



UMC
UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES

CORRUPCIÓN E INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

Carlos Vera Barros

Proyecto de Investigación en Democracia

CORRUPCIÓN E INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICAⁱ

Carlos A. Vera Barros

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Argentina.
Master en Nuevos Delitos Penales Universidad Complutense de Madrid y Universidad del Salvador.

1.- Síntesis

En los últimos tiempos se registra una preocupación muy extendida acerca del fenómeno de la corrupción y los efectos corrosivos que la misma produce en la institucionalidad democrática. Un repaso de la cuestión nos lleva a concluir que desde el mismo momento de su creación la democracia tuvo como finalidad el combate contra la corrupción y que la revalorización de la democracia desde un punto de vista humanista cristiano permite proveerla de nuevas herramientas para salir airoso de ese desafío, que se desarrolla actualmente en un escenario diferente, caracterizado por la globalización y la formación de grandes bloques económicos.

2.- Introducción

La corrupción ha irrumpido recientemente como un tema central de la agenda pública mundial¹.

En términos amplios se la define como el abuso de poder en beneficio privado² y se le atribuye afectar el desarrollo³, minar la democracia⁴, distorsionar la competencia e incluso, ser utilizada como herramienta para el lavado de dinero proveniente del terrorismo y del crimen organizado⁵. Igualmente se previene contra el prejuicio corriente de que es una práctica común en los países subdesarrollados y poco frecuente en los países ricos, para lo cual las empresas multinacionales se valdrían de un doble estándar: corromperían funcionarios en el tercer mundo, para no quedar fuera de las respectivas licitaciones de contratos, pero guardarían una conducta irreprochable en los países de origen⁶

¹ Cfr. GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Edit. Aranzadi, Navarra 2006, pág. 27. En sentido parecido se destaca en tal sentido la labor de la ONG Transparency International que habría logrado tal instalación en el corto plazo que corre desde 1993 a 2005. Cfr. EIGEN, Peter, *Las redes de la corrupción*, Buenos Aires, 2004, pág. 19/20.

² Idem, pág. 15

³ Incluso se señala una significativa correlación negativa entre el nivel de corrupción y la inversión extranjera directa. Cfr. REOS, Orlando, "Participación de la ciudadanía en la lucha contra la corrupción", en *La agenda ética pendiente de América Latina*, KLIKSBURG, Bernardo (Compilador), Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2005, pág. 263.

⁴ REOS, Orlando, *op. cit.* pág. 259.

⁵ EIGEN, Peter, *op. cit.*, pág. 16/19.

⁶ EIGEN, Peter, *op. cit.* pág. 174/5

Se ha detectado también una retórica legitimadora, que neutraliza el combate de la corrupción. En tal sentido el primer paso consiste en acotar el concepto de corrupción exclusivamente a aquello que pueda ser perseguible penalmente, escudándose en el inmovible principio penal liberal de inocencia y obviando de ese modo las responsabilidades civiles, administrativas y aún políticas que se derivan de una mala gestión, menos gravosas pero de demostración harto más simple; por si la estrategia no fuere suficiente se la complementa con el entorpecimiento de la labor de los órganos que deben actuar en el caso de una investigación penal, por caso la Fiscalía Anticorrupción, presente en varios países. La segunda etapa consiste en argumentar que es imposible una lucha independiente contra la corrupción, atacando de ese modo en forma personal al denunciante, a quien habrá de reprochársele connivencia con la oposición u obrar en procura de intereses inconfesables. La tercera argumentación de esta retórica consiste en justificar la corrupción bajo la premisa de que es necesario tolerarla en pos de un bien mayor: ganar las elecciones y con ello defender valores que los ciudadanos necesitan ver transformados en políticas; bajo esa cobertura se aceptan donativos de fuentes dudosas, para las costosas campañas electorales, a cambio de la promesa de ulterior impunidad.

Si se logra imponer esta retórica, el mensaje resultante es que la vía está abierta; de tal modo la corrupción se expande y, de no detenerse, la siguiente estación será la corrupción sistémica⁷, situación no demasiado diferente a la que se conceptúa como de captura del Estado⁸.

En la bibliografía específica se señala, a su vez, un arsenal de medidas para combatir la corrupción.

En el ámbito administrativo, que es señalado como el lugar donde la corrupción se manifiesta con toda su crudeza⁹, se recomiendan la profesionalización del servicio civil, con un personal bien pago y seleccionado mediante concursos; el fortalecimiento de órganos de control, como el Defensor del Pueblo, la Auditoría externa, y los Tribunales de Cuentas; el reforzamiento del sistema de protección al consumidor; la regulación de la transparencia administrativa, la responsabilidad patrimonial de los funcionarios; el establecimiento de un exigente régimen de incompatibilidades y un registro de intereses; la creación de agencias de evaluación de políticas públicas; la organización de registros de empresas corruptas (a las que se les vedará participar en determinadas licitaciones públicas); los llamados Pactos de Integridad o Islas de Integridad, suscriptos por los organismos convocantes de alguna licitación y los participantes de la misma, con control externo y bajo la amenaza de la pérdida de la garantía oportunamente depositada, la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, y la inclusión en una lista negra.

⁷ VILLORIA MENDIETA, Manuel, "Corrupción en España", en EIGEN, Peter, *Las redes de la corrupción*, op. cit. págs. 133/172

⁸ REOS, Orlando A., op. cit. pág. 260

⁹ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús, op. cit. pág. 145

En el ámbito legislativo se recomienda la regulación por ley de los aportes a los Partidos Políticos; el establecimiento en los códigos penales de la responsabilidad penal de las empresas; la simplificación de la legislación tributaria; la tutela legal de los denunciantes de corrupción; el fortalecimiento del Poder Judicial y, principalmente, de su independencia de los poderes políticos y económicos.

En el ámbito judicial se postula el reforzamiento de ese poder para convertirlo en más ágil y eficiente.

Como herramienta política se recomienda también la institución de la figura de revocación de mandatos, que conforme la experiencia estadounidense, en los estados que la recogieron funcionó en diversas ocasiones tomando como punto de partida acusaciones severas de corrupción.

En la órbita civil se destacan como herramientas para la lucha contra la corrupción, la autorregulación horizontal entre empresas del mismo ramo¹⁰; el establecimiento de códigos de conducta al interior de las empresas; el fomento de la prensa libre y en especial del periodismo de investigación; la actuación de ONGs específicamente dedicadas al tema, como la internacional Transparencia Internacional y sus socios locales¹¹

Especial interés reviste, por un lado, el rol que la sociedad civil juega en el combate a la corrupción, y por el otro, el papel que en el mismo sentido desempeña la cooperación internacional. Ello porque la mayor participación de la sociedad civil y la globalización constituyen la circunstancia actual de la democracia¹², y por ende el escenario, la “arena” en que la contienda entre democracia y corrupción se desarrolla hoy día.

3.- La sociedad civil

Del mismo modo que puede considerarse un dato de nuestro tiempo la extendida preocupación por la corrupción, es igualmente evidente que la sociedad civil se hace presente hoy con mayor frecuencia que antaño en el campo político¹³. Claro está que no lo hace siempre dentro de los mecanismos convencionales, sino que, por el contrario, tal

¹⁰ Vr. gr. los llamados “Principios de Wolfsberg” mediante los cuales once de los principales bancos internacionales (UB, AG, ABN AMRO, Barclays Bank, Banco Santander Central Hispano, The Chase Manhattan Private Bank, Citibank, Credit Suisse, Deutsche Bank, HSBC; J.P. Morgan y Societé Générale)se comprometieron, en esa ciudad suiza, en el año 2000, a luchar activamente contra el blanqueo de dinero. Cfr. EIGEN, Peter, op. cit. pág 226..

¹¹ Y los productos que emanan de los mismos, como los informes Global sobre Corrupción e Índice de Percepción de Corrupción, elaborados por Transparencia Internacional.

¹² Sobre la globalización como contexto actual de la democracia, Cfr. MARTÍNEZ, Gutenberg, *Más y mejor democracia*, ACEP KAS, Buenos Aires 2003, pág. 5. En sentido parecido, aunque no idéntico, se augura la democratización del sistema internacional. Cfr. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, Colombia 2000, pág. 13.

¹³ Al punto que se habla del “mito del ciudadano pasivo”. Cfr. ROSANVALLON, Pierre, *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*, Edit. Manantial, Buenos Aires 2007, pág. 37

participación generalmente adopta formas precarias de coaliciones pasajeras, y bajo la modalidad de políticas de protesta. Se señala que esta nueva forma de participación de la sociedad civil tiene que ver con la emergencia en los años 70 de los “nuevos movimientos sociales” que actúan, también, en nuevos campos de historicidad, organizados en torno a cuestiones sociales antes poco convocantes u olvidadas, como el medio ambiente, las autonomías regionales, las relaciones entre los sexos¹⁴, o la corrupción.

Por su forma poco institucionalizada, y principalmente por cumplirse fuera del marco estrecho de una democracia concebida exclusivamente en el aspecto electoral, a esta participación política se la considera fruto de la desconfianza y constitutiva de una suerte de antidemocracia¹⁵

En nuestro criterio, la participación de la sociedad civil, aún de modo inorgánico en estas nuevas, u olvidadas, cuestiones sociales, lejos de combatir a la democracia viene a poner en crisis esa visión estrecha y unidimensional de la democracia, y a la vez también a revelar las otras dimensiones de la democracia y el dinamismo que le es anejo.

4.- La corrupción política y la democracia

La idea de controlar a los gobernantes no es nueva, por el contrario, nace con el concepto mismo de la democracia; la preocupación por la corrupción, tan actual, era también en aquellos lejanos tiempos uno de los objetivos principales de tal vigilancia.

La noción más pura de democracia en la Atenas clásica implicaba la designación de los gobernantes por sorteo. Ello requería, como contrapartida, la institución de controles sistemáticos cuyos titulares eran igualmente elegidos por sorteo y, del mismo modo, considerados esenciales para el funcionamiento de la democracia¹⁶.

La razón de la erección de tales controles es doble; desde el punto de vista de la ciencia política el poder fuerte de control era el contrapeso necesario de una legitimación débil por el sorteo, de modo de constituir un dispositivo institucional coherente¹⁷; desde el punto de vista histórico Aristóteles imputa la corruptibilidad del gobierno de los gerontes de Esparta a la ausencia de control de esos magistrados¹⁸.

Esta idea de control, asociado a la noción de democracia, continuaría presente en la literatura política del siglo XVIII, donde las instituciones de control griegas y romanas fueron estudiadas y elogiadas por Montesquieu, Rosseau y en la Enciclopedia de Voltaire y

¹⁴ ROSANVALLON, Pierre, op. cit. pág. 74.

¹⁵ Cfr. RONSAVALLON, Pierre, op. cit. Si bien el autor luego de analizar profundamente el fenómeno lo valora positivamente.

¹⁶ Esos funcionarios de control eran los corregidores, los auditores de cuentas, los controladores y los abogados públicos. Cfr. RONSAVALLON, Pierre, op. cit. pág. 94/95.

¹⁷ ROSANVALLON, Pierre, op. cit. pág. 96

¹⁸ ARISTOTELES, *La Política*, cit. por ROSANVALLON, op. cit. pág. 96.

Diderot¹⁹ y consagrados ejemplarmente en las constituciones de Filadelfia de 1776²⁰ y francesa del año VIII²¹, si bien los respectivos institutos tuvieron corta vida²².

Con posterioridad la idea de control, sin desaparecer, será reciclada. El modelo de ello será el régimen representativo y parlamentario inglés del siglo XIX, que resultaría ejemplar, y donde tales funciones quedarían en manos del propio parlamento (a través de las funciones de pesquisa que se le reconocen, del juego de la oposición parlamentaria y del voto de confianza), y de la opinión pública²³. La Constitución de Estados Unidos de 1787, le agregaría a esa refuncionalización del control, la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes. Maximizando la representación se configura así un régimen de “pueblo ausente”²⁴.

En el siglo pasado, con el debilitamiento de parlamentarismo y los resultados insatisfactorios que en torno al control político en general y de la corrupción en general, debía realizar, resurgen estos temas como preocupación central de la comunidad, lo cual viene a coincidir con la presencia creciente, a la vez que inorgánica, de la sociedad civil.

Una valoración a nuestro juicio equivocada de esos sucesos lleva a considerar que estos movimientos sociales de protesta se enfrentan a la democracia, a la que correspondería hacer cargo, entre otras muchas cosas, de la falta de control de la corrupción y del consiguiente aumento de la misma.

5.- La visión cristiana de la democracia.

Como hemos visto, la deliberada ausencia del pueblo en la democracia deviene de la identificación de ésta con algunas de sus características esenciales: el sufragio universal, el sistema representativo, la división de poderes y la libertad de prensa como único canal no institucionalizado de expresión del pueblo.

Esta visión de la democracia es claramente insuficiente para conceptualizar la democracia de nuestra época²⁵, máxime si tenemos en cuenta que por tratarse de una construcción cultural debe adaptarse a los tiempos, claro está que sin desnaturalizar su esencia.

De tal modo, los movimientos sociales propios del dinamismo de la sociedad civil que a veces son percibidos como amenaza para la democracia, configuran en definitiva un desafío del que dicha forma de gobierno procurará hacerse cargo, adaptándose a los cambios y

¹⁹ Cfr. ROSANVALLON, op. cit. pág. 97

²⁰ Con la figura del Consejo de Censores

²¹ La institución encargada del control era el Tribunado

²² Los censores desaparecieron en la reforma de 1870 de la Constitución de Filadelfia; y el Tribunado fue suprimido por Napoleón.

²³ Cfr. ROSANVALLON, op. cit. pág. 109.

²⁴ Ídem, pag. 93. Y la personalización de la representación en el conductor que postula el decisionismo de Carl Schmitt lleva las cosas al extremo. Cfr. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Edit. Alianza, Madrid, 1982.

²⁵ Cfr. MARTÍNEZ, Gutenberg, *Más y mejor democracia*, ACEP KAS, Buenos Aires 2003, pág. 5

dando cuenta de que se trata de una creación humana con una tersura ruisima que no puede reducirse a la sola dimensión de unas reglas de juego preestablecidas.

El propio dinamismo de la democracia ha llevado también a un nuevo rol a la sociedad civil y a los partidos políticos, en un proceso de ida y vuelta. La cada del muro de Berlín, con el triunfo de la democracia que le es anejo, ha quitado sustancia política a la discusión partidaria; ya no es la elección entre modelos de sociedad radicalmente opuestos lo que está en juego, y bajo esa novedosa coincidencia básica el papel de los partidos se reenfoca pasando a ser uno el censor del otro, lo que en palabras de Rosanvallon implica el pasaje de una política de ideas a una política de la desconfianza²⁶.

La visión cristiana de la democracia contiene dentro de ella muy especialmente los principios de subsidiariedad, participación y pluralismo²⁷, lo cual habla de un protagonismo muy claro de las personas y de los grupos intermedios en todas las cuestiones políticas. Y así lo expresa la encíclica *Centesimus Annus* : “La Iglesia aprecia el sistema de la democracia en la medida en que asegura la participación de los ciudadanos en las opciones políticas y garantiza a los gobernados la posibilidad de elegir y controlar a sus propios gobernantes o bien la de sustituirlos oportunamente de manera pacífica”²⁸

Y en cuanto a las deformaciones del sistema democrático señala que “la corrupción política es una de las más graves porque traiciona al mismo tiempo los principios de la moral y de la justicia social; compromete el correcto funcionamiento del Estado, influyendo negativamente en la relación entre gobernantes y gobernados ; introduce una creciente desconfianza respecto de las instituciones públicas , causando un progresivo menosprecio de los ciudadanos por la política y sus representantes, con el consiguiente debilitamiento de las instituciones. La corrupción distorsiona de raíz el papel de las instituciones representativas porque lo usa como terreno de los intercambios políticos entre peticiones clientelistas y prestaciones de los gobernantes²⁹.

Pero en todo caso, no es suplantando a la democracia y a la participación como puede combatirse la corrupción, por el contrario, es el régimen recomendado para aquellos países que la sufren en forma sistémica asociada al autoritarismo; tales “naciones necesitan reformar algunas estructuras y, en particular sus instituciones políticas para sustituir régimenes corrompidos, dictatoriales o autoritarios por otros democráticos y participativos”³⁰, toda vez que, igualmente, un requisito esencial del estado democrático será el respeto y la promoción de los derechos humanos , considerado condición necesaria y garantía segura para el desarrollo de toda y todas las personas³¹

²⁶ ROSANVALLON, Pierre, op. cit. pág. 180.

²⁷ BIGO, Pierre, *Doctrina Social de la Iglesia*, Instituto Católico de Estudios Sociales, Barcelona, 1967, pág. 180

²⁸ Juan Pablo II, *Carta Encíclica Centesimus Annus*, Ediciones Paulinas, Buenos Aires, 1991. n 46.

²⁹ PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*, Oficina del Libro, Conferencia Episcopal Argentina, Buenos Aires, 2005, n 411, pág. 260/261.

³⁰ JUAN PABLO II, *Solicitud rei sociales*, Ediciones Paulinas, Buenos Aires, 1988, n 44

³¹ JUAN PABLO II, dem, n 47.

6.- Democracia y corrupción en el mundo globalizado

La globalización mundial implica un nuevo rol del Estado, principalmente a causa de que como una respuesta a dicho fenómeno se establecen ordenamientos ultra estatales que se imponen a los estados, aunque estos hayan contribuido a constituirlos, lo que como consecuencia inmediata, genera, internamente, la pérdida de unidad del mayor poder público, y externamente la pérdida de soberanía en aquellas materias propias de los nuevos ordenamientos³².

La dinámica resultante de la recíproca influencia entre el fenómeno social y económico de la globalización y los estados nacionales requiere mutuas adaptaciones que implican formas de convivencia entre los distintos derechos, el nacional y los supranacionales e internacionales³³, y a esa situación suele describírsele como crisis del Estado³⁴.

Por carácter transitivo se pretende que a resultados de la globalización también la democracia, que es la forma de gobierno que adoptan en la actualidad la mayoría de los estados, se encuentra en crisis.

Para ello se argumenta que “las organizaciones globales adolecen de un legitimación democrática, y comportan una disminución del poder, de la soberanía y de la democracia de los Estados; en concreto, la globalización jurídica violaría la tradición democrática nacional, siendo insensible a los valores e intereses locales³⁵.”

Pero, como explica Cassese, “la transposición o trasvase de los principios del Estado moderno a los sistemas globales es un problema mal planteado”

“En el seno del Estado, el principio democrático y las garantías del Estado de Derecho se hallan estrechamente ligadas al tercer componente, el de autoridad... La autoridad siempre se ha situado en un plano superior y se ha rodeado de privilegios. La relación entre un centro de poder superior y la sociedad civil da lugar a la dialéctica autoridad-libertad. Y es en el marco de tal dialéctica, entre los siglos XIX y XX cuando se formaron las garantías del Estado de Derecho y el principio democrático, entendido como actuación de la voluntad de los sujetos elegidos por el pueblo. En este sentido, estos dos componentes de los poderes públicos son el resultado de la reacción de la sociedad civil ante la fuerza del ejecutivo estatal. La libertad equilibra la autoridad”.

³² CASSESE, Sabino, *La crisis del Estado*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003; pág. 31

³³ Ídem, pag. 78-

³⁴ Tal el nombre del libro de Cassese, a quien seguimos en este capítulo.

³⁵ POSNER, E, *Global Governance Undermines Sovereignty and thus Undermines the Rule of Law and Freedom as Well*, cit. por CASSESE, Sabino, *El derecho global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Edit. Derecho Global, Sevilla (España), 2010, pág. 281.

“En la arena pública global la dialéctica Estado-sociedad civil se sustituye por relaciones multilaterales (“multipolarismo”) en las que los ordenamientos globales son aliados de los ciudadanos contra los Estado. En este sentido se puede decir que el multilateralismo mejora a la democracia”³⁶.

Las llamadas crisis del Estado y crisis de la democracia no han afectado de igual modo a la corrupción, que por el contrario ha encontrado en esos cambios nuevos ámbitos para su desarrollo. Así, se ha detectado corrupción en la relación entre países, en la relación entre países y empresas transnacionales, en la relación entre países y organismos internacionales, corrupción dentro de los propios organismos internacionales, y finalmente se ha detectado que la corrupción interna también se aprovecha de las ventajas de la globalización para ocultarse³⁷.

La herramienta de que se vale el estado democrático para combatir esta nueva forma de corrupción, que llamaremos global, es la cooperación internacional.

7.- La cooperación internacional como herramienta democrática de combate a la corrupción global.

La cooperación internacional en la Comunidad Europea

Tomamos como modelo a la Comunidad Europea ya que posee el Derecho Comunitario³⁸ más desarrollado, y por ende también las herramientas más avanzadas para la cooperación internacional en general.

En la Unión Europea la cooperación en materia de corrupción incluye en forma expresa la materia administrativa, lo cual constituye un avance con relación a la antigua cooperación entre países de Europa, que carecía de tradición en esa materia³⁹. Ello es de la mayor importancia porque de ese resultan abarcados tanto la materia tributaria como la aduanera, ámbitos privilegiados de la corrupción.

También debe destacarse que incluye la cooperación policial, a través de Europol, lo cual es también un paso adelante en relación a la antigua cooperación entre países ya que era impensado que un cuerpo policial extranjero, ya sea de un tercer país o de un organismo autónomo, realizara investigaciones de ese tipo en el territorio del país propio.

Otro avance lo constituye el hecho de que la asistencia legal puede ser iniciada sin mediar pedido del país interesado, ello a través de la facultad que tiene cada Estado de

³⁶ CASSESE, Sabino, *El derecho global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Edit. Derecho Global, Sevilla (España), 2010, pág.287/8.

³⁷ Vr. gr. por intermedio del lavado de dinero a través de paraísos fiscales

³⁸ Al punto que para varios autores ya no cabe denominarlo así sino como Derecho de la Unión Europea, vr. gr. ALONSO GARCIA, Ricardo, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi, Navarra (España) 2010.

³⁹ Cfr. VERVAELE, John, *El derecho penal europeo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, pág. 189.

proporcionar *motu proprio* información al Estado correspondiente para que este, en su caso inicie o prosiga las correspondientes investigaciones⁴⁰.

A las conocidas dimensiones de la cooperación, esto es horizontal –entre países- y vertical –caracterizada por la relación jerárquica, por ejemplo el requerimiento de información realizado a la autoridad central de algún país por la Comisión Europea- se agrega en forma novedosa la llamada cooperación diagonal, establecida entre autoridades de diferentes países, que no tienen las mismas facultades, por ejemplo la cooperación transfronteriza entre autoridades supervisoras de un lado e investigadoras del otro⁴¹.

Pero el giro copernicano⁴² en materia de cooperación internacional lo ha representado el Principio de Reconocimiento Mutuo de resoluciones judiciales⁴³, que implica el reconocimiento automático de la resolución de la autoridad judicial de un Estado miembro en cualquier otro, donde debe aplicarse con el menor número de trámites posible.

Sus manifestaciones principales son, a los efectos de nuestro tema, el mutuo reconocimiento de pruebas; el mutuo reconocimiento de medidas que implican la afectación de derechos del imputado tales como el embargo preventivo de bienes, la imposición de fianzas, medidas sustitutivas de la prisión provisional, y fundamentalmente la orden judicial de detención y entrega, mediante la cual se sustrae la extradición a la discrecionalidad política y al trámite administrativo, residenciándose ahora la competencia de toda su tramitación en los órganos jurisdiccionales, eliminándose de paso las ingentes listas de convenios bilaterales y multilaterales sobre extradición entre los países miembros de la UE⁴⁴. Toda vez que el espacio europeo a construir es de libertad, pero también de seguridad y justicia, se entiende que esta medida tiende a impedir la disminución de la seguridad de los Estados y las personas que podría generarse con la desaparición de las fronteras, mediante la también libre circulación de pruebas, sentencias y resoluciones o actuaciones judiciales en Europa⁴⁵.

Esta reacción de la Comunidad Europea para el combate del delito en general y de la corrupción en particular es el reflejo, nuevamente, de la adaptación de la democracia a las nuevas situaciones; así se ha entendido que la realización del Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia creado por el Tratado de Amsterdam y perfeccionado con el Tratado de Lisboa “incluye en el fondo un espacio judicial común, basado en valores comunes, formulados en las disposiciones comunes del Tratado de la Unión, como el respeto a la

⁴⁰ Cfr. VERVAELE, John, op. cit. pág. 217/219.

⁴¹ Idem, pág. 220.

⁴² Así lo ha denominado Vervaele, Cfr. VERVAELE, John, op. cit. pág.234/5

⁴³ Que surge del Tratado de Amsterdam que crea el Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia.

⁴⁴ Cfr. GARCIA GARCIA, Teseida, *El principio de reconocimiento mutuo*, ponencia presentada en el Seminario sobre Cooperación Judicial Iberoamericana, Cartagena de Indias, Colombia, 2010.

⁴⁵ Cfr. GARCIA GARCIA, Teseida, *El principio de reconocimiento mutuo*, ponencia presentada en el Seminario sobre Cooperación Judicial Iberoamericana, Cartagena de Indias, Colombia, 2010.

democracia, el Estado de derecho, y los derechos humanos”⁴⁶, lo cual viene a coincidir con el concepto de democracia amplio y dinámico que sostenemos.

La cooperación internacional al interno de la Comunidad Europea

Especial interés reviste analizar el modo en que la Comunidad Europea decidió combatir la corrupción en el seno mismo de la organización.

El fenómeno había sido detectado hace tiempo por la Comisión Europea⁴⁷ y por el Tribunal de Cuentas Europeo que en el año 1997 propició la creación de un ente específico para investigarlo, dentro de la Comisión Europea, que se erigió en 1998 con el nombre de OLAF⁴⁸, al cual incluso se lo facultó para investigar dentro de los estados miembros.

Los poderes de supervisión encomendados están orientados a la protección de los intereses financieros de la U.E. considerándose que bajo ese concepto se incluyen las investigaciones de irregularidades, fraude, y corrupción activa y pasiva⁴⁹

La particularidad de esta institución es que tales investigaciones se realizan con inspectores provenientes del país en cuestión o de cualquier otro, pudiendo incluso afectar funcionarios del Ministerio Público o del Poder Judicial que a tal efecto son relevados de sus funciones habituales, y que actuarán bajo las normas internas del Estado en que se investigue, con salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, que pueden considerarse ya estandarizadas en toda Europa.

Pudiendo encuadrarse los resultados de las investigaciones realizadas en distintas disciplinas jurídicas, se prevé que de las posibles infracciones disciplinarias de los funcionarios involucrados se dé cuenta a la Comisión; debiendo elevarse tales conclusiones a los Estados miembro cuando de las acciones cumplidas pudieren surgir responsabilidades administrativas o penales.

En esta respuesta frente a la corrupción, nuevamente observamos la fuerte presencia de la democracia, que lejos de diluirse en la organización de la comunidad aparece presente en el seno mismo de ella, con varios de sus componentes más preciados: el respeto del Estado de Derecho y las garantías del debido proceso y aún la salvaguarda de la soberanía nacional con la prolija asignación a cada ámbito de la facultad de sancionar la falta correspondiente. Igualmente arriesgamos que la Comisión Europa y el Tribunal de Cuentas de la Unión no han hecho más que hacerse cargo de los reclamos de la sociedad civil, también propios de la democracia moderna, en contra de la corrupción.

⁴⁶ VERVAELE, John, op. cit. pág. 234.

⁴⁷ Vervaele sostiene que la preocupación de la comisión por el tema de la corrupción interna se remonta a 1960, Cfr. VERVAELE, John E., *El derecho penal europeo*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2010, pág. 97

⁴⁸ Que en castellano se corresponde con la denominación Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

⁴⁹ Más claramente se habla de fraudes en la contratación pública, o en la concesión de subvenciones para la implementación de programas, incluyendo fraude y corrupción en la misma Comisión. Idem, pág. 102 y 93.

La cooperación internacional entre países soberanos. El caso de Estados Unidos: La comity

Es bien sabido que la política tradicional de Estados Unidos es reacia a la integración en cuanto ello signifique la erección de un poder supranacional colocado por encima de sus autoridades nacionales. Desde el punto de vista jurídico-político se relaciona con la visión mínima de la democracia que revisamos antes. En tal sentido se ha expresado: “La sujeción de los Estados Unidos al gobierno de los poderes globales contrasta con el respeto a los propios principios constitucionales: si los Estados Unidos se someten a la voluntad de los poderes externos, no se gobernarán de acuerdo a lo dispuesto en su Constitución. En ese sentido la globalización minaría la soberanía del Estado, amenazando la soberanía popular y la democracia nacional misma”⁵⁰.

Por ello adoptamos a los fines de este trabajo, a Estados Unidos como paradigma de una cooperación internacional puramente horizontal⁵¹, que descarta la organización de países con alguna suerte de autoridad propia, distinta de aquellos.

Dentro de esa visión, Estados Unidos ha encarado históricamente el tema de la cooperación internacional en general, y específicamente en materia de corrupción, desde un punto de vista unilateral. Sin embargo, en los últimos tiempos, la democracia más grande del mundo también ha reaccionado frente al fenómeno global de la corrupción dando respuestas que corren en el sentido de una mayor colaboración internacional.

La respuesta tradicional de Estados Unidos frente a pedidos de colaboración de otros países se verificaba bajo el elusivo concepto de comity⁵², que además del auxilio a tribunales extranjeros regula 1) la aplicación extraterritorial del derecho positivo de los Estados Unidos⁵³; y 2) la definición de actos soberanos, para excluir la jurisdicción norteamericana a las actividades de los estados, o de sus representantes, así calificados⁵⁴.

⁵⁰ RABKIN, J.A., *Law without Nations?*, cit. por CASSESE, Sabino, *El derecho global. Justicia y democracia más allá del Estado*. Op. cit. pág. 281.

⁵¹ No se nos escapa, sin embargo, que por su autoconciencia de potencia el caso de Estados Unidos no es asimilable al de otros países involucrados en la cooperación horizontal. Simplemente nos interesa destacar que aún así la cooperación internacional para el combate a la corrupción es posible.

⁵² Que con las limitaciones del caso podría traducirse como cortesía internacional.

⁵³ Es lo que se conoce como jurisdicción para prescribir, y se basa en el Aret. 1° sec. 8 cláusula 3 de la Constitución de los Estados Unidos que otorga al Congreso poderes amplios para regular el comercio con naciones extranjeras.

⁵⁴ MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro J., y VIELLEVILLE, Daniel E, *Hacia la unificación del Derecho Procesal Internacional*, Edit. Aranzadi, Navarra, España, 2006. En su versión más radical, la doctrina del acto soberano inhibe la acción del tribunal norteamericano aún cuando dicho acto resultara violatorio *per se* del derecho internacional, vr. gr. caso Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino, fallado por la Corte Suprema en 1964, y donde se expresa que el fundamento para ello es de índole constitucional, y guarda relación con la división de poderes, incluyendo a tales actos en la categoría de actos políticos no justiciables.

Enunciado por primera vez en 1895⁵⁵, el principio continúa vigente, con diversos ajustes, hasta nuestros días. En aquel entonces se enuncia ya los principios básicos que condicionan la colaboración internacional de Estados Unidos: 1) la conveniencia, 2) la obligación internacional, si la hubiere, y 3º) los derechos de los ciudadanos. Un criterio secundario será la reciprocidad del estado solicitante de asistencia. Con lo cual el principio se ubica en una suerte de penumbra entre la obligación jurídica absoluta y la deferencia de cortesía que se confiere a un acto soberano extranjero⁵⁶.

La doctrina de la comity, como ya se adelantó ha tenido ajustes, el más importante de ellos, a los efectos de nuestro tema, ha sido la reforma del código procesal federal de Estados Unidos que autoriza el uso de tales normas de divulgación e información de documentos para facilitarle asistencia a tribunales extranjeros respecto de pruebas en poder de entidades localizadas en los Estados Unidos.

El avance con respecto a la situación anterior se registra en que 1) se abandona la regla de la reciprocidad; 2) se amplía la receptabilidad de los pedidos de asistencia ya que no es necesario que provengan de una autoridad judicial, siendo suficiente que lo realice cualquier persona interesada; 3) la alegación del carácter político del acto ya no tiene lugar; 4) se ha limitado jurisprudencialmente la discrecionalidad judicial para hacer lugar a las medidas solicitadas; 5) cubre investigaciones criminales previas a una acusación formal; y 6) tampoco resulta alegable para denegar la medida la circunstancia de que en el país de origen no sería posible la revelación del dato requerido⁵⁷.

Un ejemplo altamente ilustrativo de la utilidad de estas normas en el campo de la cooperación internacional para combate a la corrupción lo da la aplicación de las mismas en el caso planteado por el Consejo de Defensa del Estado de la República de Chile contra el ex-presidente Pinochet.

Recurriendo a tal normativa el Consejo pudo acceder, en el corto plazo de ocho meses, a la documentación bancaria y a declaraciones juradas de testigos clave, relacionados con la existencia de veintiocho cuentas que a lo largo de veinticinco años Pinochet y su familia mantuvieron en el Riggs Bank por un monto de diez y siete millones de dólares, no declarado en Chile, evitando el lentísimo y poco eficiente sistema del exhorto judicial al que hubiera debido remitirse en caso contrario.

⁵⁵ Caso Hilton vs. Guyot. En el caso, la Corte Suprema, consideró ante la falta de reciprocidad que una sentencia extranjera, en este caso francesa, que debería tener efectos en Estados Unidos, no será inmediatamente aceptada como vinculante por los tribunales nacionales, aunque sí como prueba prima facie de la validez de esa sentencia. Cfr. MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro J. y VIELLEVILLE, Daniel E, op. cit. pág. 26/29.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Este último punto, claramente dirigido a evitar la impunidad ha sido sin embargo criticado por universalizar criterios propios de la ley de Estados Unidos, avanzando, se dice, sobre las legislaciones de los terceros estados. Cfr. MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro J. y VIELLEVILLE, Daniel, op. cit. pág. 173/186.

La información, que había sido revelada por dos informes del Comité de Asuntos gubernamentales del Senado estadounidense, establecía que el Riggs Bank había incumplido en relación a esas cuentas las obligaciones bancarias de “conoce a tu cliente”, “reporte de operaciones sospechosas”, e incluso había asistido al Pinochet acerca del modo de evadir órdenes provenientes de tribunales competentes españoles que congelaban sus cuentas bancarias⁵⁸

A resultas de todo ello hoy en día se propone una reformulación de la comity de modo que incorpore como mínimo 1) los intereses de la política exterior de los EE.UU; 2) las inquietudes de soberanos extranjeros en cuestión, y 3) los intereses mutuos de la comunidad de naciones en aras de promover un régimen legal internacional⁵⁹. Y allí se encuadra la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos que en relación a la jurisdicción para prescribir la ha recortado con los principios interpretativos según los cuales 1) la legislación del Congreso se entiende destinada a aplicarse exclusivamente en la jurisdicción territorial de Estados Unidos, a menos que se exprese lo contrario; y 2) un acto del Congreso nunca debe ser interpretado de tal manera que viole la ley de las naciones si es que otra interpretación es posible.

La comity, entendida así como un principio de reconciliación, pretende que la rama judicial “es capaz de armonizar los esfuerzos regulatorios del poder legislativo con la política exterior del poder ejecutivo, de tal modo que se le otorgue respeto e independencia a los soberanos extranjeros”⁶⁰

La evolución reseñada, nos permite considerar que Estados Unidos, tradicional paradigma del unilateralismo en materia de cooperación internacional, ha evolucionado en el sentido de mayor compromiso con la comunidad internacional, al menos en lo que respecta al combate de la corrupción, sea esta cometida en su propio territorio o en el de un tercer país; y que ello ha sido posible por el juego de las instituciones democráticas de ese país: el Poder Judicial, a través de los fallos reseñados; el Congreso de la Nación, con la reforma procesal en materia de asistencia judicial; y, según aventuramos, también aunque en forma menos visible, por la presión de la opinión pública norteamericana, a quien ya no le satisface que la corrupción deba permanecer impune como un requisito anejo a su calidad de potencia, y bajo cuya influencia estos cambios habrían sido posibles⁶¹

8.- Conclusiones

La corrupción ha sido desde el comienzo de la organización política una amenaza para la convivencia, al punto que la creación de la democracia lo ha tenido en miras como un problema a resolver; la ocasión que la globalización de la economía ha presentado para la

⁵⁸ MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro J. y VIELLEVILLE, Daniel E., op. cit. pág. 197

⁵⁹ MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro J. y VIELLEVILLE, Daniel E., op. cit. pág. 90.

⁶⁰ Idem, pág. 128.

⁶¹ Como opinión pública especializada anotamos en ese sentido a Martínez-Fraga y Vielleville, cuyo ensayo de sistematización seguimos en este punto. Cfr. MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro J. y VIELLEVILLE, Daniel, op. cit.

aparición de nuevas formas de corrupción y, a su vez, el renovado interés de la opinión pública internacional en ese flagelo podrían hacer pensar que actualmente tienen la suficiente relevancia como para poner en jaque a la democracia, que se encontraría inerme o, peor aún, cautiva, frente a ella. Sin embargo, el dinamismo propio de la democracia, a la que no corresponde entender en forma unidimensional, nos permite afirmar que se encuentra en condiciones de seguir luchando esa pelea, que es de todos los tiempos ya que la corrupción no obedece a los defectos de algún sistema, sino que es un es un pecado del hombre, en una arena distinta como lo es la de la interdependencia y la globalización.

Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Edit. Aranzadi, Navarra (España) 2010.
- BIGO, Pierre, *Doctrina Social de la Iglesia*, Instituto de Estudios Sociales, Barcelona 1967.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1996.
- CASSESE, Sabino,
- *La crisis del Estado*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2003;
- *El derecho global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Edit. Derecho Global, Sevilla (España) 2010.
- EIGEN, Peter, *Las redes de la corrupción*, Edit. Planeta, Buenos Aires 2004.
- GARCIA, Teseida, *El principio de reconocimiento mutuo*, Ponencia presentada en el Seminario sobre Cooperación Judicial Iberoamericana, Cartagena de Indias, Colombia Septiembre de 2010
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Edit. Aranzadi, Navarra (España) 2006.
- JUAN PABLO II,
- *Carta encíclica Sollicitudo rei socialis*, Ediciones Paulina, Buenos Aires 1988;
- *Carta encíclica Centesimus Annus*, Ediciones Paulina, Buenos Aires 1991.
- MARTÍNEZ, Gutenberg, *Más y mejor democracia*, Asociación civil de Estudios Populares, s/d
- MARTÍNEZ- FRAGA, Pedro J. y VIELLEVILLE, Daniel, *Hacia la unificación del Derecho Procesal Internacional*, Edit. Aranzadi, Navarra (España), 2006.
- PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia*, Conferencia Episcopal Argentina Oficina del Libro, Buenos Aires 2005
- REOS, Orlando, "Participación de la ciudadanía en la lucha contra la corrupción" en KLIKSBURG, Bernardo (compilador), *La agenda ética pendiente de América Latina*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2005
- ROSANVALLON, Pierre, *La contrademocracia*. La política en la era de la desconfianza, Edit. Manantial, Buenos Aires 2011.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Edit. Alianza, Madrid, 1982.
- VERVAELE, John, *El Derecho Penal Europeo*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires 2010.

- VILLORIA MENDIETA, Manuel “Corrupción en España”, en EIGEN, Peter, *Las redes de la corrupción*, Edit. Planeta, Buenos Aires 2004.

ⁱ Ponencia presentada en la Universidad Miguel de Cervantes, 2014.