entre otras personas⁴⁰. En los procedimientos participaron representantes de varias clases de víctimas del choque.

Otro posible ejemplo proviene de los casos de IGSS/Pisa e IGSS/Chiquimula en Guatemala. Funcionarios de alto rango de las oficinas de compras y de las oficinas principales del servicio médico del Estado, junto con operadores privados bien conectados, recibieron un soborno de USD 2,5 millones por parte de una importante empresa de insumos médicos para ofrecer servicios de diálisis renal a 530 pacientes⁴¹. Las empresas no contaban con clínicas, no tenían conocimientos ni experiencia en este procedimiento, y suministraron equipos e insumos para diálisis que no funcionaban o eran defectuosos, y causaban fuertes dolores a los pacientes. Las infecciones se incrementaron en un 900 % y murieron 49 personas⁴². Un grupo de pacientes, con la asistencia de dos organizaciones de la sociedad civil, inició una demanda penal. La parte de la demanda que estaba relacionada con el fraude tuvo como resultado final más de 20 imputaciones. La cuestión de la participación de las víctimas surgió cuando un grupo de ocho expacientes aceptaron una oferta mínima de conciliación y los abogados de las víctimas renunciaron. El tribunal de primera instancia resolvió que las demás víctimas y sus familiares no podían prestar declaración testimonial ni participar de otro modo en los procedimientos porque habían perdido su representación. No obstante, un tribunal de apelación revirtió esa sentencia y determinó que el debido proceso exigía que tuvieran la posibilidad de presentar pruebas⁴³. Hasta el momento, no ha habido condenados en relación con las muertes culposas, y aunque el tribunal de primera instancia condenó a varios hombres por fraude, las condenas se revocaron mediante un fallo judicial cuestionable que dictó un tribunal de alzada⁴⁴.

El caso de fraude en la licitación, contratación y construcción de la represa hidroeléctrica Agua Zarca en el río Gualcarque en Honduras parecería ser un ejemplo paradigmático de la necesidad de que las víctimas participen en

³⁹ *One train crash: Argentine ex-ministers jailed* [Accidente ferroviario: exministros argentinos condenados a prisión], BBC NEWS (29 de diciembre de 2015), <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-35196316>.

⁴⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Federal 2 [TOCF nro.2], 30/3/2016, "Córdoba, Marco Antonio y otros s/ inf. arts. 196, inc. 1 y 2 y 173, inc. 7º en función del 174 del CP" [Registro de sentencias nro. 1753 (CFP 1188/2013/TO1) (Arg.) (presentación del caso contra el ministro de Transporte sobre el accidente ferroviario que tuvo lugar el 22 de febrero de 2012)].

⁴¹ Nómada, *El pago de Pisa a los sobrevivientes del IGSS parece un gesto humano, pero busca algo más*, NÓMADA (27 de febrero de 2018) <https://nomada.gt/pais/la-corrupcion-no-es-normal/el-pago-de-pisa-a-los-sobrevivientes-del-igss-parece-un-gesto-humano-pero-busca-algo-mas/>.

⁴² *Id.* Ver también la investigación, que consta de tres partes, que llevó a cabo Insight Crime en este caso: Alex Papadovasilakis, *Social Insecurity: The Case of IGSS-Pisa in Guatemala* (diciembre de 2021), <https://insightcrime.org/investigations/social-insecurity-case-igss-pisa-guatemala/>.

⁴³ Nómada, nota supra 42.

⁴⁴ Insight Crime, nota supra 43.



procedimientos judiciales relacionados con hechos de gran corrupción. La construcción de la represa afectó directamente los medios de vida, la salud y la cultura de las comunidades indígenas que vivían río abajo⁴⁵. Varios líderes de la comunidad Lenca que denunciaban la corrupción y se oponían al proyecto fueron asesinados por orden de ejecutivos a cargo de la construcción de la represa y sus jefes de seguridad, que actuaban en connivencia con las autoridades públicas⁴⁶. Sin procesos de licitación y otorgamiento de licencias marcados por la corrupción, la represa nunca se hubiera construido; al menos, no de la misma manera⁴⁷. Una de las víctimas fue la renombrada activista Berta Cáceres, distinguida con el Premio Ambiental Goldman, que murió a causa de una agresión armada en su vivienda en marzo de 2016. A su vez, los miembros de la comunidad y las organizaciones de la sociedad civil tenían una postura escéptica respecto de que el Ministerio Público y demás órganos oficiales de Honduras pudieran representar de manera adecuada el interés público, dado que habían soportado maniobras sistemáticas orientadas a debilitarlos y enfrentaban fuertes presiones para que su accionar respecto de actores poderosos no fuera severo⁴⁸.

Originalmente, el caso fue investigado por la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH), respaldada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) y creada para fortalecer al Ministerio Público local⁴⁹. El Ministerio Público presentó un caso contra DESA, la empresa constructora de la represa, en marzo de 2019⁵⁰. Argumentó que el proceso de licitación, el informe de impacto ambiental y otros procesos para el otorgamiento de licencias habían sido irregulares, ilícitos y fraudulentos.

⁴⁵ Ver *Agua Zarca Dam Conflict in Honduras*, CLIMATE DIPLOMACY, <https://climate-diplomacy.org/case-studies/agua-zarca-dam-conflict-honduras> (consultado por última vez el 7 de octubre de 2021) (donde se brindan detalles del conflicto relacionado con la construcción de la represa Agua Zarca por parte de la compañía hondureña Desarrollos Energéticos S.A. (DESA)).

⁴⁶ Ver Nina Lakhani, *Backers of Honduran Dam Opposed by Murdered Activist Withdraw Funding*-THE GUARDIAN (4 de junio de 2017, 6:30 hora del Este);

<https://www.theguardian.com/world/2017/jun/04/honduras-dam-activist-bertha-caceres> (que describe la violencia comunitaria y los asesinatos de activistas renombrados que se oponían a la construcción de la represa Agua Zarca sobre el río Gualcarque en Honduras).

⁴⁷ Monte Reel, *Backers of Honduran Dam Opposed by Murdered Activist Withdraw Funding*, BLOOMBERG GREEN (14 de septiembre de 2020, 7:00 AM),

<https://www.bloomberg.com/features/2020-blood-river-hydroelectric-power-honduras/> (donde se analizan los asesinatos de activistas hondureños y los juicios por esos crímenes, que no tuvieron resultados satisfactorios).

⁴⁸ Julia Aikman Cifuentes y Adriana Beltrán, *A Year of Setbacks to Honduras' Anti-Corruption Efforts*, WOLA COMMENTARY (4 de febrero de 2021), <https://www.wola.org/analysis/honduras-anti-corruption-efforts/>.

⁴⁹ Ver Charles Call, *Fleeting Success: The Legacy of Honduras' International Anti-Corruption Mission* 8 (AM. UNIV. CTR. FOR LATIN AM. & LATINO STUD., Working Paper Series No. 27, junio de 2020),

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3633943# (donde se analiza el impacto de la MACCIH y la misión de la OEA en Honduras)

⁵⁰ Proceso Digital, *El estatus de los casos MP-Maccih*, PROCESO DIGITAL (6 de diciembre de 2020, 10:25 PM), <https://proceso.hn/el-estatus-de-los-casos-mp-maccih/>.



Aparentemente, a DESA se le otorgó el contrato sin que participara en un proceso de licitación y la evaluación de impacto ambiental no cumplía con ninguno de los requisitos legales, entre ellos la consulta con las comunidades indígenas de la región. Se presentaron cargos contra 16 acusados, que incluían fraude, abuso de autoridad, violaciones de los deberes de los funcionarios públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y falsificación de documentos.

El tribunal de primera instancia aceptó, ante una impugnación de la defensa, el derecho del Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras, conocido como COPINH, a presentarse como parte civil en el caso de corrupción, y autorizó a sus abogados a tener acceso a la documentación y las audiencias⁵¹. La jueza utilizó la definición de las Naciones Unidas, que entiende que las víctimas son “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños [...] como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente”⁵². También se refirió al Convenio de la OIT N.º 169 (sobre Pueblos Indígenas y Tribales), que requiere el consentimiento libre, previo e informado antes de que se tomen medidas que podrían afectar los derechos de los pueblos indígenas. La jueza consideró que COPINH era una víctima indirecta de los delitos imputado. Los acusados apelaron esta decisión.

La Corte de Apelaciones, en una sentencia dictada el 28 de agosto de 2019, manifestó que coincidía con los acusados respecto de que la COPINH no podía ser considerada parte⁵³. Esta decisión se basó en dos disposiciones procedimentales contempladas en la legislación nacional. El primer lugar, el artículo 17 del Código Procesal Penal⁵⁴ define a las víctimas como aquellas personas directamente ofendidas por el delito, lo cual incluye el Estado y demás entes públicos o privados; los familiares en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido y los socios de una sociedad mercantil o civil respecto de los delitos que la afecten, como así también los comuneros con respecto al patrimonio proindiviso. La Corte presumió que solamente se aplicaba la disposición sobre la organización civil, pero luego la interpretó de manera limitada como una referencia exclusiva a intereses comerciales o patrimoniales que, según el criterio de este tribunal, no estaban implicados en este asunto. A su vez, el Convenio de la OIT N.º 169 ya había sido interpretado como una obligación meramente

⁵¹ *Violence, Corruption & Impunity in the Honduran Energy Industry: A profile of Roberto David Castillo Mejía*, DUE PROCESS L. FOUND 17 (agosto de 2019), <http://www.dplf.org/sites/default/files/violence-corruption-impunity-a-profile-of-roberto-david-castillo.pdf>.

⁵² Res. A. G. 40/34, ¶ A(1) (29 de noviembre de 1985).

⁵³ Corte de Apelaciones de lo Penal con Competencia Nacional en Materia de Corrupción, 28/8/2019, “Auto s/ Recurso de Apelación de la Defensa.” (Exp. 13-2019) (Hon.); ver también Centro de Estudio Sobre la Democracia (CESPAD), *Caso Fraude sobre el Gualcarque: arbitrariedad procesal y exclusión de las víctimas*, CESPAD (2021), <http://cespad.org/hn/wp-content/uploads/2021/08/Gualcarque-WEB.pdf> (donde se incluyen informes sobre las decisiones judiciales y las reformas estructurales posteriores al caso de Fraude sobre el Gualcarque).

⁵⁴ Código Procesal Penal, art. 17 (1999) (Hon.), <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/PPP-RefDPI.pdf>.



“programática” por la Corte Suprema de Justicia, de manera que el resultado no se modificó. En segundo lugar, la Corte señaló que el presente caso no comporta violaciones de derechos humanos, y que en ese supuesto la víctima habría estado facultada a intervenir. La única víctima era el Estado porque el interés protegido es la fe pública y la administración del Estado. El daño ambiental a las comunidades ribereñas tampoco resultaba suficiente, porque el objetivo del juicio no era remediar ese daño. Las víctimas presentaron un recurso de amparo ante la Corte Suprema, el 4 de noviembre de 2019.

Más de 18 meses después, el 10 de agosto de 2021, la Corte Suprema se pronunció, de manera unánime, a favor de la COPINH⁵⁵. La Corte fundamentó su decisión en el derecho de los derechos humanos y en el Convenio N.º 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas; en particular, el derecho a la participación de los pueblos indígenas en decisiones que afectan sus intereses. Determinó que la COPINH representaba a la comunidad lenca y otros pueblos indígenas, quienes tenían intereses concretos en los derechos sobre el agua y las tierras en este caso y, por tal razón, se constituían en “víctimas”. La Corte se remitió a la definición de la ONU sobre víctimas, al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el acceso a la justicia como un derecho, y a las disposiciones sobre debido proceso de la constitución hondureña⁵⁶. Permitir que la COPINH tuviera una participación plena en el caso no obstaculizaría la administración de justicia, pero sí aportaría transparencia y objetividad⁵⁷. Si bien la sentencia se refirió a los derechos de las organizaciones de interés público, fue una decisión limitada, basada en los derechos colectivos y territoriales específicos de la comunidad indígena lenca, y distinguió el caso de COPINH cuidadosamente del derecho general de las entidades legales a ser clasificadas como víctimas. Como resultado, todos los procedimientos posteriores a la exclusión de COPINH se anularon, y el caso se volverá a juzgar con plena participación de las víctimas⁵⁸.

El caso DESA no es el único en Honduras donde el daño directo es relativamente fácil de establecer. En el caso Pandora, legisladores corruptos y sus aliados crearon dos fundaciones fantasma para recibir fondos internacionales, supuestamente con fines de desarrollo agrícola, diversificación de cultivos, escuelas rurales y ayuda a madres adolescentes en zonas rurales⁵⁹. Sin embargo,

⁵⁵ Recurso de Amparo Penal SCO 0974/2019, Sala Constitucional, Corte Suprema de Honduras (Hon.).

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.* (considerando) en 18.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de lo Penal con Competencia Nacional en Materia de Corrupción, 1/9/2021, “Auto Motivado del 1 de sept. de 2021”, (Exp. 13-2019) (Hon.), <https://copinh.org/wp-content/uploads/2021/09/Gualcarque.-Corte-A.-Expediente-13-2019..pdf> (donde se plantea el razonamiento que subyace a la inclusión de la COPINH en el asunto ante la Corte).

⁵⁹ Proceso Digital, *UFECIC presenta caso “Pandora” que involucra a 38 funcionarios y diputados en corrupción*, PROCESO DIGITAL (13 de junio de 2018, 6:02 PM) <https://proceso.hn/ufecic-mp->



USD 11,7 millones del dinero se destinaron a financiar, de manera ilegal, campañas políticas⁶⁰. Entre los imputados había exministros, exfuncionarios de las secretarías de Agricultura y Finanzas, directores de fundaciones y destacados empresarios. La Corte de Apelaciones de Honduras en 2020 cerró las causas contra 22 de los 28 imputados⁶¹. Las localidades y grupos específicos que supuestamente recibirían los fondos, según los proyectos financiados, argumentaron que debía corresponderles un derecho como víctimas⁶². No obstante, cuando intentaron intervenir en la apelación del cierre del caso, la Corte Suprema les negó la posibilidad de tener acceso a las actuaciones⁶³.

En estos casos, el denunciante puede accionar por intereses que son específicamente propios, como individuos o como grupo. En otros casos, la diferencia entre las víctimas individuales o grupales que representan sus propios intereses y las que representan los intereses más difusos de los contribuyentes o la sociedad en su conjunto es menos clara. Un ejemplo es el de un caso mexicano relacionado con sobornos en la construcción de autopistas que se utilizaron para financiar campañas políticas en el Estado de México. El senador Emilio Álvarez y Ana Riojas, miembro de la asamblea federal, quienes iniciaron la demanda en primer término, presentaron un recurso de amparo para solicitar que se revirtiera la decisión del tribunal de primera instancia que les había negado la posibilidad de acceder al expediente en calidad de “víctimas”. Citaron la evolución de las normas jurídicas nacionales e internacionales (incluida la UNCAC) para facilitar un mayor acceso de las víctimas a las actuaciones en procedimientos penales. Hicieron referencia al artículo 20 de la Constitución de México, que establece los derechos de las víctimas, el artículo 108 del Código Nacional de Procedimientos Penales y el artículo 4 de la Ley de Víctimas de 2013, que reza: “Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte”⁶⁴. Aquí, la

presenta-caso-pandora- que-involucra-a-38-funcionarios-y-diputados-en-corrupcion/ (donde se describe el caso Pandora, una acción por presunta malversación de fondos y fraude de determinados funcionarios públicos hondureños).

⁶⁰ Proceso Digital, *El estatus de los casos MP-Maccih*, PROCESO DIGITAL (6 de diciembre de 2020, 10:25 PM), <https://proceso.hn/el-estatus-de-los-casos-mp-maccih/>.

⁶¹ EL CASO PANDORA: UN FALLO ALEJADO DE LA NORMATIVA JURÍDICA NACIONAL Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES, CENTRO DE ESTUDIO PARA LA DEMOCRACIA (enero de 2020), <http://cespad.org.hn/wp-content/uploads/2021/01/Caso-Pandora-WEB-correcto.pdf> (que analiza en profundidad la sentencia del 19 de julio de 2020).

⁶² *Id.* en 22.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Interpuesto por el Consejo para el Desarrollo Integral de la Mujer (20 de abril de 2021) (Hon.) (sentencia en el archivo de la autora).

⁶⁴ *Id.* Ley General de Víctimas [LGV] Art. 4, Diario Oficial de la Federación [DOF] 09-01-2013, (Méx.).



violación es al derecho a no sufrir corrupción. Al menos un tribunal de primera instancia ya había coincidido con lo sostenido por los demandantes⁶⁵.

El tribunal de primera instancia trató la cuestión como de legitimación, y determinó que, para solicitar ese recurso, los demandantes debían demostrar que sus derechos o sus intereses individuales o colectivos, se habían visto afectados. El interés genérico de la sociedad no se consideraba suficiente; debía haber en juego intereses individuales o grupales específicos⁶⁶. Luego, el tribunal determinó que simplemente haber denunciado la conducta ilegal ante las autoridades judiciales no resultaba suficiente para convertir a los demandantes en víctimas. No habían sufrido personalmente daños físicos ni pérdidas económicas, y tampoco habían recibido un impacto negativo en un derecho fundamental como resultado de los presuntos delitos cometidos por los acusados; en todo caso, la afectada había sido la sociedad en su conjunto⁶⁷.

El tribunal de apelaciones se manifestó en desacuerdo⁶⁸. Consideró que la definición de víctima ha cambiado en la legislación mexicana con el transcurso del tiempo, y que el nuevo esquema constitucional posterior al año 2000 contempla una definición progresiva y otorga a las víctimas un estatus equivalente al de los autores de delitos, lo cual incluye la participación en procedimientos penales. Anteriormente, la Corte Suprema de Justicia de México había determinado que las víctimas pueden objetar (a través del amparo) que la fiscalía no presente una acusación, en virtud del derecho a recibir reparaciones que asiste a las víctimas cuando se dicta una sentencia de culpabilidad⁶⁹. Aquí, el tribunal entendió que era necesaria una interpretación amplia de los derechos de las víctimas teniendo en cuenta la gran cantidad de jurisprudencia del sistema interamericano y dada la importancia, cada vez mayor, de los reclamos colectivos o supraindividuales. Media vez que el tribunal reconociera los reclamos colectivos, solo faltaba un pequeño paso más para que se incluyera la lucha contra la corrupción como un reclamo de esa naturaleza; que, por lo tanto, cualquier miembro de la sociedad que se viera afectado pudiera levantar. El tribunal impuso dos límites: el reclamante debe ser parte de la comunidad afectada y debe presentar, de manera activa, una denuncia sobre el presunto delito⁷⁰. Aquí, estos requisitos se cumplieron con facilidad y, de ese modo, los dos legisladores tuvieron derecho, en su calidad de víctimas, a recibir copias del expediente y a participar plenamente en los procedimientos.

⁶⁵ Adriana Greaves y Estefanía Medina, *Corrupción Nunca Más Un Delito Sin Víctimas*, MEXICANOS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD (27 de marzo de 2021), <https://contralacorrupcion.mx/corrupcion-nunca-mas-un-delito-sin-victimas>.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Emilio Álvarez Icaza Longoria y Ana Lucía Riojas Martínez, Octavo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito [TCC] R.P. 104/2020 (Méx.) (en los archivos de la autora).

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

Commented [G2]: Confirm. Source says < file a complaint about >



Otro caso reciente llegó a la misma conclusión a través de procedimientos administrativos en lugar de un juicio penal. La Corte Suprema de México determinó que las reformas introducidas en 2016, que crearon la Ley General de Responsabilidades Administrativas como parte de un paquete de leyes contra la corrupción, cambiaron el rol del denunciante, quien pasó de ser un simple espectador a tener una participación central en la investigación y los procedimientos subsiguientes⁷¹. Así, dejó sin efecto su jurisprudencia restrictiva anterior, y citó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los tratados contra la corrupción para determinar que, en los casos en que las autoridades deciden no iniciar un procedimiento administrativo pese a haberse presentado una denuncia, esto afecta la intención del denunciante de que se investiguen las irregularidades y, de ese modo, se combata la corrupción de manera eficaz, tal como se propuso hacerlo la reforma constitucional. Además, al mismo tiempo, se anula la capacidad del denunciante para intervenir activamente en el procedimiento como tercero, para argumentar, presentar pruebas e incluso para manifestar su desacuerdo con decisiones que determinen que no exista responsabilidad administrativa. De este modo, “es a través de los denunciantes que se puede recurrir a una contraloría social que se sobreponga a la incapacidad del Estado para combatir el fenómeno de la corrupción”⁷². El denunciante ya no es un mero observador y tiene capacidad para participar plenamente en los procedimientos administrativos contra empleados públicos⁷³. No obstante, dado que este es un procedimiento administrativo que tiene por objeto sancionar al funcionario público, no hay reparaciones disponibles para el denunciante.

B. Organizaciones de la sociedad civil que representan intereses difusos

Una segunda manera de lograr la participación de las víctimas es a través de organizaciones que las representen. Las leyes de varios países habilitan a organizaciones de interés público a intervenir, al menos en algunas ocasiones, en casos relacionados con los intereses que representan —por ejemplo, Argentina, Brasil, Ecuador, Perú, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Venezuela y Bolivia—⁷⁴. Otros países permiten una legitimación amplia a través

⁷¹ Responsabilidades Administrativas, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, Pleno de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Undécima Época, 06/2001, Caso 29993 (Méx.), <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=29993&Clase=DetalleTesisEjecutorias>.

⁷² *Íd.* en 2.

⁷³ *Íd.* en 2.

⁷⁴ Código de Processo Penal [CPP], art. 37 (Brasil); Código de Procedimiento Penal [CPP], arts. 76(4), 78 (Bol.); Código Procesal Penal [CPP], Proc. art. 70 (Costa Rica); Código Procesal Penal Comentado [CPPC], art. 12(4), 302 (El Salv.); Código Procesal Penal [CPP], art. 117(4), 302 (Guat.) Código Procesal Penal [CPP], art. 70 (Para.); Código Procesal Civil, [Cód. Proc. Civ.] art. 82 (Perú). Código Proceso Penal [Cód. Proc. Pen.] arts. 118, 301 (Venez.); *ver también Hacia el reconocimiento de la querrela colectiva en causas de corrupción*, ASOCIACIÓN





del antiguo principio romano conocido como “acción popular” (*actio popularis*). Los países que siguen este principio suelen permitir que “cualquier persona” demande al Gobierno por no aplicar la ley⁷⁵.

Por lo tanto, las organizaciones ambientales pueden representar los derechos del medioambiente o de elementos de la naturaleza, las organizaciones de derechos del consumidor pueden representar los derechos de los consumidores, y las organizaciones de lucha contra la corrupción pueden representar los intereses de las víctimas en procedimientos de corrupción. Los tribunales hacen referencia a daños colectivos (que afectan a un grupo específico e identificable como tal) y daños difusos (que afectan a la sociedad en su conjunto o a subgrupos de personas no organizados)⁷⁶. Si bien la mayoría de estas leyes están orientadas al interés público, o a los intereses difusos o colectivos en general, la Argentina admite (desde 2009) la representación del interés público en casos de crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos, y también lo hace Costa Rica específicamente en casos de corrupción. Brasil acepta la intervención de organizaciones de interés público cuando la fiscalía no ha actuado dentro del plazo previsto legalmente; la fiscalía puede retomar el control del caso en cualquier momento.

Varios países admiten que las organizaciones ambientales están legitimadas a actuar en casos que implican la protección del medioambiente, y ese tipo de legitimación se promueve en tratados como los acuerdos de Aarhus y Escazú⁷⁷. De hecho, los litigios relativos al clima y al medioambiente pueden resultar una buena fuente de inspiración y de jurisprudencia sobre intereses difusos y legitimación para la defensa del interés público, así como sobre el nexo causal necesario entre

CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA [ACIJ] (2018), <https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2018/12/Hacia-el-reconocimiento-de-la-querrela-colectiva-en-causas-de-corrupcion.pdf> (donde se analizan los derechos consagrados en diversos códigos de procedimiento penal latinoamericanos).

⁷⁵ En varios países de la región, así como en España y otros países europeos, se utilizan distintas versiones de la “acción popular”. Juanjo Escopet, *La Acción Popular en Otros Países* (octubre de 2019), disponible en Scribd.

⁷⁶ GEORGE PRING Y CATHERINE PRING, GREENING JUSTICE: CREATING AND IMPROVING ENVIRONMENTAL COURTS AND TRIBUNALS -6 (2009), <https://perma.cc/YB2H-U45Y> (donde se identifica al daño ambiental como daño difuso y se señalan las diferencias que existen en las interpretaciones judiciales y de los comentaristas con respecto a los intereses colectivos y difusos).

⁷⁷ Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, art. 4, 25 de junio de 1998, 2161 U.N.T.S. 447.

<https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (en el que se enumeran los requisitos para estar legitimado para iniciar acciones en virtud del Convenio de Aarhus); ver también Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, art. 5, 4 de marzo de 2018, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/S1800429_es.pdf?sequence=4&isAlloved=y (en el que se enumeran los requisitos para estar legitimado para iniciar acciones en virtud del Acuerdo de Escazú).





los actos de corrupción y el daño. Por ejemplo, en el caso *Neubauer c. Alemania* iniciado por jóvenes activistas para exigir que Alemania estableciera medidas para mitigar el cambio climático a más largo plazo, el tribunal sostuvo que el hecho de que los efectos del cambio climático afectarán a prácticamente todas las personas que viven en Alemania no impedía que los jóvenes demandantes se vieran afectados en sus propios derechos y que, por lo tanto, tenían legitimación activa⁷⁸.

La serie de casos conocida como “Bienes Malhabidos” (*Biens Mal Aquis*) en Francia dio nuevo impulso a la legitimación de organizaciones para intervenir en procedimientos de corrupción. En ese caso, las organizaciones de la sociedad civil Transparencia Internacional y Sherpa denunciaron a los líderes políticos de Guinea Ecuatorial, Congo y Gabón, y a sus familias, por su participación en actos de corrupción a gran escala vinculados con activos robados de sus países y ubicados ahora en Francia. El Tribunal de Casación francés (el más alto tribunal en asuntos penales) decidió que las organizaciones estaban legitimadas, ya que habían resultado específicamente afectadas en su calidad de organizaciones que combatían la corrupción. En el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal francés⁷⁹ se exige que, para ser considerado víctima y poder actuar en la causa penal, se demuestren los perjuicios sufridos. Se consideró que los actos de corrupción denunciados fueron suficientes como generar efectos personales y directos en las organizaciones denunciadas y, por lo tanto, se admitió su participación en el juicio penal incluso sin una autorización específica de la Legislatura⁸⁰. Como consecuencia, se despojó al hijo del presidente de Guinea Ecuatorial de la mansión que este tenía en París, entre otros bienes⁸¹.

Las organizaciones han solicitado poder ver los archivos y las pruebas, poder proponer e interrogar testigos, y dirigirse al tribunal cuando se establezca la condena. Por lo general, los expedientes penales están cerrados salvo para las partes, incluidas aquellas designadas como víctimas. En este caso, la meta de las organizaciones es aportar nuevas pruebas y perspectivas y cerciorarse de que el caso se procese de manera diligente.

Así, en la Argentina, los tribunales han sostenido que las organizaciones civiles de lucha contra la corrupción puedan acceder al expediente del caso en tanto ello no implique problemas de privacidad de las partes ni se revelen detalles de la

⁷⁸ *Constitutional Complaints against the Federal Climate Change Act Partially Successful*, BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (29 de abril de 2021), <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-031.html>.

⁷⁹ *CODE DE PROCÉDURE PÉNALE [CÓD. PR. PEN.]*, art. 2 (Fr.).

⁸⁰ Cour de cassation [Cas.] [corte suprema para cuestiones judiciales] crim., 9 de noviembre de 2010, Gac. penal. n.º 09-88- 272 (Fr.).

⁸¹ *Paris Villa of Equatorial Guinea Leader's Son Obiang Seized*, BBC (3 de agosto de 2012), <https://www.bbc.com/news/world-africa-19120379>. Ver, en general, *Teodorin Obiang Definitively Convicted In The "Ill-Gotten Gains" Case: A Decision That Puts The Final Dot On The Chapter Of Confiscation And Opens The Restitution One* (29 de julio de 2021), <https://www.asso-sherpa.org/teodorin-obiang-definitively-convicted-in-the-ill-gotten-gains-case-a-decision-that-puts-the-final-dot-on-the-chapter-of-confiscation-and-opens-the-restitution-one>.



estrategia de persecución penal. En un caso popularmente conocido como “Coimas en el Senado”, los tribunales argentinos procesaron al expresidente De la Rúa y a otros altos funcionarios por actos de cohecho relacionados con la política⁸². Dos ONG que luchaban contra la corrupción solicitaron acceso al expediente del caso. El tribunal federal con asiento en Buenos Aires concluyó que las organizaciones que defendían intereses colectivos se encontraban en una situación semejante a la de las víctimas individuales en cuanto a sus derechos legales y que eran, por lo menos, víctimas potenciales. Por lo tanto, las regulaciones que limitaban el acceso al expediente del caso a fiscales y partes no eran absolutas y debían ceder en pro del interés en la transparencia y el acceso público que sustentaban las reformas procesales (recientes en ese momento) de la Argentina. Este interés se limitaba a los documentos judiciales del caso y no se extendía a la información personal sobre los demandados.

Otro caso argentino relaciona directamente el acceso de las organizaciones de lucha contra la corrupción con criterios de derechos humanos. Una organización de lucha contra la corrupción (Fundación Poder Ciudadano) intervino como querrelante penal en un caso de corrupción. Los imputados objetaron que el código de procedimiento penal solo permite la intervención de grupos de la sociedad civil como denunciante en casos de crímenes de lesa humanidad o graves violaciones de derechos humanos⁸³. Sostuvieron que la ley en cuestión se refiere a casos de muerte, tortura y desapariciones forzadas consecuencia del “terrorismo de Estado”, y no de actos de corrupción. El Tribunal Federal de La Plata (Sala 2) no estuvo de acuerdo y concluyó que, dado que los actos de corrupción afectan a una amplia gama de derechos humanos, y la organización se creó para lidiar con ese tipo de actos, sí se cumplían los requisitos de la ley⁸⁴. En calidad de denunciante, la organización podía participar en los procedimientos, convocar a testigos y asegurarse de que el caso avanzara.

Los tribunales mexicanos, a pesar de estar abiertos a que se presentaran denunciante individuales en representación del interés público, han sido más reanuentes a aceptar a organizaciones, en especial, en casos resonantes, en los que es evidente que la intervención tiene por objeto evitar que se celebren acuerdos basados en la colusión entre acusados y fiscales. Por ejemplo, en el proceso contra el exgobernador de Veracruz, Javier Duarte —que se suponía había robado no

⁸² Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal [JNCC], 28/12/2005, “Incidente de asociación civil por la igualdad y la justicia”, La Ley [Art] (149 CPPN) (Arg.).

⁸³ CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN, art. 82 (Arg.) (“Intereses colectivos. Las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, podrán constituirse en parte querrelante en procesos en los que se investiguen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados”).

⁸⁴ Participación Ciudadana, *En Un Fallo Sin Precedente, La Justicia Permitió a Poder Ciudadano Ser Querrelante en Causa de Corrupción*, PODER CIUDADANO (11 de junio de 2018), <https://poderciudadano.org/en-un-fallo-sin-precedente-la-justicia-permitio-a-poder-ciudadano-ser-querrelante-en-causa-de-corrupcion/>.



menos de USD 35 millones y (como mínimo) había permitido que quedaran impunes asesinatos de periodistas y de otras personas— se celebró un acuerdo de negociación de la pena en virtud del cual los cargos se redujeron de manera significativa y se condenó a Duarte a nueve años de prisión, una sentencia bastante breve si se tiene en cuenta la gravedad de los delitos⁸⁵. TOJIL, una ONG que lucha contra la corrupción, alegó que esa condena breve reflejaba que se había negociado un acuerdo indebido, en el que habían mediado sobornos a fiscales, y solicitó una investigación. También solicitó poder participar en esa investigación en calidad de víctima. Un tribunal inferior admitió, en principio, la petición sobre la base de argumentos similares a los mencionados, pero un tribunal de apelación revocó esa decisión por dos votos contra uno; la mayoría concluyó que los demandantes no habían demostrado haber sufrido un perjuicio legalmente justiciable, que no existía un derecho a vivir en una sociedad sin corrupción y que una organización de derechos humanos solo podía reclamar la condición de víctima si sus miembros habían sido hostigados o habían recibido amenazas como consecuencia de sus actos⁸⁶. TOJIL ha solicitado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tome el caso; la admisibilidad de la solicitud aún se encuentra en estudio⁸⁷.

En otro caso emblemático, la fiscalía se negó a permitir que esa misma organización interviniera en la causa penal contra el ejecutivo de PEMEX (empresa petrolera estatal mexicana) Enrique Lozoya, por corrupción a gran escala, un caso vinculado con el escándalo de sobornos de Odebrecht. La organización, ahora respaldada por el Ministerio del Interior de México, ha apelado esa decisión mediante una acción de amparo⁸⁸.

En síntesis, de a poco los tribunales están abriendo la posibilidad de que las víctimas presenten reclamos basados en consideraciones de derechos humanos, aunque, obviamente, les preocupa excederse y están buscando principios que limiten esa posibilidad. A la fecha, esos principios incluyen determinadas obligaciones en virtud de tratados (como el Convenio 169 de la OIT) o admitir a partes como demandantes en el caso, no solo como partes interesadas.

IV. Reparaciones por hechos de corrupción

Obviamente, el otro motivo por el que las víctimas desean participar en casos de corrupción es obtener reparaciones por el daño sufrido. En general, esas reparaciones pueden conseguirse en juicios civiles, como beneficiarios de procedimientos administrativos contra funcionarios estatales o participando como acusadores particulares o

⁸⁵ Kate Linthicum y Patrick J. McDonnell, *Ex-Mexican governor accused of embezzling billions just got 9 years in prison. Many think that's not enough*, L.A. TIMES, (27 de septiembre de 2018).

⁸⁶ Atención y determinación, FED/VG/UNAI-CDMX/0000435/2018, Diario Oficial de la Federación [DOF], 04-10-2018 (Méx.).

⁸⁷ *Caso de Javier Duarte*, TOJIL, <https://tojil.org/english-respaldo>.

⁸⁸ Arturo Angel, *Inteligencia Financiera Pide a Jueza Reconocer a ONG Como Víctima en Caso Lozoya y Darle Acceso al Proceso*, ANIMAL POLITICO (17 de abril de 2021), <https://www.animalpolitico.com/2021/04/lozoya-uif-ong-corrupcion-victima/>.



querellantes privados en casos penales iniciados por el Estado. En los países donde esto es posible, muchas víctimas prefieren recurrir a la vía penal, en parte porque el Estado se hace cargo de los costos de investigación y procesamiento del caso. A menudo, los juicios civiles están sujetos a plazos de prescripción cortos, al pago de cauciones y a otros obstáculos procesales, en especial cuando los demandados son actores privados o funcionarios estatales poderosos.

A pesar de lo establecido en el artículo 35 de la UNCAC, los avances en cuanto a las reparaciones a entidades o personas perjudicadas en casos de corrupción a gran escala han sido escasos. En algunas ocasiones, se han pagado indemnizaciones por muertes o lesiones culposas vinculadas con actos de corrupción, pero el vínculo con la corrupción nunca se hace explícito. La implementación de una política de reparaciones integrales se enfrenta a grandes obstáculos, como la falta de acceso a información y la falta de experiencia para definir, comprobar y presentar dictámenes periciales sobre qué deberían comprender los daños y perjuicios y otras reparaciones. Hay pocos casos en los que se otorguen reparaciones económicas o de otro tipo a personas o grupos de interés público, en parte, debido a que la mayoría de los casos aún no han llegado a la etapa de sentencia.

Sin embargo, los tribunales pueden extraer enseñanzas de la experiencia en la región en cuanto a la implementación de programas de reparación en casos de violaciones graves de derechos humanos. En ese contexto, se ha pasado de un marco de indemnizaciones focalizado exclusivamente en daños y perjuicios pecuniarios individuales a una perspectiva mucho más amplia y compleja sobre lo que se encuentra en juego. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Derecho a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones establecen un marco conocido que abarca la restitución, la rehabilitación, la indemnización y las garantías/medidas de no repetición⁸⁹. En los Principios también se deja claro que no las reparaciones no son solamente monetarias, sino que puede tratarse del restablecimiento de la ciudadanía, la reincorporación a un empleo, la rehabilitación médica o psicosocial, o una amplia diversidad de medidas de reforma. Otros trabajos con respecto a las reparaciones integrales han hecho hincapié en que pueden ser tanto materiales como simbólicas, y tanto individuales como colectivas⁹⁰.

Dado el alcance de los daños y este marco de “reparaciones integrales”, la mayoría de las reparaciones por violaciones graves de derechos humanos no se han concedido en procedimientos judiciales individualizados. Más bien, obedecen a programas gubernamentales administrativos; éstos ya no intentan colocar a la víctima de nuevo en la situación en la que habría estado de no haber existido la violación y, en lugar de eso, se concentran en el reconocimiento, la dignificación y la concesión de reparaciones colectivas

⁸⁹ Res. A. G. 60/147, ¶ 3, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (16 de diciembre de 2005).

⁹⁰ Ver p. ej., Naomi Roht-Arriaza, *Reparations Decisions and Dilemmas*, 27 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 157 (2004); *The Handbook of Reparations*, 56 AM. J. COMP. L. 236, 238 (2008) (reseña de libro).

Commented [G3]: Confirm. Source reads:

< ...in part because most cases have not yet reached a post-verdict stage. >



y reparaciones individuales limitadas⁹¹. En Colombia (pero no en otros lugares), la restitución de tierras ha sido sujeto de procedimientos cuasi judiciales⁹². En todas partes esos programas han implicado, al menos, un compromiso declarado para con la rehabilitación psicosocial y médica y una amplia variedad de reformas, aunque en la práctica a menudo no hayan llegado a concretarse según lo previsto.

Otra lección extraída de las prácticas de reparaciones hasta la fecha en la región es que las reparaciones individuales pueden ser limitadas y resultar conflictivas en situaciones de daños generalizados o colectivos. Estos programas han estado acompañados de disputas intrafamiliares, de la marginación de mujeres y niños relativo a las indemnizaciones⁹³ y del aumento en la cantidad de oportunistas y estafadores locales. La mayoría de las encuestas sin embargo indica que las víctimas desean una indemnización individual⁹⁴. Las reparaciones colectivas, por lo general, han hecho hincapié en el acceso a infraestructura educativa y sanitaria y en el desarrollo económico (como electrificación, construcción de caminos y acceso a los mercados), lo que ha generado debates con respecto a si las funciones gubernamentales básicas ahora pueden rebautizarse como “reparaciones”⁹⁵. Todos estos debates son pertinentes para un abordaje más creativo sobre las reparaciones en el contexto de la corrupción a gran escala. Puede ser que también en este caso lo más razonable sea otorgar algún tipo de reparación administrativa.

En casos de violaciones graves de derechos humanos y de delitos internacionales, las normas de derechos humanos (en especial, en América) prohíben conceder amnistías incondicionales y limitan el uso de prescripciones u otros mecanismos de inmunidad. Sin embargo, en determinadas circunstancias, las amnistías condicionales que exigen contar la verdad, restituir activos robados y comprometerse a no tomar las armas han sido, aparentemente, aceptables, como es el caso del Sistema Integral de Verdad, Justicia,

⁹¹ PABLO DE GREIFF, REPAIRING THE PAST: COMPENSATION FOR VICTIMS OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS 4, 10, 12, 13, 15, 17 (2006).

⁹² Ver, p. ej., Philipp Wesche, *Business Actors and Land Restitution in the Colombian Transition from Armed Conflict*, 25 INT'L J. HUM. RTS. 295, 300-01 (2021).

⁹³ Ruth Rubio-Marin, WHAT HAPPENED TO THE WOMEN? GENDER AND REPARATIONS FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS (Social Science Research Council, 1.^a ed. 2006).

⁹⁴ Ver p. ej., PHUONG PHAM Y OTROS, SO WE WILL NEVER FORGET: A POPULATION-BASED SURVEY ON ATTITUDES ABOUT SOCIAL RECONSTRUCTION AND THE EXTRAORDINARY CHAMBERS IN THE COURTS OF CAMBODIA 43 (enero de 2009); PATRICK VINCK Y PHUONG PHAM, BUILDING PEACE SEEKING JUSTICE: A POPULATION-BASED SURVEY ON ATTITUDES ABOUT ACCOUNTABILITY AND SOCIAL RECONSTRUCTION IN THE CENTRAL AFRICAN REPUBLIC 35 (agosto de 2010); PATRICK VINCK, A POPULATION-BASED SURVEY ON ATTITUDES ABOUT SECURITY, DISPUTE RESOLUTION, AND POST-CONFLICT RECONSTRUCTION IN LIBERIA 66 (junio de 2011); PHUONG PHAM Y PATRICK VINCK, TRANSITIONING TO PEACE: A POPULATION-BASED SURVEY ON ATTITUDES ABOUT SOCIAL RECONSTRUCTION AND JUSTICE IN NORTHERN UGANDA 44-45 (diciembre de 2010).

⁹⁵ Naomi Rohit-Arriaza y Katherine Orlovsky, *A Complementary Relationship: Reparations and Development*, *Intl. Cr. For Transnat'l Just.*, julio de 2009, <https://www.ictj.org/publication/complementary-relationship-reparations-and-development>.



Reparación y No Repetición de Colombia⁹⁶. En el contexto de la corrupción a gran escala, el derecho internacional actual no limita ni las amnistías ni los acuerdos de negociación de rebaja de la pena, que son comunes. ¿Deben limitarse esos acuerdos teniendo en cuenta que las autoridades tienen la tendencia a ser más benévolas con los poderosos? ¿Deben los acuerdos estar sujetos al monitoreo o la verificación continua de su cumplimiento, de que se brinde una disculpa o de que las personas condenadas queden inhabilitadas para futuros empleos o relaciones con contratos estatales? ¿Debe aplicarse a los casos de corrupción a gran escala (para los cuales es igualmente difícil encontrar pruebas y que se presentan igualmente contra actores poderosos que pueden lograr su impunidad) la lógica que subyace a los plazos de prescripción extensos o a la prórroga judicial de plazos de prescripción en casos donde el infractor no puede ser llevado ante la justicia? Hasta la fecha, incluso en el contexto de los delitos internacionales, los casos que plantean estas preguntas en casos de reparaciones han tenido respuestas mixtas⁹⁷.

¿Cómo serían las reparaciones? A veces, esto es fácil de determinar: cuando los bienes han sido robados mediante el uso de la fuerza o bajo coacción, o se han pagado precios de venta de liquidación, como en Colombia⁹⁸ o Nayarit (México)⁹⁹, corresponde decidir la restitución del propio bien o de los fondos robados, más una cantidad en concepto de daño moral. Cuando una persona, comunidad o grupo específico ha sufrido lesiones físicas o muerte culpable debido a un desperfecto o a la falta de funcionamiento de equipos adquiridos como parte de un mecanismo fraudulento, como en los casos del mantenimiento de trenes o de los respiradores en casos de COVID-19, las víctimas deberían tener la opción de incorporarse a la causa penal por corrupción, iniciar un caso civil por separado por actos culpables o de negligencia, o seguir ambas vías y recibir indemnizaciones

⁹⁶ *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR)*, https://www.jep.gov.co/Infografas/SIVJRNR_ES.pdf (donde se describe el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición de Colombia).

⁹⁷ Ver casos de Chile, en los que se decidió que las reparaciones por delitos internacionales, como las desapariciones forzadas, no prescriben, en comparación con casos de la Argentina, en los que se concluyó que, aunque los delitos en sí mismos no prescriben, sí lo hacen las acciones por reparaciones civiles por esos mismos delitos. Caso Chile, ver: Corte Suprema, N.º 2080-08, *Ortega Fuentes, María Isabel con Fisco de Chile* (8 de abril de 2010), reproducido en Carlos Céspedes Muñoz, *Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Revista de Derecho y Ciencias Penales N.º 16 (131-150), 2011, Universidad San Sebastián (Chile). Ver también la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Órdenes Guerra y otros c. Chile, (29 de noviembre de 2018), Serie C N.º 372. En cuanto a la Argentina, ver, p. ej., Corte Suprema de Justicia, *Villamil, Amelia Ana e/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*, .2 CSJ 203/2012 (48-V)/CS1 (8 de marzo de 2017). Gracias a Ximena Medellín por plantearme esta cuestión.

⁹⁸ Nelson Camilo Sánchez León, *Tierra en Transición: Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia* (2017) <https://www.dejusticia.org/en/publication/tierra-en-transicion-justicia-transicional-restitucion-de-tierras-y-politica-agraria-en-colombia/>.

⁹⁹ Durante la administración del gobernador Roberto Sandoval y del fiscal Eduardo Veytia, autoridades estatales, en connivencia con miembros de la delincuencia organizada, expoliaron masiva y forzosamente al estado mexicano de Nayarit de sus bienes, y despojaron asimismo a muchos particulares de sus propiedades. Ver Lucía Chávez, *Corrupción y Crímenes Atroces en México: El Caso Nayarit*, BLOG JUSTICIA EN LAS AMÉRICAS (10 de septiembre de 2020), <https://dpifblog.com/2020/09/10/corrupcion-y-crimenes-atroces-en-mexico-el-caso-nayarit/>.



distintas en cada una de ellas. Las entidades colectivas, como los pueblos indígenas o sindicatos, deberían recibir una restitución e indemnización por las pérdidas de tierras y recursos naturales y culturales, y por el tiempo y los gastos insumidos en la defensa contra mecanismos de corrupción. En Guatemala y Colombia, la justicia ha ordenado a demandados del sector privado que completen los proyectos de obras públicas que nunca se finalizaron debido a contrataciones corruptas, cuando estaba claro que el proyecto realmente beneficiaría a las comunidades afectadas y no se convertiría simplemente en un “elefante blanco” inútil¹⁰⁰. Todo esto exige que se visualicen y especifiquen los daños, pero puede realizarse dentro de los marcos existentes.

La construcción de una carretera en Guatemala¹⁰¹ constituye uno de los pocos ejemplos en donde los jueces han ido más allá de las multas y de las indemnizaciones y han incorporado el concepto más amplio de reparaciones consagrado en las normas de derechos humanos. El exalcalde y otros funcionarios de la localidad de Chinautla adjudicaron contratos de construcción de carreteras a familiares y amigos que carecían de capacidad para ejecutarlos. Luego de que se dictó una condena penal, el Estado solicitó que se aplicara una indemnización por daños materiales y morales y que se presentara una disculpa pública.

El tribunal de primera instancia concedió al gobierno una indemnización por un monto equivalente al de los contratos corruptos (aunque rechazó la petición de que se triplicara la indemnización), pero luego agregó instrucciones detalladas sobre “garantías de no repetición” como elemento de la reparación. En primer lugar, los condenados debían ofrecer una disculpa pública en la plaza del pueblo frente a los habitantes de Chinautla, con la promesa de no volver a incurrir en los actos reprochados. La disculpa debía grabarse en video y debían distribuirse versiones por escrito y en video a las escuelas locales, los medios de comunicación y la Asociación Nacional de Municipalidades. En segundo lugar, el municipio debía colocar en un lugar público frente a la alcaldía una placa con la leyenda: “El pueblo de Chinautla manifiesta cero tolerancia a la corrupción de funcionarios y

¹⁰⁰ Antes de otorgar este tipo de reparación, debe estudiarse esta opción atentamente para corroborar que las carreteras beneficien, en efecto, a los productores agrícolas. No debe haber “carreteras que no conducen a ningún lado” o que beneficien principalmente a las mismas élites corruptas y a la delincuencia organizada, o que causen daños ecológicos serios. Ver, p. ej., Alex Papadovasilakas, *Fugitive’s Return Promises New Graft Revelations in Guatemala*, INSIGHT CRIME (26 de agosto de 2020), <https://insightcrime.org/news/brief/fugitive-graft-guatemala/>; *Odebrecht Case: Politicians Worldwide Suspected in Bribery Scandal*, BBC NEWS (17 de abril de 2019), <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-41109132>

¹⁰¹ Ver STEVEN DUDLEY, *THE WAR FOR GUATEMALA’S COURTS: HOW POLITICAL, CORPORATE, AND CRIMINAL INTERESTS SEEK TO INFLUENCE GUATEMALA’S JUSTICE SYSTEM* (2014), https://insightcrime.org/images/Investigations/guatemala_courts/TheWarforGuatemalasCourts (donde se describe de qué manera los Juzgados de Mayor Riesgo deben entender en casos de derechos humanos, corrupción o delincuencia organizada complejos o controvertidos y cómo los jueces en este caso también estaban familiarizados con casos de genocidio, delitos contra la humanidad y otros similares).



empleados públicos¹⁰². En tercer lugar, el magistrado local debía presenciar estos actos y confirmar que se llevaran a cabo en el término de dos semanas de dictada la condena. De no cumplirse, podrían presentarse cargos penales nuevos contra los condenados.

Cuando el daño abarca a todo un sector o si el demandante es una organización de interés público, surgen cuestiones más complejas con respecto a las reparaciones. ¿Las reparaciones deben pagarse directamente a la organización, debido a que esta actuó en representación de intereses colectivos (*private attorney general*) y es justo pagarle el tiempo insumido y el riesgo tomado? Esta teoría es la que subyace, por ejemplo, las demandas ciudadanas en Estados Unidos.¹⁰³ ¿Existen criterios específicos que mejoren la fiabilidad y legitimidad de las ONG que luchan contra la corrupción o de los abogados que desean representar a víctimas o grupos de víctimas? ¿Se necesitan normas específicas para corroborar que las reparaciones que reciban los representantes de víctimas lleguen a las víctimas? ¿Las organizaciones están obligadas a distribuir fondos entre quienes hayan resultado más afectados? ¿Cómo se definiría quiénes son esas personas? ¿Se deducirían los costos y honorarios de la organización? ¿O sería más razonable proveer los honorarios de abogados o incentivos específicos para alentar a las organizaciones de interés público y, mas bien, dirigir las reparaciones al erario público? Estas preguntas, si bien son fundamentales, precisan de investigaciones más profundas¹⁰⁴. En la actualidad, se están estudiando por carriles paralelos: en casos de recuperación de activos¹⁰⁵ y en tribunales nacionales que atienden casos de corrupción dentro de su país.

Algunas experiencias en América Latina permiten tener un pantallazo interesante sobre cómo se podría avanzar. Costa Rica fue una precursora en considerar la idea de daño social como elemento de las reparaciones. El daño social, un tipo de daño difuso, se distingue del daño colectivo o de daños individuales agregados, en que quienes resultan afectados no pueden identificarse como un grupo definido. Algunos ejemplos son el daño ambiental, el daño a la reputación del gobierno como prestador de servicios efectivo y el daño a la herencia cultural.

En virtud del artículo 37 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica, las víctimas de un acto delictivo pueden intervenir para obtener la restitución o una reparación

¹⁰² Evelyn Boche, *Chinaulta debe construir un monumento contra la corrupción*, ELPERIÓDICO (9 de septiembre de 2020), <https://elperiodico.com.gt/nacionales/2020/09/09/chinaulta-debe-construir-un-monumento-contra-la-corrupcion/>.

¹⁰³ Varias leyes administrativas y civiles de Estados Unidos permiten que los ciudadanos puedan iniciar un procedimiento por falta de acción de las autoridades competentes, o directamente contra una entidad privada que no ha cumplido con una ley, por ejemplo en casos ambientales o de protección al consumidor. La organización puede recibir indemnización por los gastos legales además de los daños.

¹⁰⁴ Ver, p. ej., JUANITA OLAYA GARCIA, DEALING WITH THE CONSEQUENCES: REPAIRING THE SOCIAL DAMAGE CAUSED BY CORRUPTION (2016), <https://ssrn.com/abstract=3475453>.

¹⁰⁵ Ver, p. ej., Samuel J. Hickey, Remediation in Foreign Bribery Settlements: The Foundations of a New Approach, 21 CHI. J. INT'L L. 367, 367-418 (2021), <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1790&context=cjil>.



de los daños y perjuicios causados¹⁰⁶. Para reclamar por daños sociales, la Procuraduría representa a las víctimas. En el artículo 16¹⁰⁷ se le otorga a la Procuraduría el derecho de intervenir en casos de corrupción y evasión fiscal y de tener los mismos derechos que el Ministerio Público en ese caso. El artículo 38¹⁰⁸ admite específicamente que la Procuraduría pueda reclamar por daños sociales cuando se trate de actos delictivos que afecten intereses colectivos o difusos. Al mismo tiempo, en el artículo 70 se define “víctimas” como “asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses”¹⁰⁹.

Estas disposiciones se han aplicado en varias decenas de casos de corrupción y de otro tipo. En uno de los fallos más importantes sobre corrupción, la Procuraduría recibió, en el marco de una acción presentada contra el expresidente Calderón y exfuncionarios de la administración del seguro social, USD 9,2 millones en concepto de daño social provocado en relación con un contrato de insumos médicos que se adjudicó a cambio de sobornos (caso Caja-Fischel)¹¹⁰. En el caso de sobornos entre la empresa eléctrica nacional y la empresa de telecomunicaciones Alcatel¹¹¹, en 2015 el demandado llegó a un acuerdo parcial en virtud del cual pagó USD 10 millones a la Procuraduría en concepto de daño social¹¹². El daño social se definió como la pérdida de confianza en la administración pública.

Colombia también cuenta con un procurador general para representar el interés público en casos que involucran a funcionarios gubernamentales corruptos. En el caso Ruta del Sol II/Odebrecht, compañías privadas relacionadas con la empresa de construcción brasileña Odebrecht pagaron sobornos a funcionarios para que se les adjudicara un contrato de construcción de carreteras. En enero de 2017, el procurador general presentó una “acción popular” en nombre de los intereses colectivos de moralidad administrativa, defensa de los

¹⁰⁶ Procuraduría General de la República de Costa Rica Jurisprudencia sobre Daño Social, <https://www.pgr.go.cr/servicios/procuraduria-de-la-etica-publica-pep/temas-de-interes-pep/dano-social/jurisprudencia-sobre-dano-social/> (“Art. 38: Acción civil por daño social. La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos”).

¹⁰⁷ LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA DECRETA: CÓDIGO PROCESAL PENAL, art. 16 (1996) <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/cr/cr040es.pdf>.

¹⁰⁸ *Íd.*, en art. 38.

¹⁰⁹ *Íd.*, en art. 75 (que permite que cualquier persona pueda iniciar un proceso o intervenir como “querrelante”, en casos que se relacionen con intereses difusos, abuso de poder o violaciones de derechos humanos por parte de un funcionario público).

¹¹⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 11 de mayo de 2011, 04-005356-0042-PE (Cr.).

¹¹¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 11 de mayo de 2011, 04-006835-0647-PE (Cr.).

¹¹² Carlos Cordero Pérez, *Alcatel Lucent Indemniza al ICE con \$10 Millones por Daños y Perjuicios*, EL FINANCIERO (4 de agosto de 2015, 3:04 p. m.), <https://www.elfinanciero.cr/tecnologia/alcatel-lucent-indemniza-al-ice-con-10-millones-por-danos-y-perjuicios/UXKPPC46UVGVPCJHNOUY5LDDOU/story/>.





bienes públicos y acceso eficiente a servicios públicos¹¹³. El 6 de diciembre de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló a favor de la Procuraduría y ordenó la suspensión del contrato de concesión, medidas orientadas a que volvieran a licitarse proyectos de carreteras, un embargo sobre los activos de los demandados y el pago de USD 800.000 en concepto de daños colectivos¹¹⁴.

A través de la Procuraduría, se pueden representar los intereses difusos sin necesidad de demostrar que una organización en particular tiene intereses en juego, y permite utilizar los recursos del Estado para recuperar activos que luego pueden utilizarse. Sin embargo, en aquellos Estados donde todo el aparato estatal es demasiado débil o disfuncional o ha sido captado y actúa en contra del interés público, la Procuraduría corre el mismo riesgo de no cumplir o de ser captada que los fiscales o jueces. Además, los recursos obtenidos simplemente se reintegran a las arcas estatales, sin que exista la obligación de que se utilicen para reparar los daños alegados. Además, si se considera que la agencia de las víctimas en exigir participar en casos de corrupción tiene un valor por sí mismo, no se lograría ese valor a través del uso de la Procuraduría.

V. Riesgos de un enfoque centrado en las víctimas

Si bien ampliar el acceso de las víctimas a los tribunales judiciales y a las reparaciones comporta ventajas innegables, también presenta algunas salvedades y riesgos, entre ellos riesgos políticos, organizativos y para la seguridad, así como el riesgo de darle excesiva prioridad a los procesamientos penales frente a otros abordajes que, quizás, podrían ser más eficaces.

Un riesgo claro es que los poderosos abusen de las acusaciones de corrupción para entrapar a adversarios políticos o rivales comerciales. Si bien la corrupción es un fenómeno difícil de probar, resulta muy sencillo plantear este tipo de señalamientos, y el uso de acusaciones infundadas para desacreditar, desactivar y criminalizar a adversarios políticos o activistas sociales no es algo nuevo en la región¹¹⁵. Por otro lado, las organizaciones registradas como “de interés público” pueden ocultar diversos intereses políticos y de financiamiento¹¹⁶. Además, buena parte de la corrupción tiene carácter legal, al realizarse bajo la modalidad de “financiamiento de campaña” o actividades de “lobby”.

¹¹³ Res. 5216, 15 de febrero de 2017, art. 5.1 (Colom.) https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/052017/Resolucion_5216.pdf (la respuesta a la acción del Procurador General puede encontrarse en la decisión de medidas cautelares).

¹¹⁴ *Condena histórica contra Ruta del Sol II*, SEMANA (14 de diciembre de 2018), <https://www.semana.com/pais/articulo/tribunal-de-cundinamarca-emite-condena-historica-a-odebrecht/265530/>.

¹¹⁵ Algunos de los ejemplos más conocidos son Lula da Silva en Brasil y Thelma Aldana o Juan Pablo Solórzano en Guatemala, pero hay más.

¹¹⁶ Un buen ejemplo sería la “Fundación contra el Terrorismo” en Guatemala, una conocida entidad no gubernamental, algunos de cuyos líderes han sido incluidos recientemente en la lista de sanciones Engels por sus actividades antidemocráticas. *Ver* U.S. DEP'T. OF STATE, BUREAU OF WESTERN HEMISPHERE AFFAIRS, SECTION 353 CORRUPT AND

Commented [G4]: Confirmar. El original dice: < In addition, if victims' agency in demanding participation in corruption cases has an independent value, it is not served through the use of the Inspector General mechanism. >





EMPODERAR A LAS VÍCTIMAS DE CORRUPCIÓN A GRAN ESCALA: ¿UNA NUEVA TENDENCIA? 2022

Un segundo riesgo, compartido con los casos relacionados con violaciones graves de derechos humanos, se refiere a los peligros inherentes que surgen al enfrentar a actores poderosos que gozan de una gran impunidad. Quienes combaten la corrupción en todo el mundo han enfrentado represalias, e incentivar a víctimas y a sus abogados a que tomen papeles más activos acrecienta los peligros a los que están expuestos¹¹⁷. En tercer lugar, para que las víctimas puedan tener un mayor acceso será necesario introducir nuevos procedimientos en fiscalías y procuradurías y desarrollar nuevos conocimientos sobre valuación de daños, mecanismos procesales para la representación de grupos y aspectos similares.

Por sobre todo, existe el riesgo de que, al ampliar el acceso de las víctimas, se privilegie desmesuradamente la responsabilidad penal en detrimento de otras formas de lidiar con la corrupción a gran escala, como intentar llevar adelante demandas civiles, acciones de recuperación de activos o acciones administrativas más viables, recurrir a comisiones investigadoras o “de la verdad” que se concentren en redes o mecanismos de corrupción, o trabajar con organizaciones políticas o populares para reformar las instituciones y remover a las personas corruptas y a sus socios¹¹⁸. El paradigma penal puede, en algunos casos, llevar a un análisis enfocado en los individuos corruptos más que en las estructuras y redes, cuando son precisamente las redes complejas que están detrás del fenómeno de la gran corrupción en la región. Los procesos penales tardan mucho tiempo, son costosos y tienden a concentrar la toma de decisiones en los abogados. Además, son retrospectivos, y no está claro el grado de disuasión general que producen.

Por cierto, éstas son las mismas críticas que se formularon con respecto a la expansión de la justicia penal, y en especial, la justicia penal internacional. La Corte Penal Internacional, en particular, ha enfrentado en reiteradas oportunidades críticas en el sentido de que desplazó otras formas de justicia y generó expectativas exageradas de acceso y

UNDEMOCRATIC ACTORS REPORT (2021), <https://www.state.gov/reports/section-353-corrupt-and-undemocratic-actors-report/>.

¹¹⁷ Ver, en general, FRONTLINE DEFENDERS, FRONTLINE DEFENDERS' GLOBAL ANALYSIS 2020 (2020), https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/fl_d_global_analysis_2020.pdf. Ver también FIDH, MEXICO CRIMINAL STRUCTURE WITHIN THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF THE STATE OF NAYARIT AND CRIMES AGAINST HUMANITY, 10 (2021), <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Mexico%20-%20Criminal%20structure%20within%20the%20Public%20Prosecutor%E2%80%99s%20office%20of%20the%20State%20of%20Nayarit%20and%20crimes%20against%20humanity.pdf> (donde se analiza la experiencia de los esfuerzos de la Comisión de Verdad de Nayarit por exponer el despojo de tierras mediante actos de corrupción, lo cual tuvo como resultado asesinatos y otros daños).

¹¹⁸ Los juicios civiles conllevan sus propios riesgos, como la celebración de acuerdos por montos bajos para víctimas desesperadas, como se mostró en el ejemplo de los casos de IGSS-Pisa de Guatemala analizados previamente. Nómada, *El pago de Pisa a los sobrevivientes del IGSS parece un gesto humano, pero busca algo más*, NOMADA (27 de febrero de 2018) <https://nomada.gt/pais/la-corrupcion-no-es-normal/el-pago-de-pisa-a-los-sobrevivientes-del-igss-parece-un-gesto-humano-pero-busca-algo-mas/>.



reparaciones, y de que ha despolitizado las luchas por la justicia, con efectos perjudiciales. Ha sido una lucha larga para que se vea a la Corte -- y a la justicia penal en general—como una herramienta más dentro de un abanico de herramientas mucho mayor, y no necesariamente como el actor principal. Podemos anticipar que se presentará un debate similar con respecto a los casos de corrupción a gran escala.

Una última objeción podría concentrarse en el programa neocolonialista y prooccidental que se encuentra detrás del tipo de trabajo contra la corrupción que pregonan el Banco Mundial y el IMF así como la retórica de los gobiernos de países desarrollados. Un programa contra la corrupción más radical tendría una estructura surgida de los grupos de base de la sociedad civil (*bottom-up*) y conectaría dicho programa con los esfuerzos aliados para que las empresas transnacionales e instituciones financieras internacionales respondan por violaciones de derechos humanos y depredación ambiental. Los grupos contra la corrupción que encabezan las iniciativas aquí descritas tienden a compartir esta visión de base más transformativo.

VI. Conclusión

Para avanzar en la implementación de esta agenda, las organizaciones de la sociedad civil de la región pueden tomar como ejemplo los esfuerzos previos sobre investigación y persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos, así como las campañas legales y políticas recientes en relación con el derecho a un medioambiente y a un clima sanos. Por ejemplo, podría ser posible que se coordinen campañas en varios Estados para crear leyes en aquellos Estados que carecen de ellas que permitan a las organizaciones no gubernamentales de lucha contra la corrupción que tengan un papel activo, reconocido y de larga trayectoria representen intereses colectivos o difusos, incluso en casos de corrupción. Esto sería particularmente viable si se impulsara junto con otros grupos que trabajan en temas que involucren otros intereses difusos, como las organizaciones ambientales. Implicaría crear leyes modelo y luego trabajar para introducir y promulgar la legislación. Otra iniciativa similar podría ser incorporar la definición de las Naciones Unidas de “víctima” en los códigos de procedimiento penal o en leyes específicas contra la corrupción. Una última estrategia legislativa podría poner el acento en las leyes de recuperación de activos, incluidas medidas de confiscación que no dependan de sentencias judiciales, y en su capacidad de financiar reparaciones para las víctimas en lugar de solo restituir integralmente los activos a las arcas estatales.

Más allá de la legislación, las organizaciones de la sociedad civil que desean desarrollar una estrategia centrada en la víctima en casos de corrupción podrían buscar estratégicamente foros y casos que puedan generar precedentes favorables que, luego, podrían utilizarse como ejemplo en otros países de la región. En la jurisprudencia sobre violaciones graves de derechos humanos, las sentencias argentinas y del proceso contra Fujimori en Perú tuvieron especial influencia. Estas sentencias se citaron y utilizaron en otros lugares de América. En el contexto de la corrupción, preferentemente, los casos deberían concitar una fuerte indignación moral, pero también tener un vínculo causal tan claro como fuera posible entre el daño y los actos de corrupción y, en lo posible, deberían



EMPODERAR A LAS VÍCTIMAS DE CORRUPCIÓN A GRAN ESCALA: ¿UNA NUEVA TENDENCIA? 2022

de ser casos con personas o colectividades fácilmente identificables que sufrieron el daño. Podrían, por ejemplo, ser casos relacionados con la respuesta a la pandemia del COVID-19, el despojo o la venta forzada de tierras, actos de corrupción en la adjudicación de contratos o el otorgamiento de licencias para megaproyectos ambiental- y socialmente destructivos en los territorios de pueblos indígenas. La meta sería generar un precedente positivo y obtener reparaciones integrales. Si eso no fuera posible, una meta secundaria podría ser preparar casos viables para poner a prueba en el sistema interamericano de derechos humanos. Serán necesarias una serie de esfuerzos, de peticionarios en varios países, para que se elabore una jurisprudencia regional que a su vez pueda trasladarse a la jurisprudencia nacional.

Como asunto de derecho internacional, los enfoques basados en los derechos humanos son cada vez más importantes en las áreas ambientales y de lucha contra la corrupción, y plantean cuestiones similares sobre legitimación, nexo causal y reparación. Las estrategias de litigio han comenzado a superponerse, combinarse y fusionarse a medida que las redes de la sociedad civil intercambian ideas e información, no simplemente entre países sino entre áreas temáticas que antes estaban disociadas. Los movimientos paralelos de las empresas en materia de cumplimiento corporativo y licencia a operar -- también impulsados por las leyes nacionales, los principios internacionales sin carácter vinculante y las redes profesionales-- incorporan cada vez más cuestiones ambientales, sociales (como derechos humanos) y de gobernanza (incluidas medidas contra la corrupción) en un solo paquete denominado "ESG." Podemos esperar que haya un mayor entrelazamiento entre estas áreas temáticas que anteriormente estaban separadas, y que el derecho de los derechos humanos se propague a una amplia variedad de cuestiones sociales, sobre la base de la premisa de la centralidad de las víctimas.



