

II Época • Año 10 • N° 20 • Octubre 2017



Revista Justicia

ASOCIACIÓN DE JUECES POR LA DEMOCRACIA



Revista Justicia

II Época • Año 10 • Nº 20 • Octubre 2017

© Asociación de Jueces por la Democracia (AJD)
Barrio Río de Piedras,
19 avenida y 8 calle S.O.
Edificio Madeleine, San Pedro Sula,
Honduras.
Tel. +504 2550 1292
E-mail:
ajuecesdemocracia@gmail.com
ajdemocracia@poderjudicial.gob.hn

Junta Directiva Nacional

Presidente: Reina Iris Mejía Rosado
Vicepresidente: Rubenia E. Galeano B.
Secretario: Raúl Iván Chávez Baca
Prosecretaría: Fany Isela Benett C.
Tesorera: Susana Celeste Cárcamo D.
Fiscal: Arnold Wilfredo Moradel C.
Primer Vocal: Yesika Dolores Granados S.
Segundo Vocal: Elizabeth C. Zambrano I.
Tercer Vocal: Leandra Lissett Vega M.

Director de redacción:
Guillermo López Lone

Esta edición de la Revista *JUSTICIA* es posible gracias al auspicio de la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (COSUDE). El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente representa la opinión de los auspiciadores ni de la AJD.

Portada: Participantes en Seminario Internacional Mecanismos Judiciales para el esclarecimiento de casos de corrupción a la luz de las experiencias de la CICIG y la MACCIH.
Diagramación e impresión:
Editorial Guaymurás, Tegucigalpa.
Diseño: Marianela González

EDITORIAL

- La MACCIH y su apuesta inmediata contra la corrupción3

DEBATE JURISDICCIONAL

- La MACCIH y el combate a la corrupción en Honduras: Avances y lecciones aprendidas
Juan Jiménez Mayor5
- Corrupción y represión penal
José Luis Ramírez Ortiz 15
- Corrupción e impunidad: Un círculo perverso
Adán Guillermo López Lone29
- La corrupción en la adjudicación de contratos a empresas en los municipios de Alemania y las medidas legislativas para combatirla
Ingrid Heinlein33
- La separación de poderes y la prevención del delito en la lucha contra la corrupción
Joaquim Bosch.....38

INFORME ESPECIAL

- La función del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en la investigación de violaciones a Derechos Humanos..... 51

ACTUALIDAD SOCIOJURÍDICA

- Impunidad, corrupción y derechos humanos: ¿Qué es lo que resguarda el corazón del Estado?
Mónica Mazariegos Rodas.....79
- Nuevas consideraciones sobre la corrupción desde la perspectiva sociológica
Beatrice Morgenthaler.....83
- El juez puede ser un «polinizador» de la mediación
Antonio Fullea85

La MACCIH y su apuesta inmediata contra la corrupción

Después de aproximadamente año y medio de estar funcionando, la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH) continúa buscando la tecla que le permita abrir uno o más procesos de investigación que se conviertan en casos paradigmáticos, y que sea fácil leer en ellos el sello de la Misión. Tremenda tarea la que tiene entre manos, en un entramado institucional nada favorable a sus iniciativas.

Es cierto que es posible apreciar la transferencia de capacidades técnicas de la MACCIH en algunos juicios contra Mario Zelaya por el desfalco de miles de millones de lempiras al Seguro Social; de igual modo, sus aportes a la aprobación de la ley de política limpia, a la creación e instalación de los tribunales anticorrupción y a la conformación de la Unidad Fiscal contra la Impunidad y la Corrupción (UFECIC), en el Ministerio Público, así como sus esfuerzos respecto al funcionamiento de un observatorio de Justicia Penal. Sin embargo, para su correcta y justa valoración, todas estas acciones demandan de la Misión logros concretos en el campo de la investigación.

La legitimidad de la MACCIH se juega en ese campo: en el de los casos de corrupción que puedan ser investigados y llevados a los tribunales de justicia. En este plano está su futuro y la posibilidad de conseguir mayores cuotas de confianza, reconocimiento y apoyo de la ciudadanía que, en el caso de Honduras, no puede esperar menos que resultados.

Al respecto resultan prometedoras las declaraciones que el vocero de la MACCIH, don Juan Jiménez Mayor, ofreciera recientemente, en el sentido de que han entregado a la UFECIC tres grandes investigaciones de corrupción; entre estas el «caso cachiros», en relación con el expresidente Porfirio Lobo Sosa; el segundo caso apunta a los exintegrantes del Consejo de la Judicatura, en el que incluso se relaciona al expresidente de la Corte Suprema de Justicia, Jorge Rivera Avilés, «por una serie de hechos presuntamente cometidos y que implicarían gravísimas responsabilidades de corrupción», según sus declaraciones. El tercer caso no lo nombró, y se limitó a decir que «es muy sensible».

Así las cosas, y dando por hecho que podrán conseguirse las coordinaciones imprescindibles en el seno de la MACCIH-OEA, y que el Ministerio Público se comprometerá con estas investigaciones en marcha, seguramente en un corto plazo los jueces anticorrupción serán puestos a prueba con estos nuevos casos, y constataremos la eficacia del entramado que se ha ido construyendo para perseguir y juzgar a los delincuentes de «cuello blanco».

La MACCIH y el combate a la corrupción en Honduras: Avances y lecciones aprendidas

*Juan Jiménez Mayor**

Muy buenos días distinguidos miembros de la mesa principal, señores jueces, juezas, magistrados, invitados especiales y quienes nos acompañan por el Facebook.

¿Cuál es la legitimidad democrática de un juez?

¿Cómo es que un juez dentro del sistema del Estado, del sistema político, encuentra su nicho de democracia?

Algunos dicen que es una delegación de segundo grado, del Poder Legislativo por ejemplo, que le da esa legitimidad democrática para que actúe. Pero otros dicen que no, que en realidad la legitimidad democrática —y yo me inspiro en eso— proviene del poder constituyente, de la Constitución y de una garantía fundamental para su trabajo, que es la independencia.

Ustedes, jueces, tienen la delegación de la nación, del poder fundamental del Estado, para proteger la Constitución, para proteger las normas y proteger los derechos humanos; esa es la función principal, para eso están los jueces.

Permítanme empezar con esta reflexión, para plantearles la necesidad de que reflexionemos sobre el problema de la independencia judicial, porque es el «problema» de nuestros países; ya no solamente el factor político de intromisión permanente, de injerencia indebida del poder frente a las instancias jurisdiccionales.

Hace pocas semanas en Honduras, un alto funcionario público, un ex vicepresidente del Consejo de

la Judicatura, fue sentenciado y condenado por tráfico de influencias, por presionar indebidamente a una jueza para una resolución judicial. Creo que ese tipo de decisiones que los tribunales de Honduras están tomando frente a situaciones de impunidad que se presentaban en el país, están planteándonos que las cosas no son como antes.

Quien me precedió en el uso de la palabra señalaba cómo se originó esta Misión y los factores distintos que originaron la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), que fue concebida como un proyecto importante para luchar contra los aparatos clandestinos de poder, surgidos del viejo conflicto en Guatemala, que tantos problemas generó en ese país. Como se dijo también, esta semana la CICIG está cumpliendo diez años de funcionamiento, diez años de avatares, de luces y también de sombras, pero es una Misión que con la masa crítica que la ha venido acompañando, está logrando resultados importantes.

Permítanme hacer una segunda reflexión sobre qué significan estas misiones internacionales para el continente. La primera convención internacional contra la corrupción es la Convención Interamericana; en marzo de este año, hemos cumplido veinte años de la puesta en vigencia de esta Convención que es, después de la carta de la OEA, la que tiene mayor número de países signatarios.

La corrupción es un problema, pero no siempre fue así. Antes pensábamos que la corrupción era el costo del crecimiento económico, el costo del desarrollo y que era un problema interno de los países; es decir, que era un problema de Colombia, de Honduras,

* Vocero y Representante Especial del Secretario General de la OEA en la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras (MACCIH).

de Guatemala, pero no un problema internacional. La Convención implicó quebrar ese paradigma para efectos de esclarecer, efectivamente, que la corrupción es un problema de preocupación internacional, y que organismos internacionales tienen que avanzar para ayudar a los Estados en esta mecánica.

Luego vino la Convención de Naciones Unidas, que tiene menos años que la Convención de la Organización de Estados Americanos (OEA). En 2001 hubo otro hito importante, que es la creación por consenso de los Estados de las Américas, del mecanismo de seguimiento para la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que ha tenido un papel importante en la región, para establecer estándares internacionales que deben ser cumplidos. Esto ha permitido que se puedan configurar elementos de prevención de la corrupción: las declaraciones juradas de funcionarios públicos, por ejemplo. Los nuevos delitos que se plantean en la región, como el enriquecimiento ilícito, siguen siendo un desafío en las Américas, porque lo que estamos viendo es que los tipos penales existen, pero los mecanismos de investigación están siendo afectados por una serie de barreras, que también tenemos aquí en Honduras.

Por ello es necesario que transitemos entre los países con información que permita incriminar o probar los hechos delictivos. Un elemento importantísimo, que también viene de la Convención de Naciones Unidas, es el tema de incautación de bienes; la forma más eficiente de combatir el crimen, es quitándole los recursos a los criminales, y en esto hay que funcionar como Estado de forma sistémica, con inteligencia financiera, con investigación forense y con mecanismos como la legislación de colaboración eficaz.

Fíjense cómo cambian los tiempos. En los años 80 y 90, los presidentes estaban con muchos escándalos de corrupción: Allan García en Perú, Carlos Menen en Argentina, otros en Brasil y Colombia; todos

salpicados por la corrupción, pero, ¿cuántos de esos presidentes han sido investigados y sancionados por hechos de corrupción? Esto ha venido cambiando en el tiempo, y en Centroamérica también.

Quiero narrarles, brevemente, un caso de mi experiencia personal. Perú fue el primer país de América Latina en enfrentar un problema de gran corrupción: el expresidente Fujimori, preso hoy día con una condena de 25 años, por corrupción y violación de derechos humanos, con su asesor Vladimiro Montesinos, un tipo siniestro que manejaba los servicios secretos del Estado. Enfrentamos ese problema en el Perú: 300 mega procesos de corrupción, más de dos mil personas involucradas, investigadas por un sistema judicial debilitado, y un Ministerio Público sin las

capacidades, cuando recién estaban comenzando los procesos de internacionalización de la cooperación internacional judicial. Suiza nos ayudó muchísimo, aplicando el principio de que no requiere ser solicitada, sino que la cooperación internacional acude de manera voluntaria; fue el primer caso en el mundo de este tipo de cooperación.

Esto implicó una gran decisión política de unir esfuerzos, por lo que yo diría que: «Sin decisión política,

no se puede enfrentar la corrupción». Los fiscales pueden tener toda la voluntad, y ojalá que la tengan y sean firmes, pero tiene que haber también decisión política. En el Perú fueron investigados, procesados y condenados por corrupción militares de alto rango, jueces, magistrados de la Corte Suprema, la exfiscal de la nación o fiscal general, como se le llama acá, empresarios, dueños de medios de comunicación, diputados y miembros del sistema electoral.

Se recuperaron más de 300 millones de dólares en cuentas extranjeras; fíjense en las capacidades que puede tener un país, que en los años 2000, 2001 y 2002 pudo ubicar cuentas y pedir la cooperación internacional para que le fueran devueltas. Estamos

Un elemento importantísimo, que también viene de la Convención de Naciones Unidas, es el tema de incautación de bienes; la forma más eficiente de combatir el crimen, es quitándole los recursos a los criminales.

hablando de un esfuerzo enorme que se tuvo que hacer para poder enfrentar un gravísimo problema que, según los estudiosos, era la cooptación del Estado por una estructura criminal que capturó el país para efectos de obtener ganancias ilegales y generar un sistema que creían ellos «perpetuo» —porque así son los dictadores— y que finalmente cayó, como caen todas las dictaduras.

Permítanme hacer una tercera reflexión: ¿Hacia dónde vamos con estas misiones? ¿De qué estamos hablando? ¿Por qué misiones internaciones? ¿Por qué tiene que haber apoyo internacional en un país para enfrentar este problema? Porque es un desafío enorme, sin duda.

Lo que está detrás de todo esto como construcción teórica o construcción jurídica, de lo que podemos hablar ahora sobre este tipo de aportes de la comunidad internacional a los Estados en las Américas, o a cualquier país del mundo que tenga este problema es, fundamentalmente, de la idea de ir reconociendo, o construyendo, lo que podría ser un «sistema interamericano contra la corrupción». Y aquí permítanme hacer un símil con el sistema de derechos humanos, porque hay otro paradigma que se está rompiendo: ustedes verán que en la Convención Interamericana contra la Corrupción no existen las palabras «derechos humanos», y verán que en la Convención Americana de Derechos Humanos la palabra «corrupción» tampoco existe. ¿Eso significa que no hay conexión entre ambas? ¡No! Simplemente el problema no se vislumbró en aquel entonces, pero sí existe ahora y, obviamente, la corrupción afecta la vigencia efectiva de los derechos humanos. La desviación de recursos, las malas obras, los pésimos servicios públicos que reciben los ciudadanos, ¿cuál es el factor común en todo esto? Evidentemente la corrupción, la pobreza, la falta de recursos; y en Honduras, un país con 60% de pobreza, hablar de corrupción es un triple crimen y ese también es un elemento a considerar.

Hablar de misiones internacionales es hablar de una tercera ola de conceptos, de hitos que se están dando en las Américas respecto a cómo enfrentar la corrupción. ¿Podremos ir a tribunales internacionales, cuando la corrupción sea transnacional?

Hablar de misiones internacionales es hablar de una tercera ola de conceptos, de hitos que se están dando en las Américas respecto a cómo enfrentar la corrupción. ¿Podremos ir a tribunales internacionales, cuando la corrupción sea transnacional? Dejo la pregunta en el aire, pero quizá de aquí a veinte años, cuando miremos hacia atrás, podremos hablar efectivamente de lo precursoras que fueron estas misiones para ir adelantando en el tiempo la necesidad de este tipo de soluciones.

Mucho se ha dicho en el país, desde que llegamos, acerca de la CICIG y la MACCIH, y les confieso que ha sido muy complejo para nosotros porque se compara una misión que tenía nueve años, con nosotros que teníamos apenas días de haber llegado; pero sobre todo porque nos achacaban que no teníamos la competencia

que tiene la CICIG. Sin embargo, si uno ve los mandatos de la CICIG y la MACCIH, una cosa curiosa es que el mandato de la MACCIH es mucho más amplio; dentro del convenio tenemos seguridad pública, reformas al sistema de financiamiento electoral, reformas al sistema de justicia penal, y también el tema de lucha contra la corrupción, que incluye una serie de obligaciones para hacer prevención: trabajar con la Comisión Nacional de Bancos, la Procuraduría General

de la República, con la Oficina de Contrataciones del Estado, en fin. En este momento tenemos que priorizar, y la prioridad son las tareas de investigación; por lo menos es la dirección que yo le he dado a la MACCIH. Aquí es donde tenemos brechas para ayudar al Ministerio Público en esta tarea.

También nos diferenciamos de la CICIG en que esta puede hacer una investigación preliminar, o una indagación previa de manera autónoma, sin compartir su trabajo con los fiscales de Guatemala, y nosotros no. ¿Cuál es la competencia de la MACCIH? Trabajar casos conjuntamente con los colegas fiscales de Honduras; trabajamos desde el inicio en la investigación. ¿Eso es malo?, ¿es bueno?, cada cual saque sus conclusiones.

Lo que sí les puedo decir es que la ayuda internacional, la cooperación, viene a los países para fortalecer capacidades.

Les voy a contar un poco sobre el modelo que estamos construyendo. Llegamos al país tres personas, y hemos ido creciendo paulatinamente. En agosto llegaron dos expertos, con quienes comenzamos con el caso del Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS), y hemos estado planteando crear un sistema. Honduras necesita —y ustedes lo saben como jueces y magistrados— una reforma de la justicia penal, mejorar la jurisprudencia y también la infraestructura.

Pero eso va a tomar tiempo y requiere muchos recursos, y la MACCIH no puede esperar tanto, por lo que planteamos la necesidad de crear un sistema contra la corrupción. Este consiste en una Unidad Fiscal Especial Contra la Impunidad de la Corrupción (UFECIC), que inició el lunes con la juramentación de todo el equipo, conformado por más de 40 fiscales, analistas criminales, investigadores y analistas financieros que ya están trabajando.

Honduras se convierte así en uno de los pocos países en las Américas que cuenta con juzgados y tribunales especializados contra la corrupción; el otro país es Perú, que mantiene la misma estructura. Esto nos parece importante porque, crear una especie de subestructura dentro del Poder Judicial para procesar estos casos, hará el camino más corto de lo que será la gran reforma judicial que debe tener el país.

Esto no significa que la MACCIH deje de apoyar al resto de tribunales o de fiscalías, porque se va a trabajar también con ustedes en una serie de programas y de mejoras a través del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, cuyos integrantes están llegando el 21 de este mes, para iniciar los trabajos de acompañamiento.

¿Qué significa todo esto? Que seleccionado un caso, creamos grupos especiales de trabajo a los que llamamos Equipos integrados de investigación y persecución penal. Esto implica que los fiscales, los analistas y los investigadores de la MACCIH trabajan con el fiscal de Honduras, con investigadores de Honduras y los penalistas de Honduras. Lo nacional y lo internacional se fusionan para planificar un caso, para planificar la investigación y generar la ruta de operaciones conjuntas que hacemos en el tema de investigación para

desarticular lo que el concepto de nuestro mandato llama «redes de corrupción». La MACCIH solo ve los casos de redes de corrupción.

Si la idea es fortalecer capacidades en el más corto plazo, una buena solución es que trabajemos conjuntamente, somos socios con el Ministerio Público. Con Poder Judicial no podemos ver casos, por el principio de la garantía institucional de la independencia, pero sí trabajamos en formación, en mejora de la gestión de las causas, y en otro tipo de circunstancias con una figura que tenemos en la Misión: ahora tenemos un juez internacional, que es chileno, que habla el mismo idioma que los jueces hondureños.

La fórmula de trabajo conjunto ayudará a construir un sistema que mejore las técnicas de investigación en el país. Creo que la tarea de involucrar a los colegas de la Fiscalía es importante. ¿En qué casos nos involucramos? Pues tal como ya se mencionó aquí, está el caso del Seguro Social, que está lejos de involucrar a todos los responsables; y sé que es un desafío, porque hay más de 46 investigaciones todavía pendientes.

Quisiera contarles algunos detalles sobre el trabajo que hemos realizado; nos hemos enfocado en una estrategia inicial, pero todavía tenemos muy poca gente, y este es otro dato de comparación: la CICIG tiene 200 funcionarios trabajando, y la MACCIH tiene 46; la CICIG tiene 80 personas solo en el área de investigación, mientras que la MACCIH tiene 13, pero estamos creciendo. Nuestro equipo de investigación llegó en enero de este año y, desde entonces, hemos venido fortaleciendo nuestro trabajo.

Para los amigos extranjeros que no conocen mucho la historia, el principal implicado en este caso, hasta el momento, es Mario Zelaya, el exdirector del IHSS, que construyó una estructura criminal para extraer fondos, recursos de los asegurados; esto generó la respuesta de «los indignados», que trajo a la Misión. Cuando llegamos iniciamos un trabajo conjunto con el Ministerio Público (en agosto del año pasado), y el señor Zelaya ya tenía más de dos años de estar detenido. Pero en Honduras nadie puede estar en reclusión más de dos años sin sentencia y, si eso ocurre, se puede pedir una extensión excepcional a la Corte Suprema.

En agosto pasado comparecería a una audiencia por un caso importante —no de los más graves pero sí

uno de los más significativos—llamado «El Migrante Hondureño»; este es un proyecto que emprendió el Seguro Social para afiliar a hondureños y hondureñas residentes en los Estados Unidos, con el fin de que sus familiares pudieran tener cobertura en salud en Honduras; recuerden que aquí tenemos un problema de desmembramiento de familias.

Pues bien, estos señores se dedicaron a sobrevolar pasajes a Estados Unidos, viáticos, y no para inscribir hondureños, sino para pasear y hacer otras actividades que no estaban relacionados con la tarea del Seguro Social. El Sr. Bográn, el propietario de la agencia de viajes que vendió los boletos, estaba separado del proceso y no se había comprobado el fraude, la malversación o colusión, como se le llama a nivel internacional; por tanto, se recomendó que incorporaran a Bográn al proceso porque, de otra manera, solo condenarían al Sr. Zelaya por abuso de autoridad, pero lo iban a absolver del delito de fraude y corrupción. Solicitamos a la Fiscalía que postergara el caso para mejorarlo, la Fiscalía aceptó la sugerencia, y comenzamos a trabajar en el caso. Se reprogramó en enero y se logró la presencia de Bográn.

Y miren ustedes las paradojas, la condena que se logró para Mario Zelaya y sus cómplices es de 15 años de prisión, la mayor condena por delito de corrupción dada en Honduras hasta el momento. Mario Zelaya ya tiene más de 40 años de condena en prisión; sus casos todavía se verán en recursos de casación, pero lo importante es que por lo menos se alcanzó ese primer objetivo, que no haya impunidad respecto a las personas.

La Misión también trabaja otros casos, como el de «los Cachiros», que parte de la imputación que hizo un narcotraficante, en una corte de Nueva York, contra el expresidente Lobo y otros altos funcionarios públicos. Esto conlleva una investigación muy grande, donde están participando varias fiscalías y

la MACCIH. Son procesos complejos, que requieren mucha ciencia, mucha información. Estamos esperando respuesta a una solicitud de cooperación judicial internacional, y esperamos que esto se pueda dar en el corto plazo.

El caso de Bertha Cáceres, que también ha sido muy importante para la Misión, hay que determinar si existió o no existió corrupción en lo acontecido con los asuntos administrativos y contratos de la empresa involucrada. Esta es una hipótesis de investigación, en la que actualmente estamos trabajando con la Fiscalía de las Etnias del Ministerio Público.

Todo lo que estoy contando se ha dado en medio de un proceso de instalación; y vuelvo al punto de comparación entre la MACCIH y la CICIG: ¿Cuánto

tiempo le tomó a la CICIG instalarse? ¿Cuánto tiempo le tomó a los operadores idóneos comenzar su trabajo? ¿Cuánto tiempo Carlos Castresana (primer Comisionado de la CICIG) anduvo enfrentándose al Fiscal General y al Presidente de la Corte Suprema, porque no salían las cosas, porque no le hacían caso? No es fácil, no fue fácil para Castresana. Tenemos que hacer una lectura acertada, documentada, porque es un proceso. Y lo de MACCIH también es un

proceso pero, paralelamente a la instalación, hemos ido trabajando en temas que generen la certidumbre de hacia dónde queremos ir como Misión.

Hay mucha ansiedad, y somos proclives a la crítica. Pero ojalá pueda entenderse que es un proceso que se está haciendo de manera ordenada, estructurada y estratégica. Quiero decirles que en esto también tenemos una diferencia con la CICIG; nosotros tuvimos en el Ministerio Público de Honduras un gran aliado, pues el Fiscal General Oscar Chinchilla nos ha permitido avanzar muchísimo; ya tenemos la UFECIC, una instancia que ha sido conformada luego de un proceso muy riguroso que ha tomado siete u ocho meses para poder elegir a las personas idóneas

Ya tenemos la UFECIC, una instancia que ha sido conformada luego de un proceso muy riguroso que ha tomado siete u ocho meses para poder elegir a las personas idóneas.

que serán los operadores que conducirán este proceso; quienes van a estar parados ante un tribunal son los fiscales de Honduras, quienes van a resolver los casos de corrupción son los tribunales de Honduras, y quien va a modificar la Ley es el Congreso de Honduras.

El otro día estábamos en una rueda de prensa y alguien me dijo: «Otra vez se la hicieron Sr. Jiménez, porque le cambiaron la Ley». Y yo pregunto: ¿Se la hicieron a la MACCIH o se la hicieron al país? Acaso la CICIG no está también en la misma controversia con el Parlamento guatemalteco, pidiendo la reforma constitucional, pidiendo reformas legales. No nos engañemos, estamos viendo los problemas de costado, cuando los problemas son nuestros. Nadie mira, nadie sale y nadie critica. No esperen que las misiones hagan todo el trabajo; es un trabajo de todos.

La Misión es un factor importante, sí, por su mandato. Pero hay que entender que estos procesos requieren de un fuerte compromiso de coaliciones de nuestra sociedad y del Estado que nos permitan avanzar. Y yo rescato en todo este proceso que la institucionalidad del Ministerio Público haya sido muy proactiva; la Corte Suprema de Honduras también ha sido muy colaboradora para poder tener estos jueces, estos juzgados y estos tribunales que entrarán en funciones el próximo lunes, y que también van a significar un elemento de cambio en la materia.

Entonces, creo que aquí estamos transitando — como seguramente también en Guatemala—, por un proceso precursor en las Américas de lo que podría ser la construcción a futuro de un nuevo modelo de apoyo a los países, de un sistema interamericano contra la corrupción, que pueda tener dentro de la Organización

No nos engañemos, estamos viendo los problemas de costado, cuando los problemas son nuestros. Nadie mira, nadie sale y nadie critica. No esperen que las misiones hagan todo el trabajo; es un trabajo de todos.

un esquema de expertos internacionales que puedan ir supervisando los temas de apoyo y peticiones, como lo hace la Convención Interamericana de Derechos Humanos, haciendo informes y planteando sugerencias. Yo vengo con el proyecto de que la OEA impulse la creación de un tribunal penal internacional contra el crimen organizado.

Corrupción habrá siempre, está en el ADN de todos. La cuestión está en cómo podemos controlar eso y, sobre todo, cómo controlamos la impunidad. Ese es el problema. Puede haber corrupción, pero lo que no puede haber es impunidad, porque la impunidad, finalmente, es la gasolina que fomenta la corrupción.

El papel de ustedes, jueces, magistrados, es controlar eso y tiene que haber señales claras. Aquel que cometa un crimen tiene que pagar por eso, sea quien sea. Obviamente, les llegarán los casos que la Fiscalía quiera, no depende de ustedes. Por eso es que estamos impulsando tareas de investigación mucho más tecnificadas con el Ministerio Público.

Así que este es buen espacio para reflexionar sobre estos temas. Las misiones tenemos un límite, que es donde comienzan ustedes. Nosotros no les hacemos las sentencias, ni les decimos lo que tienen que hacer; y les voy a comentar algo: me critican porque hablo, porque digo y presento el caso y dicen que la MACCIH tiene que ser neutral, que no debería hablar, y yo les digo: ¡No! La MACCHI no es neutral, es parte acusadora. Salimos con el fiscal a defender el requerimiento y a defender la acusación.

En fin, muchas gracias por la invitación y la atención a estas palabras.

MODERADORA: Muchísimas gracias por esas palabras, que seguramente nos permitirán reflexionar en otros espacios. Yo solamente quiero resaltar una frase, que seguramente también forma parte del día a día en nuestros países centroamericanos, y es: «Sin decisión política, no se puede enfrentar la corrupción».

Pasamos a un espacio de preguntas y respuestas de parte del Sr. Jiménez Mayor; tenemos con nosotros a Julio Arbizú Gonzales, Jefe de Gabinete de la MACCIH, que también podrá contestar algunas interrogantes.

1. **JOSÉ CRUZ, JUEZ DE SENTENCIA DE EL SALVADOR:** ¿Cómo piensan enfrentar la circunstancia de que no podrán hacer investigaciones autónomas? Esto en el sentido de que el crimen organizado o la corrupción, a pesar de que hay filtros para seleccionar a las personas que van a trabajar en la investigación, siempre tratan de penetrar. ¿Consideran una debilidad el hecho de no poder hacer investigaciones autónomas, porque tienen que estar a la par del Fiscal de Honduras?

JUAN JIMÉNEZ MAYOR: Gracias por la pregunta, porque me permite hacer algunas precisiones para que se entienda mejor nuestro papel. Los casos máximos son aquellos que serán llevados a esta nueva Unidad Fiscal. ¿Quién escoge los casos?, la MACCIH. Dentro de esa Unidad va a funcionar un Centro Certificado de Denuncias: toda denuncia de corrupción en Honduras pasará por ahí y servirá como centro de distribución. Un caso grande se quedará en la UFECIC, y los que no se consideren relevantes pasarán a la unidad competente en la materia.

Nosotros trabajamos juntos, y eso no es una debilidad, es una fortaleza, porque nos permitirá trabajar con los colegas que han sido seleccionados dentro de un marco muy riguroso; han pasado pruebas del polígrafo, ellos y sus familias van a tener seguridad, y son personas que consideramos harán un excelente trabajo. La Misión dentro de su mandato tiene una palabra que voy a incorporar ahorita: tiene una labor de supervisión del sistema; hacemos informes semestrales

que presentamos al Consejo Permanente de la OEA, donde señalamos todo lo bueno, lo malo, lo bonito y lo feo de lo que está pasando en la lucha contra la corrupción en el país. Es importante aclarar que el trabajo conjunto es algo que va a permitir mejorar el sistema de justicia, porque los ojos de la MACCIH están en los casos.

Le voy a contar un dato; el día que condenaron a Teodoro Bonilla, que fue un caso que trabajamos con el Ministerio Público, ese día absolvieron a Saro Bonano, un exministro de Obras Públicas; en este caso no estaba la Misión. Ese mismo día condenaron a uno y absolvieron a otro.

Yo creo que hay que apostar y no pensar que ingresando al terreno, a la cancha, vamos a perder el partido. Vamos a ganar, estamos bien. Por lo menos en la arquitectura, en el diseño, en la estrategia, todo se está haciendo como lo tenemos planificado, y hay un tema del que hay que estar pendiente: se trata de la Ley de Colaboración Eficaz, una Ley que se requiere en el país para poder incriminar a quien realmente se debe incriminar, a los peces gordos. La gente tiene que entregar información.

2. ¿La MACCIH va a investigar el caso de la ilegal, inconstitucional e ilegítima reelección del actual Presidente de la República?, ¿también la no reforma a la Ley Electoral, que deja en desventaja y violenta los derechos a los otros partidos que están en la contienda política?

JUAN JIMÉNEZ MAYOR: Esa pregunta me la hicieron desde que llegué a Honduras y creo que ya saben mi respuesta, pero la repito: el concepto de corrupción que estamos manejando en la MACCIH es un concepto de exenciones ilegales; es decir, de perjuicio al patrimonio público, de aquellos que están robando el dinero del Estado, que están afectando los recursos públicos y que los están privatizando de manera ilegítima.

Todos los partidos de este país quieren halar agua para su molino con la MACCIH, somos parte de la campaña electoral; unos nos quieren, otros no, pero nos mantenemos firmes en los principios

de nuestro mandato y bajo los criterios de no politizar a la Misión; ese es uno de los factores que va a hacer que esta Misión funcione.

Aquí pide la gente que se vaya la MACCIH y que venga la CICIG, pero eso no va a pasar señores, no va a pasar. Aquí hay una apuesta de la comunidad internacional, la Misión está haciendo su trabajo, y pueden criticar, pero no estén jugando con este tipo de escenarios internacionales, porque las cosas no son como me parecen, sino que son como son.

3. **CLAUDIA LÓPEZ, JUZGADO ESPECIAL CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA:** Mi pregunta se relaciona con la Ley de Colaboración Eficaz. Recientemente se aprobó la Ley de fiscalización a los partidos políticos, conocida como Ley de Política Limpia, que fue trastocada en el Congreso y se registró un retroceso, porque ahora se permite a las concesionarias aportar a las campañas políticas. Si se está construyendo una legislación para evolucionar y avanzar, ¿cómo van a sortear esas situaciones donde el mismo Congreso trastoca la voluntad, y cuando vemos que hay otros intereses en el Congreso relacionados con regular una reelección que todas y todos sabemos que es ilegal? ¿Qué medidas de presión puede ejercer la MACCIH para que lo que se aprueba en el Congreso respete su voluntad?

JUAN JIMÉNEZ MAYOR: ¿Por qué nos echan la culpa a nosotros? ¿Qué va a hacer la MACCIH? ¿Y qué hay del país, de la sociedad civil, de la oposición, qué hay de los medios de comunicación? Hace poco todos fueron testigos de que un diputado suplente pidió la palabra y dijo, «hay que reconsiderar esto...» y entonces, ¿nadie se da cuenta? Hay que estar atentos.

La Ley de Colaboración es una ley técnica; el Poder Judicial acaba de emitir un dictamen que ha tenido cinco o seis cambios, como resultado del trabajo de la MACCIH, y el dictamen ha sido positivo, con algunas cosas que hay que reconsiderar.

La Misión en su último informe recomienda muy respetuosamente al Congreso Nacional que

ese tipo de situaciones no se debe dar, porque afecta la seguridad jurídica del país, y ese es un elemento importante sobre el cual ya hemos llamado la atención.

4. **AROLDO VÁSQUEZ, JUEZ DE SENTENCIA DE GUATEMALA:** Trabajar el tema de la lucha contra la impunidad y la corrupción en nuestros países no es trabajar enfocados en algo, porque esto es un fenómeno, no es un hecho aislado, cruza fronteras. En Guatemala ahorita estamos pasando un momento trascendental; con cada golpe que se les da, las estructuras criminales tratan de reestructurarse, de evolucionar, de comportarse de manera distinta. El reto es trabajar frontal y valientemente; las redes criminales están atacando a la CICIG y se están preparando para atacar a periodistas. Es un trabajo institucional que se debe fortalecer partiendo del entendido de que no habrá ningún cambio si no hay jueces éticos, porque se está atacando estructuras con esquemas históricos en nuestros países.
¿Ha observado usted tierra fértil para trabajar ardua y coordinadamente, de tal forma que la institucionalidad democrática gane sobre el oscurantismo que nos tiene sumidos en esta problemática de crimen organizado e impunidad?

JUAN JIMÉNEZ MAYOR: Sr. Juez, fíjese que cuando llegamos al país, nos dijeron: «No hay capacidades, no vas a encontrar abogados, fiscales o jueces buenos», y eso es falso. Hemos encontrado gente de mucho nivel, gente muy comprometida tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público. Eso es lo que nos alienta a seguir, a que estos procesos vayan de la mano; nos genera una enorme oportunidad, creo que está el germen. Necesitamos una población que se informe, y vuelvo al caso del Sr. Bonano: nadie supo nada, nadie publicó nada, nadie escuchó nada.

5. Ustedes como MACCIH, ¿tienen facultades para investigar el tan anunciado fraude electoral?, porque ya van dos veces que le meten gato por liebre al pueblo hondureño, después del golpe

de Estado. ¿Cómo van a enfrentar un fraude ya normalizado en la población, cuando algunos medios de comunicación sostienen que habrá fraude y que el partido oficialista va a gobernar 4 o 50 años más?

JUAN JIMÉNEZ MAYOR: Nuestro papel, en los próximos comicios, es identificar casos de financiamiento ilícito en la campaña electoral; si narcotraficantes, extorsionadores, si corruptos están metiendo plata en la campaña electoral. En eso estamos trabajando y somos muy respetuosos de los alcances de otras misiones, de la Unión Europea, de la OEA y de muchos países que seguramente van a verificar lo que usted comenta.

6. Tengo informes de una fuente del más alto nivel del Ministerio Público de que un respetado fiscal anticorrupción, como es el abogado Luis Javier Santos, ha sido seleccionado para dirigir la unidad de fiscales contra la corrupción. Sin embargo, no se anunció su nombramiento; además, tengo informes de que ha habido fuertes movimientos de poderes fácticos y corruptos, que intentan impedir que un fiscal con tanto prestigio y trayectoria en la lucha contra la corrupción, como Luis Javier Santos, no esté al frente de la Unidad; sospechosamente, en ese acto o intento apareció el Presidente de la República.

Como ciudadana de este país que participó activamente en el movimiento de las antorchas, pido a don Juan Jiménez que en este momento nos diga si es cierto o no que en el proceso de selección resultó elegido este fiscal, que incluso fue objeto de un atentado que lo dejó al borde la muerte y tuvo que salir del país varios años y que, en lugar de lamentarse, se preparó y regresó al Ministerio Público para luchar contra la corrupción.

JUAN JIMÉNEZ MAYOR: El proceso de selección de los 43 funcionarios entre fiscales, investigadores y analistas comenzó en febrero de este año y

el proceso se ha llevado a cabo con absoluta normalidad. Se ha hecho una selección impecable y el proceso finalmente se lanzó el lunes pasado, con la idea de poder establecer el mecanismo de inicio de operaciones. Hay tres personas con todas las competencias para asumir la jefatura de la Unidad, y estamos en este momento en ese proceso de determinación. Yo les pediría tranquilidad, se ha realizado un proceso muy riguroso, el doctor Santos tiene todos los pergaminos, y esperamos que esto se lleve por la ruta adecuada, que es lo que la MACCIH considera necesario para el país.

7. **IGNACIO GARCÍA, COSTA RICA:** Ustedes tienen aquí en Honduras casos emblemáticos de delitos de cuello blanco, como el de Bertha Cáceres. En mi país, Costa Rica, actualmente, se ordenó la comparecencia de una expresidente, por haber declarado de interés público la exploración minera de una empresa, que también tiene operaciones en Honduras y en Nicaragua. Ese caso se ventiló en los tribunales y ahora está en discusión, en arbitraje internacional. Aprovechando que usted ha fungido en organismos internacionales y también que hay asistencia de la cooperación internacional, ¿qué modos de inversión directa ha encontrado la MACCIH en los casos de extracción de elementos naturales? ¿Qué ha podido investigar la MACCIH en ese ámbito?

JUAN JIMÉNEZ MAYOR: El caso que estamos analizando nos ha generado preocupación por el lado que usted comenta, porque la inversión que viene a nuestros países tiene que ser una inversión de calidad, la especulativa es la que hay que evitar; esto implica que debe cumplirse estándares de parte de la industria, de los inversionistas. Yo supongo que un inversionista europeo, que pone su dinero en una firma que administra sus fondos, no le gusta que su dinero sirva para financiar proyectos que no se adecúan a los estándares ambientales, a los de cumplimiento de los derechos humanos.

En el caso que usted comenta, nos llama la atención que entidades financieras internacionales, inclusive europeas, de Finlandia, de Holanda, hayan visto el proyecto, me imagino en un informe que les presentó una firma de abogados, donde se les dijo que todo estaba bien. He hablado con personas que están preocupadas porque incluso estas empresas deben incorporar estándares de cumplimiento, de verificación, para asegurar que efectivamente esa inversión está acorde con esos estándares. No obstante, aquí encontramos el único caso en el mundo en que un viceministro está preso por haber otorgado una licencia sin consulta previa.

8. **DAVID ROMERO, PERIODISTA DE RADIO GLOBO:** Las élites políticas y económicas se han reagrupado y, según el ambiente que vemos, hay una campaña sistemática para desprestigiar a la MACCIH y fundamentalmente a Jiménez Mayor. Hay una comparación muy sospechosa entre lo que hace la CICIG en Guatemala y la MACCIH en Honduras. Hoy nos hemos enterado de que, después de toda esta conspiración a lo interno, hubo movimientos el domingo y personajes del Gobierno lo abordaron para ver de qué manera

inciden fundamentalmente en que esta nueva unidad fiscalizadora pueda ser manipulada. Hoy también nos hemos enterado de que en las cúpulas se están movilizandando para poder neutralizar el trabajo de la MACCIH en Honduras. Sinceramente doctor, me gustaría un comentario de su parte.

JUAN JIMÉNEZ MAYOR: Desde el 16 de abril de 2016, cuando llegué a Honduras, yo sabía que este no sería un trabajo fácil, y no lo ha sido. Nuestro trabajo es un trabajo ético, íntegro; contra mí han querido hacer campañas constantemente, igual sucedió en mi país. Así que yo he estado en escenarios muy fuertes y no tengo ningún problema. Estoy aquí, fuerte, cumpliendo el mandato, y sí quisiera que hubiera más militancia en la gente. Siempre tendremos desafíos de este tipo; soy una persona que he venido a construir una Misión, a procurar que esa Misión tenga relevancia para el cumplimiento de su mandato, que tenga personas que puedan acompañarnos en ese mandato, y eso es lo que estoy haciendo. Y cuando no pueda se los diré. Aun con muchos desafíos, las cosas se han estado haciendo.

Corrupción y represión penal*

José Luis Ramírez Ortiz**

1. Consideraciones preliminares: 11 tesis en la lucha contra la corrupción

1.1. *La ecuación de la corrupción y el marco económico y político*

Se debe a Klitgaard la famosa ecuación de la corrupción ($C=M+D-A$). Esto es, corrupción (C) es el resultado del nivel de monopolio de las decisiones (M) más el de la discrecionalidad de los decisores (D), menos el de las rendiciones de cuentas que se imponen a estos. En definitiva, a mayor nivel de monopolio en la toma de decisiones, mayor discrecionalidad en los decisores y menos rendiciones de cuentas preceptivas, mayores posibilidades de prácticas corruptas.

Por su abstracción, dicha fórmula nada indica explícitamente acerca del marco económico y político más favorable o desfavorable para la corrupción, pero, a poco que se reflexione sobre ello, salta a la vista que tanto la infraestructura económica como la superestructura política e institucional no son en absoluto irrelevantes a los efectos que nos ocupan. Ciertamente, los regímenes autoritarios son, por definición, corruptos, pero no es menos cierto que regímenes formalmente democráticos, en los que operan irrestrictamente los poderes fácticos del mercado, constituyen el caldo de cultivo idóneo para la corrupción.

* El presente texto es un resumen de la intervención en el Encuentro de Juristas Europeos y Centroamericanos «Mecanismos judiciales para el esclarecimiento de casos de corrupción a la luz de las experiencias de la CICIG y la MACCIH», celebrado en Tegucigalpa los días 7 y 8 de septiembre de 2017.

** Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.

1.2. *Once tesis en la lucha contra la corrupción*

En la exposición partiré de una idea: el Estado constitucional es la organización política más adecuada para abordar integralmente el fenómeno de la corrupción. A partir de ahí, extraeré varias consecuencias y matizaciones, que expondré a modo de enunciados afirmativos o tesis.

1.2.1. **El Estado constitucional es el modelo político idóneo para prevenir y perseguir la corrupción.**

El Estado constitucional se caracteriza, en síntesis, por conjugar de modo óptimo y equilibradamente instituciones demoparticipativas (aquellas que permiten que todos los ciudadanos ejerciten por sí mismos el poder político) y demoprotectoras (orientadas a la protección de las personas frente al poder político). Por tanto, si la corrupción se define como la utilización del poder público para la obtención de ganancias particulares ajenas al interés general, resulta evidente que la presencia equilibrada de ambos tipos de instituciones es la forma más eficaz de prevenirla y reprimirla.

Por el contrario, los regímenes autoritarios puros se caracterizan por la ausencia de instituciones demoparticipativas, lo que permite tildar a la corrupción de consustancial a ellos, en la medida que existe una confusión conceptual entre el interés particular de los gobernantes y el de los gobernados. Pero, del mismo modo, los regímenes democráticos puros, carentes de frenos demoprotectores, son fuente de corrupción, pues la simple regla de la mayoría no garantiza la salva-

guarda del interés general, que es el de la colectividad, y no solo el de la mitad más uno de los miembros del cuerpo político. Desde otra perspectiva, y en palabras de Benjamin Franklin, «la democracia (a lo que añadimos, sin frenos y concebida como la simple regla de la mayoría) son dos lobos y una oveja votando sobre lo que se va a comer».

1.2.2. Las amenazas al Estado constitucional favorecen la corrupción.

Esta afirmación es el corolario de la anterior, lo que reviste especial interés en estos tiempos, pues una de las principales amenazas al Estado constitucional proviene del neoliberalismo desregulador que identifica política y mercado y promueve un nuevo modelo de Estado limitado a las tareas de policía estricta, en el que carecen de sentido tanto las instituciones demoparticipativas como la demoprotectoras.

El mercado distribuye justamente los recursos sin ninguna intervención externa en una suerte de orden natural. Sin embargo, con ello se potencia el peso de los poderes informales, con lo que a la postre acaban instrumentalizando, cuando no fagocitando, las instituciones, que quedan al servicio de dichos poderes y las élites económicas.

1.2.3. No cabe hablar sobre corrupción (al igual que de Estado constitucional) en términos absolutos, sino de grado.

Ciertamente, coexisten modelos estructuralmente corruptos con otros que lo son solo tendencialmente, pero ningún modelo organizativo está, en principio, libre del fenómeno de la corrupción. De lo que se trata, por tanto, es de identificar las políticas públicas adecuadas para introducir medidas y condiciones para reducir al mínimo posible los niveles de corrupción.

1.2.4. A más Estado constitucional, menos corrupción.

De modo que el refuerzo de los principios propios del modelo y la lucha contra los postulados neoliberales devienen condiciones de eficacia en el combate contra el fenómeno.

1.2.5. La prevención es más eficaz que la represión.

En esta línea, al refuerzo de los principios estructurales del Estado constitucional (entre otros, la fuerza normativa de la Constitución, la incorporación a la misma de normas sustantivas que tracen límites negativos y vínculos positivos a lo que los poderes estén en condiciones de decidir legítimamente, la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, la rigidez constitucional, o la separación de poderes, entre otros) se suma el necesario abordaje de las variables de la ecuación, reduciendo, en consonancia con ello, el nivel de monopolio de los poderes decisores, su ámbito de discrecionalidad y aumentando las daciones de cuenta efectivas. Desde otra perspectiva, el hecho de que el programa de derecho penal mínimo forme parte del modelo evidencia la importancia de la prevención frente a la represión.

En el particular caso español, los ámbitos prioritarios de actuación, desde esta perspectiva, son la financiación irregular de partidos políticos, la gestión del urbanismo y la regulación de los conflictos de intereses previos, simultáneos y posteriores al ejercicio de cargos públicos.

1.2.6. La represión ha de acomodarse a los principios del Estado constitucional.

Lo dicho hasta ahora no es óbice para reconocer la relevancia de la represión, pues el derecho penal tiene un papel disuasorio innegable. Ahora bien, dicho papel depende, más que de la gravedad de las penas, de la probabilidad de que se impongan sanciones al infractor y de la celeridad con que le sean impuestas.

En cualquier caso, la represión ha de ajustarse a los principios del modelo, afirmación que encuentra en su favor razones tanto político-constitucionales como pragmáticas.

Por lo que respecta a las primeras, frente al derecho penal autoritario, caracterizado por ser una técnica de refuerzo del poder que persigue el objetivo de la autoprotección del mismo, lo que da lugar al llamado derecho penal máximo, el derecho penal del Estado constitucional es, ante todo, una técnica de limitación del poder, destinado a tutelar derechos fundamentales, lo que se traduce en un modelo de

derecho penal mínimo. En este modelo rigen los principios de lesividad (prohibición de conductas dañosas para las necesidades de convivencia social externa), esencialidad (prohibición de conductas de dañosidad social especialmente importante), subsidiariedad, taxatividad y correspondencia con la realidad o verificabilidad empírica.

Consecuentemente, la intervención penal solo es legítima en el caso de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, solo se sancionan los actos ejecutivos (consumados o intentados), y de modo muy excepcional los preparatorios, siempre que supongan lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y en ningún caso son sancionables los actos internos. No es compartible, por tanto, la administrativización del derecho penal propia de la denominada «sociedad del riesgo».

En cuanto a las segundas, los riesgos del maximalismo penal son paradójicos: el efecto «boomerang» o «el cazador cazado». Y es que, si se abandonan los principios antes expuestos, puede acabar convirtiéndose en delito de corrupción aquello que interese coyunturalmente al poder que debiera ser investigado, como por ejemplo, el hecho de que el fiscal o juez encargado de la persecución no declare a efectos de incompatibilidades estatutarias una actividad secundaria irrelevante (v.gr. el ejercicio de la docencia privada o pública), así como emplearse métodos desproporcionados para asegurar fines espurios (como la introducción de la prisión preventiva obligada para el delito de prevaricación judicial en el Código Procesal hondureño).

1.2.7. Sin independencia judicial, imparcialidad policial-fiscal, y estricta sujeción a la legalidad no hay represión penal legítima ni eficaz.

Nos encontramos ante precondiciones absolutas de eficacia del sistema represivo. Si el poder político-económico influye sobre el juez del caso (directa o indirectamente mediante el control de la carrera judicial a través del régimen disciplinario o el de nombramientos o ascensos), no puede haber represión efectiva de la corrupción. Un juez no independiente no es el tercero institucional que resuelve el conflicto. Por el contrario, se encuentra al servicio de aquellos de quien depende. Del mismo modo, si

la policía no está profesionalizada y la fiscalía no es institucionalmente imparcial, ambos cuerpos acaban actuando al servicio de aquellos a quienes deben investigar o acusar.

Por otra parte, si la ley (ley estricta penal) es el manual de instrucciones, la hoja de ruta de lo legítimamente perseguible, tanto la falta de ley como su vaguedad acaban generando arbitrariedad, por lo que siempre puede instrumentalizarse en favor de aquellos incursos en prácticas corruptas.

1.2.8. Las causas penales por corrupción presentan algunos perfiles singulares.

Fundamentalmente, su complejidad estructural. Así, como recuerda López Ortega, si el sistema penal (en sentido amplio sustantivo-procesal-probatorio) se configura sobre un tipo de delito de resultado con autor individual (v.gr: homicidio, robo) captable por los sentidos y verificable mediante prueba testimonial, los delitos de corrupción suelen desarrollarse en el seno de estructuras organizadas, donde la toma de decisión es compleja y donde concurren múltiples decisiones individuales. No suelen ser captables por los sentidos, por lo que la forma de verificación habitual es la prueba pericial y la indiciaria. Se hace necesaria, además, la utilización de nuevas técnicas de investigación, como la captación masiva de información mediante dispositivos electrónicos de vigilancia, el análisis de información (pericial de inteligencia), y el tratamiento masivo de información. Además, se produce un cambio de paradigma en la investigación, que pasa a ser de reactiva a prospectiva, con la finalidad esencial de obtener información relacionada con la organización criminal para evitar nuevos delitos.

1.2.9. La presencia de dichos perfiles puede hacer necesarias algunas reformas orgánicas, sustantivas y procesales.

Tales reformas pueden afectar tanto a la propia organización del sistema (estructuración de la organización judicial / fiscal / policial / órganos auxiliares), como a la legislación sustantiva (pues toda tipificación tiene la doble vertiente de cobertura de intervención y probatoria), y a la procesal, introduciendo nuevas figuras e instituciones y modificando algunos trámites.

1.2.10. En el marco de esas reformas, en el contexto del Estado constitucional, el dilema eficacia-garantías es un falso dilema.

En cualquier caso, por necesarias que puedan ser, tales reformas no pueden desconocer los rasgos del sistema constitucional en que se insertan, so pena de perder toda legitimidad y también eficacia.

No debemos olvidar, a este respecto, que la función del derecho y el proceso penal es doble: restringe la libertad y garantiza la libertad, y asegura el castigo del culpable y la protección del inocente. En esta tesitura, la satisfacción de los intereses del investigado-acusado (presunto inocente), de la víctima y de la sociedad solo puede producirse en el marco del proceso debido, donde sean respetados los derechos fundamentales de nivel constitucional, pues donde no existen garantías no pueden conjugarse todos los intereses, ni asegurarse uno solo de ellos.

La búsqueda de eficacia en la investigación de la delincuencia organizada ha provocado la reintroducción de instituciones del proceso penal medieval inquisitivo (denunciantes anónimos, agentes encubiertos, confesiones de arrepentidos, comiso de bienes, investigaciones sin plazo, etc.). Ahora bien, la normativa que las regula y la interpretación judicial de dicha normativa no pueden perder de vista los principios limitadores del Estado constitucional ni la garantía de la imparcialidad del decisor, de la contradicción y del derecho de defensa del investigado-acusado. Lo que no significa, de ninguna forma, la aceptación de un garantismo acrítico e irracional entendido como formalismo ritualista, que haga saltar por los aires investigaciones complejas por irregularidades irrelevantes. Una cosa es la violación de un derecho procesal de rango constitucional que desfigure el proceso, y otra muy distinta el incumplimiento de un trámite secundario de consecuencias puramente procedimentales. Procesalismo y procedimentalismo son nociones antitéticas.

1.2.11. En cualquier caso, no hay soluciones absolutas: han de adecuarse a los contextos económicos y político-culturales, y evaluarlas a su luz.

Ejemplo de ello es el debate sobre la conveniencia de la especialización de jueces en materia de corrupción. Tal especialización, sin duda, puede conllevar ciertas ventajas, como el conocimiento especializado, la concentración de información o la relación estrecha con órganos investigadores. Pero no son pocos los inconvenientes: la fragmentación de la jurisdicción, la lucha política por el control de los nombramientos de estos jueces, los intentos de corromper a los jueces especializados, la concentración del ataque sobre los mismos, o el surgimiento en ellos de sesgos en el enjuiciamiento por la estrecha relación con los órganos de la investigación.

No hay, de cualquier forma, fórmulas absolutas, por lo que, indefectiblemente, han de ponderarse en cada caso la mayor o menor fortaleza del sistema institucional y los elementos de contrapeso frente a los riesgos de uno y otro signo.

2. El marco institucional español en la represión penal de la corrupción

2.1. Datos estadísticos

Según resulta de los registros de la Wikipedia, para una población de 46,46 millones de habitantes, en el año 2015 había en España 1700 casos abiertos por corrupción y más de 500 imputados. Según la información oficial del Consejo General del Poder Judicial, en 2015 hubo 42 casos y 289 personas acusadas o procesadas, y en 2016, 112 casos y 659 acusados o procesados.

La diferencia entre unos y otros datos estadísticos radica en que el Consejo del Poder Judicial solo recoge los datos de las personas acusadas o de las formalmente procesadas y no de las investigadas. Por otro lado, la Wikipedia maneja un concepto muy amplio de corrupción que parifica conductas graves (grandes tramas de corrupción urbanística) y con-

ductas menores (v.gr: malversación de funcionario de correos que se apropia del importe de un giro postal).

Se hace imprescindible, por ello, el manejo de algún criterio identificador preciso. En cualquier caso, los datos expuestos dan idea de la amplitud del fenómeno y de la necesidad de su abordaje.

2.2. *Definiciones técnicas*

Según una definición consolidada, la corrupción puede conceptuarse como la utilización del poder público para la obtención de ganancias personales ajenas al interés general. El delito prototípico sería el cohecho (soborno), y los elementos troncales el abuso de la posición de poder, la consecución de ventaja patrimonial a cambio de ese abuso, y el carácter secreto del pacto.

Otras definiciones (Consejo del Poder Judicial, Fiscalía Especial para la represión de la corrupción), a efectos estrictamente competenciales, combinan un listado de figuras delictivas que no constituyen *numerus clausus* (v.gr. cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, infidelidad en custodia de documentos, omisión del deber de perseguir delitos, prevaricación, blanqueo de capitales, insolvencias, defraudaciones, alteración de precios en concursos y subastas públicas, etc.), cuando concurra alguno de los siguientes factores: delincuencia organizada (pluralidad de personas, estructuración, concierto, vocación de permanencia temporal), autoría atribuida a un funcionario de alto rango, relevancia económica de la defraudación, multiplicidad de perjudicados o especial complejidad de la instrucción. Ello evidencia que, en el fondo, late la idea de que corrupción y delincuencia organizada van de la mano, lo que hace necesario un nuevo paradigma investigativo.

Según una definición consolidada, la corrupción puede conceptuarse como la utilización del poder público para la obtención de ganancias personales ajenas al interés general.

2.3. *El marco institucional en la investigación-enjuiciamiento de los delitos de corrupción*

2.3.1. Marco general

A grandes rasgos, en el modelo procesal español, el procedimiento tipo (denominado abreviado) presenta tres fases. Una fase de investigación, que dirige formalmente el juez de instrucción competente por razón del territorio, quien acuerda y practica diligencias de indagación, adopta medidas cautelares y acuerda diligencias injerentes en derechos fundamentales. En esta fase, el Ministerio Fiscal suele intervenir y en ocasiones solicita medidas cautelares y diligencias.

La policía judicial, por su parte, se ocupa de la investigación preliminar o preprocesal, aunque también suele practicar diligencias tras la incoación del proceso bajo el control judicial. Tras la conclusión de la investigación se abre la fase intermedia, en la que las partes (Ministerio Fiscal y/u otras acusaciones personadas) pueden solicitar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Finalmente, la fase de juicio oral, se sustancia ante el Juzgado de lo Penal competente (si la pena

abstracta es inferior a 5 años) o ante la Audiencia Provincial (en otro caso). En esta fase, el juzgador no dispone de poderes de oficio, y son las partes las que protagonizan la práctica de la prueba. En todas las fases, se reconoce el derecho de defensa y contradicción, si bien puede experimentar algunas limitaciones solo en la de investigación.

2.3.2. Especialidades en materia de corrupción

- a) El procedimiento se mantiene en lo sustancial. La competencia judicial también se mantiene con algunas especialidades, de modo que en determinados casos de trascendencia por su afcción a más del territorio de una Audiencia

Provincial (previstos en el artículo 65 LOPJ), la competencia objetiva se traslada a los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados Centrales de lo Penal y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

b) Adquiere especial protagonismo la Fiscalía Especial Anticorrupción. Creada por Ley 10/1995, de 24 abril, se integra por Fiscales especializados con sede en Madrid y Fiscales delegados, Inspectores de Hacienda e Interventores y técnicos de la Intervención General de la Administración del Estado. Su creación, al profesionalizar y especializar a un cuerpo investigador, que hará las veces de acusador en su momento, ha sido decisiva en la lucha contra el fenómeno. El juez, como investigador, no deja de ser juez, por lo que es absolutamente independiente, descoordinado, y limitado en su actuación a su ámbito territorial. Además, es, como corresponde a su función, generalista, por lo que conoce de todo tipo de casos. Sin embargo, una lucha eficaz frente a algunos fenómenos de la corrupción exige de un alto grado de coordinación y especialización, sin limitación por razón del territorio, lo que hacía aconsejable la creación de esta institución.

c) También destaca la presencia de colaboradores y medidas de apoyo y refuerzo. Los artículos 118 de la Constitución de 1978 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen el deber general de colaboración de todos con la Administración de Justicia. En esta línea, el artículo 473 de esta última ley, señala que los funcionarios de otras administraciones pueden prestar servicios en la Administración de Justicia, de modo temporal o permanente, cuando sea necesario.

Como consecuencia de ello, la Agencia Tributaria desempeña una función esencial en la investigación administrativa de aspectos conexos (fraudes tributarios, blanqueo), puede ser parte en el proceso como acusación particular si perjudicada, suele aportar informes y actuaciones previas, colabora con los órganos judiciales y la fiscalía, y tiene una unidad de apoyo a la Fiscalía

Anticorrupción. Por otra parte, la Oficina Nacional de Investigación del fraude, es un órgano de la Agencia Tributaria con funciones de auxilio judicial especializado en investigación de fraude económico.

La Intervención de la Administración General del Estado tiene atribuida el control interno de las Administraciones y el seguimiento y control de subvenciones y ayudas públicas y fondos de la Unión Europea, así como el auxilio y la colaboración con la Administración de Justicia.

Además, existen unidades orgánicas especializadas de Policía Judicial para la delincuencia económica. En concreto, en el ámbito de la Policía Nacional, la UDEF; y en el ámbito de la Guardia Civil, las unidades de delincuencia económica. Por otra parte, la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos se ha configurado como un órgano de la Administración General del Estado y auxiliar de la Administración de Justicia, destinado a la localización, recuperación, conservación, administración y realización de efectos, bienes, instrumentos y ganancias provenientes del delito, así como a la adjudicación de usos provisionales y definitivos de bienes, previa autorización judicial.

d) Finalmente, el Consejo General del Poder Judicial aprobó en el mes de marzo de 2015 la creación de la UACC (Unidad de Apoyo para causas por corrupción), concebida como unidad de carácter técnico al servicio de jueces, integrada en el CGPJ, con la función de agilizar la adopción de medidas necesarias para el refuerzo de los juzgados de instrucción que tramiten causas por corrupción (prestar medidas de refuerzo judicial en materia de medios personales y materiales, procurar el refuerzo de plantilla, aprobar la exención temporal de asuntos y la adscripción de jueces de apoyo), promover la adopción de medidas para garantizar la independencia judicial (amparo judicial previsto en el artículo 14 LOPJ), impulsar medidas para recabar el apoyo de las Administraciones Públicas (sirviendo de cauce entre el órgano judicial y dichas Administraciones) y facilitar

la ejecución de medidas de auxilio internacional (prestando asistencia a través del servicio de relaciones internacionales).

A tal efecto, recientemente se aprobaron un Protocolo y una guía práctica de tramitación de causas complejas de corrupción, disponibles en la web del poder judicial¹. En definitiva, lo que se advierte es la imperiosa necesidad de dar una respuesta coordinada en el ámbito de la investigación por parte de diversos sujetos institucionales compartiendo información y recursos.

3. Algunos aspectos problemáticos en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de corrupción

Si hemos dicho que el Estado constitucional es el sistema idóneo para prevenir y reprimir la corrupción, y que, por ello, la represión ha de acomodarse a las reglas y principios propios de ese sistema, analizaremos a continuación algunos de los problemas que en este ámbito se producen en la praxis investigadora y enjuiciadora española.

3.1. *El modelo de investigación*

Formalmente, la dirección de la investigación se atribuye a un juez con competencia territorial limitada, si bien de facto, se reconoce un espacio autónomo de investigación policial e incluso del Ministerio Fiscal. Por otro lado, en delitos complejos de corrupción o delincuencia organizada, la intervención de las unidades especializadas de policía judicial y de la Fiscalía anticorrupción acaban, de facto, facilitando toda la información necesaria al juez instructor.

El diseño legal de la instrucción y la brecha entre la realidad normativa y la empírica son disfuncionales. Por un lado, hacen ineficaz el sistema, en la medida

que se trasladan al espacio investigador todas las reglas del proceso, como aquellas relativas a la atribución de competencia o a la competencia territorial, lo que impide la designación del jefe de la investigación conforme a criterios de eficacia y fragmenta las propias investigaciones. Pero, además, se trata de un sistema poco garantista, pues no puede sostenerse que el mismo sujeto institucional que elabora hipótesis investigativas sobre el hecho y su autoría, garantice los derechos de las personas que estima autores.

Se hace, por ello, imprescindible una reforma del modelo investigador. Y en esta línea, la propuesta del Código Procesal de 2012 que, conforme al parecer mayoritario, atribuye la dirección de la investigación al ministerio fiscal, del que la policía depende orgánicamente, bajo la supervisión de un juez de garantías.

Con todo, se suscita el debate sobre la idoneidad de la propuesta para la investigación de delitos de corrupción en un contexto, como el español, en que el Fiscal General del Estado es nombrado por el Gobierno y cesa cuando lo hace el Ejecutivo, así como recibe instrucciones del mismo en el marco del diseño de la política criminal. Ello, sin embargo, puede corregirse, bien acentuando la autonomía del Ministerio Fiscal, bien previendo legalmente que para la investigación de determinados delitos relacionados con la delincuencia gubernamental puedan ser designados jueces investigadores independientes con arreglo a criterios preestablecidos, como ocurre en el derecho comparado.

3.2. *La especialización de tribunales*

Es innegable la conveniencia de que los jueces dispongan de conocimientos especializados, por lo es aconsejable que se amplíe la formación de todos en materia contable y económica. Es problemática la propuesta de que se designen jueces especiales, pues ello puede acentuar la lucha política en materia de nombramientos, al tiempo que puede generar sesgos en el enjuiciamiento por la frecuencia y profundidad del contacto con los órganos de la investigación.

Actualmente, están abiertos otros subtemas de debate. Así, se discute si la especialización ha de producirse tanto en el ámbito del enjuiciamiento como en el de la instrucción, en tanto subsistan jueces ins-

1 http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=8ae2e5359a11d510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnxtfmt=default&vgnxtlocale=es_ES

tructores, o solo en el de la instrucción. Del mismo modo, se debate la conveniencia de la subsistencia de un órgano judicial especial como la Audiencia Nacional, por su alta politización.

3.3. *La acción popular*

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 introdujo para todo tipo de delitos la figura de la acción popular con la finalidad de extender el poder de acusar a sujetos distintos al Ministerio Fiscal (acusación pública) y al ofendido por el delito (acusación particular). La Constitución de 1978 reconoció la figura en el artículo 125 como instrumento de participación ciudadana en la Administración de Justicia «en los términos que la ley determine», lo que permite modular su alcance.

Actualmente se ha suscitado un intenso debate sobre la subsistencia de la misma debido a su uso abusivo, en especial por parte de asociaciones constituidas con la finalidad principal de ejercer acciones penales para presionar a las personas denunciadas o querelladas e incluso coaccionarlas instrumentalizando el proceso penal (vid, la organización «Manos limpias», hoy día investigada).

Ahora bien, no cabe desconocer una realidad de signo contrario. Y es que en muchos otros casos la existencia de dicha acción ha servido de contrapeso en contextos de inhibición, por diversas razones, de la acusación pública y particular. En concreto y por lo general, por razones políticas en el caso de la primera y por haber alcanzado acuerdos económicos, en el caso de la segunda. En este sentido, diversas causas por delitos de corrupción o contra el medio ambiente han terminado finalmente en condenas debido, esencialmente, al mantenimiento de la acusación por las acusaciones populares.

En esta tesitura, parece aconsejable mantener la institución, sin perjuicio de introducir las modificaciones legales precisas para prevenir usos abusivos, como pudiera ser la presencia en el caso concreto de un interés público relevante que justifique el ejercicio de la acción penal, o fomentar una interpretación jurisprudencial correctora con fundamento en el principio de interdicción del abuso de derecho y el fraude de ley (artículo 11 LOPJ).

3.4. *El plazo en la investigación*

La ley 41/2015 ha introducido una institución controvertida en nuestra regulación procesal: la fijación de un plazo máximo para las investigaciones, con la finalidad de poner coto a la excesiva duración de las mismas. El modelo, en síntesis, según señala el Preámbulo de la Ley es el siguiente:

- a) Se distingue entre asuntos simples, que han de investigarse en un plazo máximo de 6 meses, y complejos, en cuyo caso el plazo se amplía hasta el máximo de 18 meses.
- b) Se introducen reglas de adecuación a fin de que una causa inicialmente declarada sencilla pueda transformarse en compleja, así como prórrogas de los plazos. En concreto, una prórroga, ordinaria, en asuntos complejos, y otra prórroga, excepcional, en todo tipo de asuntos. Para ello se arbitra un trámite, en el que la iniciativa se atribuye, en función de los casos, al Ministerio Fiscal, o a todas las partes, en el que han de ser oídas las demás, que concluye mediante resolución judicial que autoriza o deniega la extensión del plazo.
- c) Por otra, se anudan consecuencias jurídicas a la superación de los plazos máximos, para evitar que la norma se acabe convirtiendo en papel mojado (la ley modificó el artículo 324 originario que fijaba un plazo de un mes, sin establecer qué consecuencias podrían derivarse del incumplimiento del mismo, lo que dio lugar a la inaplicación del precepto).

La reforma ha sido fuertemente contestada, al haberse aprobado en un contexto político caracterizado por la existencia de numerosas investigaciones abiertas por corrupción, algunas de las cuales han debido concluirse anticipadamente para ajustarse a los plazos legales, por lo que ha llegado a ser tildada de ley de amnistía o punto final. Creo, sin embargo, que presenta algunos aspectos positivos, y que la crítica, que merece, tiene otro fundamento.

La reforma era necesaria por las siguientes razones:

- a) Efectivamente, pesa sobre el Estado un deber esencial de investigar los delitos cometidos, deber que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

estima como contracara de los derechos que reconoce el Convenio de Roma. Así, v.gr. el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad personal no solo implicarían el deber del Estado de respetarlos (obligación o vertiente negativa), sino, además, la adopción por parte del Estado de todas las medidas apropiadas para garantizarlos; entre ellos, el de investigar las conductas que los desconocen, para reprimirlas (obligación positiva o vertiente negativa).

- b) Con todo, el Estado no puede investigar de cualquier forma ni ilimitadamente: tiene el deber de llevar a cabo la actividad investigativa en un tiempo razonable; sintagma que, en las últimas formulaciones, se conecta con los estándares de tiempo óptimo y previsible, reconociendo a los particulares el derecho a conocer la duración de los procesos y a esperar razonablemente que se concluyan en los tiempos que las autoridades publicitan.
- c) El tiempo razonable se inserta en un marco general de proceso equitativo, por lo que las exigencias temporales no pueden justificar, por sí solas, la exclusión de la intervención defensiva, pues dicha intervención activa (interviniendo en la práctica de las diligencias de investigación o proponiendo otras) es indispensable para descartar acusaciones infundadas, por lo que, como principio general y sin perjuicio de los convenientes matices, ha de formar parte consustancial de la investigación.
- d) La realidad empírica evidencia que nuestro modelo investigativo suele generar dos tipos de disfunciones, incompatibles con los estándares que se han fijado, y a menudo conexas. Una, que cabe tildar de «inquisitiva», que da lugar a la eternización de la investigación, y en la que las hipótesis investigativas van hipertrofiándose y ramificándose sin control. Y otra, que puede calificarse como «burocrática», que se traduce en una «instrucción por goteo», en la que las diligencias se van improvisando sobre la marcha (v.gr. recibida una denuncia por un delito de lesiones, en la que los hechos están adecuadamente perfilados, se ordena recibir declaración al denunciante; una vez hecho,

se acuerda su reconocimiento forense; una vez practicada la diligencia, se ordena recibir declaración al denunciado como encausado; a la vista de su declaración, se escucha nuevamente en declaración testifical al denunciante; a continuación, se ordena citar a un testigo; y luego a otros...). Ambas disfunciones tienen una raíz común: la falta de diseño racional e inteligente de la investigación. O no se tiene claro qué se quiere investigar, o no se sabe cómo investigarlo. O, más grave aún, ambas cosas.

En este contexto, el mantenimiento de la situación actual, en que numerosas investigaciones se prolongaban por períodos de hasta 10 años, era insostenible, lo que legitimaba la modificación normativa. Con todo, es susceptible de crítica:

- a) Por desgracia, y pese a que, de hecho, la excesiva duración de la instrucción constituye un problema institucional que precisa de urgente respuesta, la traducción de los propósitos de la reforma en fórmulas lingüísticas concretas ha generado graves problemas aplicativos e interpretativos, generando una gran inseguridad jurídica. Ni encuentran reflejo en el articulado todas las declaraciones de intenciones del Preámbulo, ni el texto resultante permite una intelección clara y precisa del régimen jurídico que se instaura.

Ello ha dado lugar a que la práctica de los Juzgados de Instrucción y la doctrina de las Audiencias Provinciales haya evidenciado serias diferencias de entendimiento de la norma, tanto respecto de los supuestos de hecho, como de las consecuencias jurídicas, sin olvidar los aspectos puramente procedimentales, sin que quepa prever en el corto plazo una solución a esta situación, que cabe tildar de grave déficit institucional. La tremenda inseguridad jurídica debida al carácter lagunar de la norma permite augurar no solo jurisprudencia contradictoria, sino su aprovechamiento por parte personas investigadas y acusadas que disponen de cualificados equipos de asesoramiento jurídico.

- b) Por otro lado, no cabe soslayar otro dato: el deficiente diseño del sistema de investigación

que, unido a los problemas derivados de una organización judicial decimonónica que, en contextos de falta de medios, multiplica esfuerzos innecesariamente puede acabar lastrando el éxito de las investigaciones.

Es imprescindible, por ello, una modificación del precepto recientemente reformado.

3.5. *Los plazos de prescripción*

Se ha sostenido que las penas que llevan aparejados muchos de los delitos vinculados con la corrupción eran demasiado cortas, lo que no solo no desincentivaba la comisión de ilícitos sino que, además, facilitaba su prescripción, dada la dificultad que conlleva en muchos casos su descubrimiento.

Un análisis de la normativa evidencia que, efectivamente, las penas eran bajas, si bien solo en términos comparativos, lo que pone de relieve que el principal problema no es la levedad de su castigo, sino el rigor con que se sancionan otras conductas menos perjudiciales para la colectividad vinculadas con la delincuencia tradicional (hurtos, robos, etc.). Con todo, no es desacertado un incremento de los plazos de prescripción (en general, de 3 a 5 años), tomando en consideración el dato de que el inicio de numerosas investigaciones suele ser muy tardío por las dificultades objetivas inherentes a su indagación y esclarecimiento. El riesgo, no obstante, es que tal incremento no surta los efectos deseados, sino los contrarios, ralentizando el curso de las investigaciones. Por otra parte, es igualmente preocupante que se esté generalizando un irreflexivo estado de opinión contrario a la propia existencia del instituto de la prescripción.

3.6. *La confiscación de las ganancias del delito*

Sin duda, la confiscación de ganancias de la actividad ilícita es un instrumento clave en la lucha contra la corrupción: el delito no puede ser provechoso. Ahora bien, la reforma de la figura del comiso y del delito de blanqueo de capitales presenta, en algunos aspectos, problemas de compatibilidad con los principios del Estado constitucional.

Por lo que respecta al comiso, las sucesivas reformas del Código Penal a través de las LO 15/03, 5/10 y 1/15 ensanchan la figura en exceso. En síntesis, los aspectos más controvertidos son los siguientes:

- a) La posibilidad de acuerdo del comiso por sustitución o valor equivalente «cuando por cualquier circunstancia» no sea posible el comiso directo, lo que constituye una ampliación desmesurada, debiendo restringirse a los supuestos en los que no fuera posible debido a causa imputable al sujeto. En otro caso, se vulnera el principio de culpabilidad.
- b) En la discutida figura del comiso autónomo sin previa condena (para los casos de sujetos fallecidos, en rebeldía o exentos de responsabilidad penal), se permite el comiso pese a que el proceso no haya concluido por sentencia de condena siempre que la situación patrimonial ilícita se acredite en «procedimiento contradictorio». Lo discutible es que ese procedimiento se sustancie ante órganos de la jurisdicción penal, pues como en el mismo no opera la presunción de inocencia, se acaba acostumbrando a los jueces de este orden jurisdiccional a operar con reglas valorativas menos exigentes.
- c) El comiso ampliado se proyecta sobre las ganancias procedentes de las operaciones anteriores a la descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada la procedencia ilícita, lo que abre el interrogante sobre cómo acreditar la procedencia ilícita respecto de un delito que no va a investigarse ni enjuiciarse.

En cuanto al delito de blanqueo de capitales, la sanción penal del autoblanqueo presenta problemas de compatibilidad con el principio de presunción de inocencia. Del mismo modo, el hecho de que se prevean penas superiores para el blanqueo que para el delito antecedente pugna con el principio de proporcionalidad.

Por último, está abierto el debate sobre la introducción del delito de enriquecimiento injusto. Dicho debate trae causa de la dificultad de acreditar hechos concretos de corrupción, por lo que se opta por la vía, más fácil en perspectiva probatoria, de sancionar

los incrementos patrimoniales notorios carentes de justificación. Ahora bien, no cabe duda de que, de ser así, lo que se está castigando es un comportamiento omisivo: no justificar el incremento patrimonial, lo que compromete el derecho a no autoincriminarse. Desde otra perspectiva, la presunción de que el incremento no justificado tiene origen ilícito pugna con la presunción de inocencia. Todo ello, sin dejar de señalar el riesgo de que la introducción de la figura pueda dar lugar a que, por comodidad, deje de investigarse el hecho delictivo oculto.

3.7. *Los aforamientos*

La existencia de fueros especiales para determinados cargos públicos también es hoy día discutida. En síntesis, corresponde a la Sala II del Tribunal Supremo la investigación y enjuiciamiento de los delitos cometidos por los miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, miembros del Tribunal de Cuentas y el Consejo de Estado y otros altos cargos. Del mismo modo, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia son competentes, por lo general, respecto de los miembros de los Gobiernos autonómicos y los parlamentarios de las Asambleas legislativas autonómicas, así como respecto de los delitos cometidos por jueces, magistrados y fiscales en el ejercicio de sus cargos.

El fuero especial se ha justificado en la protección de determinados sujetos institucionales frente a reclamaciones espurias, así como en la protección de los jueces de base frente a determinadas presiones. Sin embargo, no cabe duda de que su existencia fomenta la politización partidista de las decisiones de nombramiento de los jueces de los Tribunales de aforados, al tiempo que puede generar retrasos en la tramitación de los procesos al fragmentarlos respecto de los no aforados.

El debate presenta otro frente: la conveniencia del mantenimiento del aforamiento de jueces, magistrados y fiscales, que apoyan la mayoría de asociaciones de jueces y fiscales, trato diferencial que la opinión pública no comprende.

3.8. *Los macroprocesos y la decisión de acusar*

En nuestro ordenamiento, por lo general, los delitos conexos han de enjuiciarse conjuntamente, lo que determina que hasta que no se haya agotado la investigación esclareciendo toda la actividad delictiva y sus posibles ramificaciones e identificando a todos los posibles partícipes, no puede pasarse al enjuiciamiento. Ello ralentiza en exceso el curso de las investigaciones y complica enormemente la tramitación.

La reforma introducida por la Ley 41/2015, introduce una cláusula que permite salvar la situación excepcionando la necesidad de perseguir delitos conexos, cuando ello «suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso». A tal efecto, es conveniente valorar el tipo de relación concursal existente, el grado de relevancia de cada hecho-intervención de cada sujeto, y el coste sobre la eficacia y la rapidez de la investigación derivado del tratamiento procesal conjunto. Cuando dicho tratamiento conjunto supusiera excesiva complejidad o dilación, siempre cabría, bien seguir procesos distintos, bien abrir piezas separadas y diferenciadas del mismo procedimiento.

No cabe duda de que la fragmentación, en algún caso, puede generar algunas consecuencias negativas, como el hecho de que algunos testigos hayan de declarar varias veces sobre idénticas circunstancias en distintos procesos, o de que los llamados como acusados en algunos procesos lo sean como «testigos especiales» en otros, pero lo que ha de valorarse es si tales consecuencias son preferibles a enjuiciamientos conjuntos que sobredimensionan el proceso, haciéndolo ingobernable.

3.9. *Arrepentidos y «alertadores» (whistle-blowers).*

Numerosas investigaciones suelen tener origen en denuncias de copartícipes, interpuestas por motivos muy diversos (resentimiento, obtención de trato de favor, etc.). Es en el caso de las declaraciones de estos coimputados donde han de extremarse las cautelas, pues tales motivos pueden hacer decaer la fiabilidad de los testimonios.

Nuestro ordenamiento procesal no declara inadmisibles el medio probatorio, pero la jurisprudencia viene afirmando que tales declaraciones son «intrínsecamente sospechosas», y no solo por la posibilidad de que en las mismas concurren móviles espurios, como pueden ser la autoexculpación o la reducción de la pena, sino también porque tales testimonios escasamente pueden ser sometidos a contradicción, dado que los copartícipes no solo no tienen obligación de decir la verdad, sino que pueden callar total o parcialmente, e incluso mentir. Por ello se exige, para otorgarles el valor de prueba de cargo, que las mismas se encuentren corroboradas por elementos externos a la propia declaración, esto es, por otros datos probatorios, obtenidos mediante la práctica de otros medios de prueba, atinentes a la participación en los hechos objeto de enjuiciamiento, que avalen las manifestaciones del arrepentido.

El Código Penal contempla la figura en los artículos 376 (delitos contra la salud pública) y 426 (cohecho), permitiendo una sustancial rebaja de pena en el primer caso y la exención en el segundo, siempre que, en este caso, se trate de la conducta ocasional de un particular.

Próxima, aunque distinta, es la figura del «whistle-blower», generalmente, funcionarios o trabajadores que, en el ejercicio de sus cargos, descubren hechos delictivos cometidos en el seno de la organización y los denuncian. Difieren, pues, de los arrepentidos, en que no tuvieron intervención en el hecho. En nuestro ordenamiento no existe regulación legal que ofrezca protección a esos denunciadores frente a posibles represalias. En este sentido, se ha propuesto la aprobación de medidas legales de distinto signo que permitan preservar la confidencialidad en la identidad del denunciante, prohibir su remoción del cargo durante la tramitación del proceso o la concesión de un traslado provisional si lo solicita, garantizar la asistencia legal y el mantenimiento de prestaciones sanitarias y sociales, facilitar la admisión de denuncias sin la necesidad de aportar documentación adicional, reforzar la posición del denunciante para evitar despidos, o crear organismos públicos competentes para imponer sanciones administrativas si se sanciona a los denunciadores.

Pese a no tratarse de copartícipes, nos encontramos en un supuesto delicado, pues, pese a tratarse de fuentes de información que pueden resultar relevantes, determinadas medidas tales como el anonimato, unidas a la concesión de ciertos beneficios, pueden estimular la interposición de denuncias con finalidades espurias, lo que aconseja exigir corroboraciones periféricas para dotar al medio probatorio del valor de prueba de cargo (corroboraciones que, dicho sea de paso, habrían de exigirse en el caso de cualquier tipo de testigo, dada la naturaleza del medio de prueba).

Una valoración específica merece la medida de la protección de la identidad del testigo. Como es sabido, la Ley Orgánica 19/1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales, se publicó tras el dictado de la STC 64/1994, de 28 de febrero, que reconoció la validez constitucional de los testigos ocultos y anónimos.

La citada ley, para ajustarse a las exigencias constitucionales, autorizó que el juez instructor pudiera adoptar medidas de protección para quienes intervinieran en el proceso penal como testigos o peritos cuando se apreciara, racionalmente, un peligro grave para la persona, libertad o bienes de dichas personas o de sus familiares (art. 1). Entre las medidas de protección introducidas reguló la sustitución de los datos personales de identificación del testigo o perito (nombre, apellidos...) por un número o clave a los efectos de preservar su identidad (art. 2).

Ciertamente, la decisión de ocultamiento y/o anonimato del testigo, obliga a realizar una ponderación de derechos e intereses, pues a la protección de vida e integridad física del testigo (artículo 15 CE), se contraponen el derecho a un juicio público, a interrogar a los testigos de cargo (artículos 24.2 CE y 6.1 y 6.3 CEDH) y, desde una perspectiva más amplia, el derecho de la sociedad y de los medios de comunicación a conocer y transmitir información veraz (artículo 20.1d) CE).

En este sentido, ha de reconocerse que en la fase investigativa los contravalores opuestos a la vida e integridad física del testigo tienen menor peso que en el juicio oral, de modo que llegado este, necesariamente y salvo causa muy excepcional, ha de revelarse el nombre del testigo. En cualquier caso, sea en fase investigativa,

sea en la del juicio oral, ha de aplicarse el principio de compensación de situaciones procesales, en cuya virtud, déficits de contradicción (y el anonimato lo es) han de desplegar efectos probatorios, impidiendo que el medio de prueba pueda constituir, por sí solo, prueba de cargo.

3.10 Algunos problemas probatorios derivados de la colaboración de la Administración Tributaria (AET)²

a) La obligación de colaborar con la Agencia Tributaria

En diversos pronunciamientos (entre otros, Saunders vs. UK, 1996), el TEDH ha sostenido que si bien en el procedimiento administrativo pueden imponerse ciertas obligaciones de colaboración, no se puede obtener coactivamente información con el fin de utilizarla después en el proceso penal cuando existen sospechas de la comisión del delito. Lo contrario lesiona el artículo 6.1 del Convenio (derecho a no autoincriminarse).

En opinión de López Ortega, ha de buscarse una solución que concilie el derecho a no colaborar (artículo 24.2 CE) y la eficacia de las inspecciones tributarias. A su juicio, es conveniente distinguir entre el procedimiento administrativo de comprobación (gestión y recaudación) y el sancionador. En el primero, pueden imponerse deberes de colaboración, no así en el segundo.

Por otro lado, en el momento en que existan sospechas de la comisión de un delito, ha de informarse al sujeto sobre sus derechos. Finalmente, a su juicio, nunca podrán usarse en el proceso penal los elementos obtenidos coactivamente en el procedimiento de comprobación, si bien esta aseveración cabría matizarla aplicando la regla de exclusión probatoria solo a los casos en los que ya se dispusiera de datos que permitieran sostener la existencia del delito y la participación del sujeto en él.

b) El valor probatorio de las actas de inspección

Conforme al artículo 145.3 de la Ley General Tributaria, las actas y diligencias extendidas por la inspección tributaria hacen prueba de los hechos que motivaron su formalización, salvo prueba en contrario. Sin embargo, la STC 76/1990 realizó una interpretación constitucional del precepto, estimando que tales actas y diligencias no son otra cosa que la documentación de las actuaciones practicadas por la inspección de tributos en las que hacen constar los hechos relevantes para la liquidación tributaria, las manifestaciones de las personas con las que actúa la inspección, y el resultado de la comprobación, por lo que no puede regir presunción de veracidad alguna, en la medida que ello lesionaría el artículo 24.2 CE.

Según señala López Ortega, se ha venido sosteniendo su naturaleza de prueba documental, si cabe estimar correcta la tesis de que los datos probatorios han de introducirse por vía de las testificales de los funcionarios de la inspección, limitando el valor de las declaraciones documentadas a aquellos hechos comprobados directamente por los funcionarios, dejando fuera los juicios de valor.

c) La condición de peritos de los inspectores de la AET

La naturaleza, pericial o testifical, de las declaraciones de los inspectores de la Agencia Tributaria en el juicio constituye una cuestión controvertida jurisprudencialmente, habiéndose decantado últimamente la Sala II por la tesis de que nos encontramos ante una prueba pericial. Una vía de solución, compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías, pasa por atender a la naturaleza del dato probatorio que el declarante introduce. Por ello, si se trata de hechos de la realidad empírica que ha presenciado directamente, nos encontraríamos ante un testigo. Si, por el contrario, se trata de máximas de la experiencia, fundadas en un conocimiento científico especializado del que el juez carece, habría de sostenerse la naturaleza pericial de la prueba. Si el declarante puede aportar datos de uno u otro signo, cabría fragmentar el interrogatorio, comenzando por cuestionarle en primer lugar por los datos fácticos que ha constatado personalmente, suje-

2 Ver con mayor amplitud LÓPEZ ORTEGA, Juan José: Derecho penal y corrupción. Las garantías en los instrumentos penales de investigación y enjuiciamiento. Cuadernos Digitales de Formación. Nº 8, Año 2013, CGPJ.

tándole al régimen de la prueba testifical, y continuando por los segundos, bajo la disciplina de la testifical.

Con todo, la principal preocupación probatoria es que se atribuya carácter pericial a aquello que no lo tiene. Y es que la aplicación de la normativa tributaria no puede constituir prueba pericial, dado que se trata de una mera aplicación, más o menos compleja, de la ley. El riesgo de sobrevaloración de la prueba se

incrementa por el hecho de que a menudo la AET es parte procesal, de que los inspectores pertenecen a un órgano funcionalmente vinculado con el órgano de la investigación, de que han tenido relación previa con el objeto del proceso, y de que la naturaleza del conocimiento y método empleado son valorativos, no científicos. Todas estas circunstancias han de tomarse en consideración a la hora de valorar la prueba.

Es innegable la conveniencia de que los jueces dispongan de conocimientos especializados, por lo es aconsejable que se amplíe la formación de todos en materia contable y económica.

Corrupción e impunidad: Un círculo perverso

*Adán Guillermo López Lone**

Sin duda, hablar de corrupción es un tema común en Honduras, en Guatemala y en la mayoría de los países del continente. La corrupción es el lastre que carcome a la mayoría de las instituciones públicas. Es el fenómeno que cruza impunemente los aparatos de justicia. Y, en buena medida, es una de las causas principales de la pobreza y la desigualdad en nuestros países.

En este escenario, justo es reconocer que los sistemas judiciales han perdido la iniciativa y el protagonismo para investigar y sancionar los actos de corrupción. Tienen mayor peso los poderes fácticos que han penetrado las estructuras estatales y desde ahí han construido redes sofisticadas para operar y conseguir traficar, contratar de forma amañada importantes negocios, y apoderarse de buena parte de los recursos naturales y del presupuesto de las instituciones; o desviar, malversar y direccionar esos recursos a manos de las bandas que prosperan escandalosamente, con la participación directa o la protección de las elites políticas.

La corrupción funciona en la lógica de la impunidad. Ambos fenómenos se complementan y se convierten en un círculo vicioso. La impunidad facilita y permite la corrupción, y esta a su vez coopta la institucionalidad e incentiva la impunidad. Es una lógica perversa que se ensancha por los vacíos o debilidades de los sistemas judiciales, que facilitan, consienten o permiten que estos hechos no sean castigados y que crezcan de manera permanente.

Es tal el impacto de la corrupción y la impunidad que, ante nuestras debilidades institucionales,

hemos tenido que recurrir a los mecanismos de la cooperación para instalar comisiones internacionales, como la CICIG y la MACCIH, para combatir este fenómeno y para que contribuyan al fortalecimiento de capacidades y al adecentamiento de las instituciones de justicia.

En este camino hay avances, retrocesos y múltiples obstáculos. Los poderes fácticos y las elites políticas corruptas no son fáciles de investigar y de enjuiciar. Hoy la CICIG en Guatemala, atraviesa por uno de sus momentos más difíciles después de judicializar casos importantes, como el del expresidente Otto Pérez Molina, y quizá por eso las amenazas a su trabajo no cesan; y la MACCIH en nuestro país, por su parte, va desplegando mecanismos que, articulados entre sí, pueden aportar mejores herramientas para luchar contra la corrupción y la impunidad.

Pero no nos engañemos ni asumamos que este tema no nos compete, o que los operadores de justicia tienen un papel secundario en el mismo. Por el contrario, este reto o desafío es de todo el aparato de justicia.

Se puede transitar de manera temporal con el apoyo de organismos como la MACCIH o la CICIG pero, finalmente, quienes tienen la responsabilidad de menguar o controlar los actos de corrupción son los operadores de justicia.

Definitivamente, es a los cuerpos de investigación, a los fiscales, a las juezas, jueces y magistrados a quienes les corresponde hacer que prevalezca el

* Juez de sentencia. Especialista en derecho procesal penal.

imperio de la ley, y que los mafiosos y los corruptos sean sancionados por sus crímenes. Si estos deberes se cumplen, se estaría rompiendo el círculo perverso de la corrupción y la impunidad.

Actuaciones que se demandan del cuerpo judicial

En lo que compete a jueces y magistrados, podríamos ordenar las tareas para enfrentar la corrupción a partir de las premisas siguientes: integridad, procesos de selección de jueces adecuados, e independencia judicial.

Empecemos por el elemento de la integridad, que es el núcleo central del comportamiento ético; tiene que ver con la honestidad y la resistencia u oposición de las y los juzgadores a las presiones o perturbaciones que se manifiestan para quebrantar su independencia, y a los mecanismos de cooptación que se ejercen para que se conviertan en colaboradores de estas redes, bien sea a cambio de estabilidad laboral o haciéndoles cómplices mediante figuras como el cohecho o el enriquecimiento ilícito.

El otro elemento, y quizá el más importante, es la independencia judicial. Muchos dirán a propósito de la independencia que es una quimera, que es inalcanzable, porque el sistema funciona en clave de anular, mediatizar o corromper la independencia judicial. Pero si esta no existe, si no hay independencia, ahí está el terreno propicio, el caldo de cultivo para la corrupción.

En este punto, hay que reconocer que la independencia judicial no se obtiene como una dádiva de los grupos políticos, puesto que la garantizan la Constitución y las leyes ordinarias. Por ello, debemos asumir que corresponde a la población exigirlos, y a juezas, jueces y magistrados, generar un movimiento capaz de alcanzar importantes estándares de independencia judicial y, de esa forma, ir adecentando los juzgados y tribunales.

El tercer elemento, el de los procesos de selección, tiene que ver con la forma en que ingresan y ascienden los jueces. Y hay que decir claramente que, lo que prevalece en Honduras, es el nombramiento discrecional y por recomendaciones políticas de jueces y magistrados.

Estos nombramientos irregulares persisten históricamente, y cada cierto periodo de tiempo se enmascaran o maquillan con supuestos procesos de selección amañados, donde prevalecen criterios subjetivos, el tráfico de influencias, la falta de transparencia y la falta de reglas claras para todos y todas las participantes.

Excepcionalmente, el proceso de selección de los jueces anticorrupción —por el acompañamiento de la MACCIH—, ha tenido resultados y prácticas distintas; pero en los últimos quince años, lo que hemos visto son procesos de selección sin legitimidad respecto a los cuales jueces, juezas y profesionales de la abogacía han dejado de tener confianza y reconocimiento.

En este punto, y después de repasar los retos de asumir con integridad e independencia la judicatura —como barreras a la corrupción y para disminuir la impunidad—, es pertinente traer a colación el componente del asociacionismo judicial que, correctamente encausado, es decir, cuando es ajeno a la cooptación de las autoridades, puede y está llamado a aportar una cuota para la defensa de la independencia judicial mediante el debate de los déficit institucionales del Poder Judicial, la denuncia de los actos de corrupción y las propuestas para construir institucionalidad independiente.

Jueces anticorrupción: desafíos y limitaciones para su funcionamiento

Recientemente entraron en funcionamiento los tribunales anticorrupción, y lo hacen a manera de circuito; es decir, que se conformaron los juzgados de letras, los tribunales de sentencia y una corte de apelaciones en esta materia. Visto en blanco y negro, la creación de estos órganos especializados es un avance en materia de justicia, y pone de manifiesto la búsqueda de respuestas para sancionar los ilícitos que tanto daño causan a la institucionalidad.

En este punto es importante ir al fondo de manera prospectiva en relación con el tema de los tribunales anticorrupción, y preguntarnos si hemos dado con la tecla que hará posible que a corruptos y corruptas se les pueda deducir responsabilidades por sus actos criminales.

La respuesta admite matices. No obstante, es menester dejar en claro que estos tribunales han sido colocados en una encrucijada: por un lado, sus competencias para conocer buena parte de los delitos de corrupción están limitadas; y por otro, están en la obligación de ofrecer resultados concretos en el corto o mediano plazo para conseguir su legitimación frente a la ciudadanía, cansada de la recurrencia de estos actos, y que se manifiesta indignada ante el fenómeno de la corrupción en nuestro país.

Estos órganos nacen con limitadas competencias debido a que en el orden de su jurisdicción no pueden conocer actos de corrupción en los que hayan intervenido altos funcionarios del Estado como diputados, ministros, presidentes de los poderes estatales, etc., pues que el juzgamiento de estos actores que, hipotéticamente, son los principales autores de estos delitos, corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, para fortalecer el ámbito de las actuaciones de los tribunales anticorrupción, es indispensable que se proceda a reformar el Código Procesal Penal, y así se les conceda la competencia de conocer de todos los delitos relacionados con esta materia, indistintamente de quién sea el sujeto activo del delito. La experiencia comparada nos demuestra que jueces de primera instancia son más efectivos para sancionar a estos personaje de «cuello blanco», como lo demuestran las experiencias chilena, guatemalteca y argentina, por citar algunas, donde militares de alto rango y exministros han sido llevados a los estrados judiciales por jueces ordinarios que han conocido estos procesos.

Que la Corte Suprema siga conservando las facultades para el juzgamiento de altos funcionarios, es un contrasentido. No hay que olvidar que es una estructura política, como el Congreso Nacional, la que elige a los magistrados; por tanto, es muy difícil que estos puedan sentirse en un ámbito objetivo de

independencia para juzgar y sancionar a quienes les eligieron para la más alta magistratura.

Estamos entonces ante una reforma judicial inconclusa, y quizá cabría afirmar que la existencia de estos órganos anticorrupción es un paso adelante para judicializar la corrupción, pero que por ahora les falta músculo, competencias, para que en un futuro cercano sean los que sancionen a poderosos personajes del mundo político.

La MACCIH: más allá del bien y de los obstáculos que la atenazan

Que la población se indignó y que marchó, antorcha en mano, en el primer semestre de 2015, exigiendo la instalación de una comisión internacional, estilo la CICIG en Guatemala, nadie lo puede negar. El reclamo fue potente. Un grito contra la corrupción y los corruptos. Un desengaño de las instituciones de justicia incapaces de investigar y perseguir estos ilícitos. Estas protestas claramente dijeron: no confiamos en ustedes señores fiscales, ni en los entes de investigación. Queremos un organismo internacional con facultades suficientes para que las y los corruptos sean encarcelados.

El país tembló, las luces de las antorchas desafiaron, pero el sistema se armó y administró la crisis con el concurso de la Organización de Estados Americanos (OEA). En estas condiciones, la posibilidad de una CICIH fue sustituida con la Misión de Apoyo contra la Corrupción y la Impunidad (MACCIH). Tremenda decepción para la población que, ante la maniobra gubernamental, todavía no deja de manifestar su decepción y desconfianza respecto a las capacidades de la MACCIH en su lucha contra la corrupción.

Ante esta situación, los funcionarios de la MACCIH, especialmente su Vocero y los altos funcionarios

Para fortalecer el ámbito de las actuaciones de los tribunales anticorrupción, es indispensable que se proceda a reformar el Código Procesal Penal, y así se les conceda la competencia de conocer de todos los delitos relacionados con esta materia.

de la OEA, seguramente se enfrentan al dilema de cómo hacer para que el mandato de este organismo supranacional —nacido de una cesión de soberanía— puede ser efectivo, y que las actuaciones que emprenda ofrezcan resultados que les permitan el reconocimiento de la sociedad. Tremendo desafío el que tienen entre manos, si es que existe la voluntad política de apostar por resultados concretos, y si la coordinación de esfuerzos entre la MACCIH en Tegucigalpa y la cúpula de la OEA en Washington avanza por buen camino.

En el caso de que la MACCIH pueda avanzar —cuestión que todos queremos—, y para conseguirlo tiene el respaldo de la cúpula de la OEA, y de la cooperación y la diplomacia internacional, quizá lo que queda por recorrer sea menos complicado que lo que ha sucedido en estos dos últimos años.

En esas condiciones, lo que se esperaría es que la Misión empiece a ofrecer resultados tangibles que puedan satisfacer a la población, y le generen apoyo y movilización para acompañar sus acciones y defender su permanencia como un ente decisivo en la lucha contra la corrupción.

Así las cosas, es importante sumar al apoyo internacional a la MACCIH; su alianza y coordinación

con el Ministerio Público resulta indispensable, pues en la medida que esto se produzca, el mandato de la MACCIH se podría fortalecer y los resultados seguramente se evidenciarán. Organismos como la MACCIH o la CICIG necesitan decididamente que el órgano responsable de la persecución penal trabaje estrechamente con sus técnicos o especialistas. De lo contrario, estos organismos están condenados a ofrecer pobres resultados.

Organismos como la MACCIH o la CICIG necesitan decididamente que el órgano responsable de la persecución penal trabaje estrechamente con sus técnicos o especialistas.

En síntesis, no es tarea fácil pretender o proponerse dismantelar las bandas que se enriquecen gracias a los actos de corrupción, y que utilizan esos recursos para apoderarse del control del aparato estatal. Y esta no es una tarea exclusiva de la MACCIH o de la CICIG, pues no podrá llevarse a cabo sin el concurso de los operadores de justicia, de quienes se requiere actuaciones en un marco de mayor independen-

cia de la que han demostrado históricamente.

De igual modo, por el carácter supranacional de estos organismos, su éxito o fracaso dependerá también, en buena medida, del apoyo de la comunidad internacional. Y por supuesto, es un hecho que una sociedad movilizada constituye un factor importante para que las ejecutorias de estos organismos puedan avanzar y, a la vez, resistir a los esfuerzos por mediatizarlos o desarmarlos.

La corrupción en la adjudicación de contratos a empresas en los municipios de Alemania y las medidas legislativas para combatirla

Ingrid Heinlein*

Introducción

Me gustaría precisar brevemente el marco general del tema de mi exposición, y explicar por qué lo he escogido para esta actividad. Existen tres razones para ello.

1. *Adjudicación de licitaciones públicas*

Los expertos en el tema de corrupción estiman que, aproximadamente, tres cuartos de las negociaciones corruptas en el servicio público en Alemania tienen que ver con la adjudicación de licitaciones públicas. Así, quien haga un reporte sobre la corrupción en las instituciones públicas de Alemania, no podrá obviar este tema. La forma en que se combate la corrupción en las licitaciones públicas también depende, en gran medida, de cómo se estructura el derecho de las licitaciones. A continuación informaré sobre algunos aspectos del derecho de las licitaciones, aunque solo serán algunos pocos aspectos puntuales de esta compleja materia del derecho económico en Alemania.

2. *Administraciones comunales*

Los expertos en el tema de corrupción asumen que la mayoría de los casos de riesgos se produce en las administraciones comunales. Los municipios, provincias y comunidades poseen amplias competencias, las cuales son necesarias para las adjudicaciones públicas de servicios de agua, luz y energía, desechos y basura, canalización, construcciones, guarderías, construcción de escuelas, tráfico vehicular, zonas verdes, servicios de emergencias, cultura y promoción de actividades

deportivas. La gente se conoce, se encuentra en paseos, en el teatro o en la cancha de fútbol. Este contexto es terreno fértil para que existan redes y conexiones entre la política y la economía, lo que facilita prácticas corruptas.

3. *Honduras/Guatemala-Alemania*

En el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional para 2016, Alemania figura en la posición 10 de 176. Honduras se encuentra en el lugar 123 y Guatemala en el 136. Cabe entonces preguntarse si una conferencia sobre corrupción y combate a la corrupción en Alemania podría ser algo más que un simple informe sobre otro mundo posible, o si de verdad esta charla podría tener alguna utilidad concreta para el trabajo en Honduras y Guatemala. Esto podrán juzgarlo ustedes mismos. Lo que quiero decir es que existen similitudes entre nuestros países y, por tanto, vale la pena dar un vistazo con más detalle.

Así que menciono un ejemplo: en la página web de la CICIG se encuentra un informe de 2015 denominado «El financiamiento de la política en Guatemala», que describe «los entramados de la corrupción en torno a la obra pública». En este se expone, entre otros aspectos, cómo **algunas empresas consiguieron compras de administraciones locales mediante cotizaciones simples**, poniéndose de acuerdo sobre las condiciones de manera previa. Estas son prácticas comunes de corrupción; también existen en Alemania y en muchos otros países.

* Magistrada alemana, vocera de la Nueva Asociación de Jueces de Alemania.

Claroscuro

La previa componenda de ofertas constituye un delito en Alemania, al igual que el soborno, las dádivas de funcionarios públicos y la aceptación de ventajas. Los alcaldes son funcionarios públicos de acuerdo a la normativa alemana, por lo que les son vinculantes las normas penales sobre corrupción y soborno.

Para los diputados del Parlamento en cualquier nivel, esto es desde las alcaldías y los consejos municipales hasta el Parlamento alemán ¿?, se introdujo en 2014 una ley? sobre la corrupción y el soborno (artículo 108 e del Código Penal). El presidente del Tribunal Federal, el Tribunal con mayor jerarquía para asuntos penales y civiles en Alemania, manifestó críticamente sobre este punto en particular «que los diputados deberían exponerse de una manera muy tonta para que esta norma les fuera aplicable».

Alemania es un Estado federal con más de 82 millones de habitantes. Desde la Reunificación, existen 16 estados federales. El Estado en que yo vivo —Renania del Norte-Westfalia—, posee cerca de 18 millones de habitantes, es decir, el doble de Honduras; y esta población vive en un área cercana a un tercio de la extensión territorial de Honduras. Estas cifras son importantes para entender qué tan bajo es el número de **sentencias** por actos ligados a corrupción. En 2013 solo hubo 25 sentencias, y en 2014 únicamente 17. Sin embargo, cuando los políticos o políticas se ven expuestos, los procesos judiciales reciben gran atención de los medios y del público.

Menciono dos ejemplos en el contexto comunitario. Hace dos meses se acusó formalmente al alcalde de una ciudad en Bavaria. Al parecer, él se había encargado de incidir para inscribir un inmueble a favor de una empresa de construcción. Por la compra de una vivienda a través de una persona allegada al alcalde, este recibió un depósito de 40.000 euros; el partido político del alcalde, así como la Asociación de Fútbol —de la cual él era presidente de Junta Directiva—, también recibieron donaciones de parte de la constructora.

Hace diez años, se inició el caso de la basura en la ciudad de Colonia. Se trataba de una compañía para la

reutilización de desechos, en la cual **la comunidad** de Colonia era socia, y de la licitación para la construcción de una estación de incineración de desechos. Sucedió algo parecido a una serie de detectives: el jefe de la compañía recicladora abrió las ofertas en sobre cerrado utilizando vapor, de manera que determinada empresa pudiera presentar la oferta más económica. Para esto se pagó una coima a través de **empresas suizas**, que después fue transferida a Alemania.

Menciono este juicio penal por dos razones. Por un lado, **fue condenado** un funcionario público de alto nivel, quien había sido candidato **al puesto de alcalde de Colonia y había recibido dinero** proveniente de Suiza para su campaña, aunque no se pudo establecer de cuánto dinero se trataba exactamente. Pero, por otro lado, se castigó a los autores con penas muy bajas. Solo tres años y nueve meses de prisión para el director de la empresa recicladora de desechos, y una medida de seguridad para el director de la empresa que ofertó, y que fue finalmente quien pagó el soborno. El Tribunal Federal aprobó estas penas, pero en su sentencia expresó críticamente:

Después del conocimiento de la causa por parte de este Tribunal, se llega a la conclusión de que en **muchos casos de juicios grandes** de naturaleza económica y tributaria, no puede atribuirse un castigo adecuado, ya que para el esclarecimiento de las complicadas situaciones de hecho no existen suficientes elementos a disposición.

Como ya se dijo, en general se trata de muy pocos juicios penales. La corrupción sucede, como todos sabemos, en la clandestinidad. Los expertos estiman la cifra negra en Alemania en más del 90%. Por eso es importante que se tomen las medidas necesarias, para que puedan actuar de manera preventiva.

Prevención de la corrupción en el derecho de las adjudicaciones

La corrupción relacionada con el otorgamiento de licitaciones públicas perjudica la economía de un

país y destroza la competencia entre las empresas que participan en el proceso licitatorio. De ahí que la prevención y el combate de la corrupción sean aspectos importantes que juegan un papel en el derecho de las licitaciones y adjudicaciones.

Estas disposiciones podrían agravar la corrupción, no tener ninguno de los efectos deseados, o hasta **tal vez** facilitar la corrupción. Como derecho, con sus efectos en la competencia entre empresas, el derecho de las licitaciones es una condición de **directivas** en la Unión Europea, que debe ser implementado en cada uno de los ordenamientos nacionales de cada país miembro. A continuación presento algunas disposiciones del derecho de las licitaciones.

1. *Licitaciones en toda la Unión Europea*

La **directiva europea** de adjudicaciones 2014/24/UE es válida únicamente para contrataciones a partir de un valor determinado. El monto mínimo para licitaciones en el sector de la construcción es de 5.186.000 euros; para contrataciones de **suministros** y servicios, que sean requeridos por las administraciones centrales, es de 134.000 euros, y para **suministros** y servicios que sean requeridos por administraciones públicas descentralizadas, hasta 207.000 euros. Cualquier contratación mayor a estos valores **necesita una licitación formal**, en principio, en toda la Unión Europea.

Estos requisitos para las ofertas públicas no solo tienen el propósito de apoyar el crecimiento conjunto del mercado interno europeo, sino que además dificultan posibles negociaciones corruptas en los procesos de oferta pública. Las contrataciones públicas por un monto menor, de acuerdo con el derecho interno alemán, pueden ser **licitadas** públicamente, pero no necesariamente.

2. *Confianza*

El artículo 21 de la directiva de Adjudicaciones 2014/24/UE obliga al contratante público a no divulgar ni retransmitir informaciones confidenciales de los participantes en la oferta. El derecho alemán amplía esta disposición en tanto que el contratante público puede obligar a las empresas a comprometerse a un

acuerdo de confidencialidad. En particular, puede requerir de las empresas un compromiso escrito de no divulgación.

3. *Comunicaciones por medios electrónicos*

El **carácter confidencial** de las ofertas también debe garantizarse en relación con las comunicaciones electrónicas. El contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación solo puede comprobarse una vez superado el término para su presentación. Ni la oferta, ni la solicitud de participación pueden incluirse por medio de comunicaciones orales y deben ser documentadas de manera suficiente. El derecho alemán contiene disposiciones adicionales sobre los requisitos de los medios electrónicos utilizados, los cuales deben estar excluidos de posibles manipulaciones.

4. *Conflictos de interés*

El artículo 24 de la directiva para adjudicaciones 2014/24/UE obliga a los Estados Parte a una efectiva prevención, detección y erradicación de conflictos de interés. De conformidad con el derecho alemán, los representantes y personeros del contratante público, en los cuales exista un conflicto de interés, no podrán participar en un proceso de adjudicación. La existencia de un conflicto de interés, tal y como se supone en el supuesto de que un trabajador o representante del contratante público participe, o en el caso de que brinde consejo a un oferente o participante, que sea su representante legal, o que labore para un oferente o adjudicatario. De igual manera, para cónyuges, parejas de hecho y familiares de trabajadores o representantes del oferente público, se presupone la existencia de un conflicto de intereses.

5. *Procedimiento de revisión*

Me parece muy importante que en el derecho alemán de las licitaciones exista lo que se denomina el procedimiento de revisión o de control en las cámaras de adjudicaciones. Estos no son juzgados de carácter judicial, ya que las decisiones no proceden de jueces o juezas, sino más bien de dos funcionarios y de un asesor nombrado a título gratuito, que deciden de manera independiente. Es posible presentar recursos jurídicos contra sus resoluciones ante los juzgados civiles.

Los consejos de licitaciones pueden ser invocados por las empresas participantes, cuando estas crean que la administración pública no está interpretando el derecho público de manera adecuada. Por ejemplo, cuando una empresa se entera de que el hermano del alcalde administra una empresa que está participando en un proceso de licitación pública, puede —antes del acto de adjudicación—, acudir a la cámara de adjudicaciones. Esta debe emitir una resolución dentro del plazo de cinco semanas desde la presentación de la solicitud de quien reclama. Las empresas participantes **no deben, por eso**, confiarse en la actuación de oficio de **la administración pública**. En la práctica se ha utilizado mucho la posibilidad de acudir a los consejos o cámaras de adjudicación.

6. *La exclusión del procedimiento de licitación*

El artículo 57 de la directiva de adjudicaciones 2014/24/UE obliga a los **contratantes públicos** a excluir de los procedimientos de oferta pública a aquellas empresas que hayan sido juzgadas por corrupción y cuando no está comprobada su confiabilidad. En la legislación alemana se amplió esta disposición a otros delitos; sin embargo, la conformación de un cartel de licitación, en el cual se definen las condiciones para valorar una propuesta por parte de un **contratante público**, no es por sí misma razón suficiente para que opere la exclusión. Una empresa que haya participado en un cartel de licitación de esta naturaleza, puede ser excluida del procedimiento administrativo de oferta pública, pero no necesariamente. Cuando la empresa demuestre un proceso interno de «subsanción», no será excluida del procedimiento de licitación.

7. *Registro del concurso*

Esta disposición es, como decimos en Alemania, un «tigre sin dientes», porque las administraciones públicas normalmente no tienen conocimiento de un antecedente o sentencia previa por delitos de corrupción. En el futuro existirá un registro de concurso, en el cual se asentarán las **sentencias** por delitos que **pueden llevar a la exclusión** de la adjudicación. El registro del concurso será dirigido por **la Oficina Federal de la Competencia**.

Para una oferta con un valor de **30.000 euros o más**, el procedimiento de adjudicaciones requerirá que la empresa participante esté registrada en dicho registro. Si el monto de la licitación es menor, puede ser consultado, pero no deben estar registradas necesariamente. Mi opinión es que este límite de 30.000 euros es muy alto.

8. *Carteles*

En Alemania existe una **Oficina Federal de la Competencia** que, entre otros asuntos, también se ocupa de destapar este tipo de carteles y de establecer sanciones y multas a las empresas participantes. La oficina actúa de manera independiente de la Fiscalía y la Policía. En 2015, el Consejo recaudó cerca de 331,9 millones de euros por carteles prohibidos, y en 2016 fueron 289,9 millones de euros. Además, las administraciones públicas afectadas pueden pedir resarcimientos por daños y perjuicios. Por ejemplo, unas empresas que participaron en un cartel de venta de una flotilla para el cuerpo de bomberos tuvieron que pagar una multa de aproximadamente 70 millones de euros y unos 12 millones de euros adicionales como resarcimiento de daños y perjuicios para la administración local.

En Europa, la **Comisión de la Unión Europea tiene la competencia de investigar carteles** y de sancionarlos con multas.

Este es un año terrible para nuestras empresas de automóviles. Seguramente ya escucharon hablar de los cargos de corrupción por la manipulación de las pruebas de gases en Estados Unidos y en Europa. Adicionalmente, la Comisión de la Unión Europea investiga actualmente a grandes empresas de fabricación de automóviles alemanas por componendas en carteles.

Medidas adicionales para el combate de la corrupción en Renania del Norte-Westfalia

De manera adicional, los ministerios a nivel nacional y cada Estado Federal han declarado su objetivo primordial de combatir la corrupción en las instituciones públicas.

Ya mencioné al inicio que provengo del Estado de Renania del Norte-Westfalia. En este Estado federal existe una Ley para el Combate de la Corrupción, que también es importante para el combate de la corrupción en las licitaciones de las administraciones locales. Esta ley determina que, para decidir cualquier adjudicación mayor a 500 euros, debe contarse con la aprobación de al menos dos personas que ocupen puestos en el gobierno local.

Adicionalmente, deben delimitarse las áreas de los entes públicos y sus correspondientes puestos de trabajo, donde existan áreas especialmente propensas o expuestas a la corrupción. De acuerdo con la ley, las áreas expuestas a la corrupción son aquellas donde se adjudican contratos, autorizaciones, partidas, o las que pueden influenciar de manera prohibida cierta adjudicación. En las ciudades más grandes, los encargados de las áreas sensibles a la corrupción no pueden permanecer en el puesto por más de cinco años de manera ininterrumpida.

En este ámbito se va a depender mucho de cuánto interés y posibilidad exista, por parte **de la comunidad local**, en el combate de la corrupción. La rotación es difícil en los puestos de trabajo que requieren una formación calificada y un proceso de larga capacitación y experiencia, y se presentan muchas resistencias de los actores involucrados. Ustedes pueden suponer que una rotación de funcionarios que se ocupan de áreas sensibles expuestas a la corrupción, casi no se da en las administraciones locales.

Otras medidas, que no están dispuestas por ley, también se han implementado. **Las comunidades locales** tienen sus encargados del tema de corrupción y llevan a cabo acciones de sensibilización y capacitación sobre el tema.

Conclusiones finales

Hace poco la televisión alemana hizo una transmisión muy interesante sobre el tema de la corrupción. Un fiscal general decía en esa transmisión, con gran franqueza, que la gravedad de la pena no resultaba un factor de intimidación para el delincuente, porque ningún delincuente parte del hecho de que será descubierto. Otro problema que mencionó es que los fiscales y los juzgados no están lo suficientemente equipados y que por eso muchos juicios se sobreesen.

Mi exposición se ha ocupado mayormente de medidas preventivas, que podrían contrarrestar la corrupción. Las fantasías de un delincuente corrupto son muchas, y nadie sabe qué tan corrupta es Alemania. La emisión en la televisión muestra que Alemania es, en todo caso, mucho más corrupta de lo que los propios alemanes piensan. Tal vez la posición de Alemania en el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional sea una calificación **demasiado positiva**.

La separación de poderes y la prevención del delito en la lucha contra la corrupción

*Joaquim Bosch**

1. La corrupción como amenaza para la democracia, las instituciones y el Estado de Derecho

La corrupción se ha convertido en una de los mayores problemas para la ciudadanía española, según consta en todos los estudios de opinión realizados en los últimos años. A los efectos de este artículo, en los términos de Manuel Villoria, debemos considerar como corrupción el abuso de poder en el sector público, en beneficio privado, sea directo o indirecto, con incumplimiento de normas jurídicas. Dicha concepción implica excluir de este análisis la corrupción en el sector privado, al igual que los actos contrarios a la ética en el ámbito público que no impliquen una contravención del ordenamiento jurídico.

El rechazo social a la corrupción resulta más que comprensible, a la vista de todos los efectos negativos que genera. Aunque no todos son visibles, la ciudadanía detecta que la acción de las tramas corruptas supone perjuicios de enorme gravedad. Entre ellos, debe destacarse el cuantioso daño económico que genera, así como la ruptura de las reglas del juego democrático y la erosión del sistema institucional.

El coste económico de la corrupción es de magnitudes considerables. Se trata de cantidades que son sustraídas a la sociedad y que no podrán ser destinadas a prestaciones públicas necesarias. En muchos casos, las prácticas corruptas implican sobrecostes que acaban

siendo pagados de forma superflua por toda la sociedad. Y se trata de conductas que son especialmente lesivas para la competencia igualitaria de las empresas ante las instituciones públicas, pues en esos casos no se selecciona a las más preparadas, sino a las que cuentan con mejores conexiones. En España nos encontramos ante cifras de enorme entidad al valorar este coste económico. En 2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fijó en 48.000 millones de euros el sobrecoste en las contrataciones públicas que causaba la corrupción, un 4,5% del PIB.

La corrupción deja fuera de la actividad económica pública a empresas más competitivas, preparadas y eficaces, para premiar a las que forman parte de determinadas redes clientelares, cuyo único mérito, a menudo, es su proximidad a determinados espacios de poder. Han sido muy habituales los supuestos de contratación pública, a precios muy por encima de mercado, con empresas sin ninguna experiencia en el sector, que se limitaban a subcontratar la actividad.

Además, la corrupción suele ir acompañada de la financiación ilegal de formaciones políticas. Y ello implica una ruptura evidente de las reglas del juego democrático y de la igualdad de los partidos al presentarse a unas elecciones. Las fuerzas políticas que reciben inyecciones económicas irregulares parten con una ventaja fraudulenta, que puede acabar deslegitimando el resultado electoral.

Por otro lado, la actuación de las tramas corruptas acaba carcomiendo la credibilidad de las instituciones públicas. La ciudadanía se instala en la desconfianza ante unos cargos públicos que están

* Magistrado y miembro de Jueces para la Democracia en España.

implicados en actividades delictivas o irregulares. Y puede llegar a la conclusión de que no existe una defensa real de los intereses generales, sino un uso tendencioso de las instituciones en beneficio propio. Este proceso supone un notable deterioro del sistema democrático, al perder la ciudadanía la confianza en quienes lo hacen posible.

En España la corrupción ha llegado a tener aspectos sistémicos. Nos hemos acercado a cifras cercanas a las dos mil personas investigadas por asuntos vinculados a la corrupción. Y los casos han afectado a los principales partidos que han tenido responsabilidades de gobierno. Los escándalos de corrupción también se han producido en casi todos los territorios del país. Y han tenido lugar en todas las esferas institucionales, tanto en el ámbito municipal, como en el provincial, en el autonómico y en el estatal.

Todo ello nos muestra una corrupción bastante instalada en el sistema. Y con una singularidad, consistente en que las actividades irregulares no se ubican en todos los ámbitos públicos. A diferencia de otros países con una corrupción muy extendida, en España apenas se han detectado casos que afecten a la judicatura, a los funcionarios públicos o a otros órganos vinculados a la administración.

Se trata de una corrupción estructural fundamentalmente política, que ha arrastrado a numerosos cargos públicos a distintas formas de delincuencia. Esta apreciación no implica que todos los políticos españoles sea corruptos, ni tampoco la mayoría. Pero basta que exista una minoría corrupta amplia, bien instalada en determinados centros de poder o de actuación institucional, para que gran parte del sistema se pueda tambalear. Estas actuaciones delictivas se complementan con la intervención de determinadas empresas que han entrado en el juego, porque no habría corruptos si no hubiera corruptores.

Asimismo, se aprecia que la corrupción en España ha sido funcional a determinados intereses. Probablemente ha favorecido a las cúpulas de los partidos, para financiar su maquinaria interna y generar una burocracia que ha apoyado a los dirigentes. Todo ello ha generado una enorme estabilidad de las principales fuerzas políticas hasta la crisis actual, pero al mismo tiempo ha debilitado su democracia interna. A la vez, la corrupción ha sido funcional para la actividad de

determinadas empresas que se han enriquecido con las contrataciones públicas, sin apenas dificultades para desplazar a competidores. También ha sido funcional para enriquecer a determinados cargos políticos y satisfacer sus aspiraciones de progresar en diversos ámbitos económicos.

Han sido abundantes las argumentaciones que atribuyen la corrupción en España a factores culturales o a hábitos sociales muy arraigados. Sin embargo, estas visiones solo serían convincentes si las prácticas corruptas en nuestro país fueran superiores a las de otros países europeos que cuentan con la misma legislación, idéntico sistema de partidos y similar entramado institucional. La realidad es que existen notables diferencias. Los elementos estructurales españoles se diseñaron en los primeros años de transición a la democracia, en gran parte condicionados por los largos años de la dictadura de Franco, y presentan particularidades que explican los numerosos casos de delincuencia política.

Como señalan Daron Acemoglu y James A. Robinson en su libro *Por qué fracasan los países*, la corrupción es un fenómeno muy vinculado a la insuficiencia de desarrollo institucional, a la fragilidad de los valores democráticos o a patologías en la separación de poderes. Y forma parte de un problema mucho mayor, que es la prosperidad de los países o la pobreza de los mismos. Ni la cultura, ni la situación geográfica, ni los hábitos sociales explican de manera suficiente el subdesarrollo o las prácticas corruptas institucionalizadas. Estos autores profundizan en la idea de que el desarrollo social está vinculado a la presencia de instituciones políticas y económicas inclusivas, que permiten la participación de todos los ciudadanos en la vida pública. Y que no excluyen a nadie de la intervención en la actividad económica. Precisamente, las exclusiones demuestran que no concurren unas reglas igualitarias y que hay élites extractivas que se encuentran en una situación muy dominante.

La extracción implica que existe una captura de rentas, que no genera riqueza alguna, por parte de determinados grupos sociales. Y estos se apropian de las rentas generadas por otros, lo cual provoca desigualdad, desconfianza institucional y estancamiento social. La corrupción formaría parte de estos procesos.

Y la existencia de estas instituciones extractivas sería el rasgo fundamental que explica la presencia de las tramas corruptas, por lo que las explicaciones de tipo cultural o geográfico carecerían de base real. Los ejemplos aportados por Daron Acemoglu y James A. Robinson parecen bastante pertinentes, como el caso de Corea del Sur, muy cercana cultural y geográficamente a Corea del Norte, pero con enormes diferencias de desarrollo institucional. O el caso de Botsuana, a gran distancia de los estados africanos de su entorno y con unos niveles institucionales similares a los de varios países europeos. De hecho, en cuanto a la percepción de corrupción, España se encuentra en niveles superiores a los de Botsuana, de acuerdo con los informes de Transparencia Internacional.

En palabras de César Molina, determinados sectores políticos y empresariales en España actúan como una élite extractiva, que se ha enriquecido con la captura de rentas a través de las tramas corruptas, sin generar ningún tipo de beneficio a la sociedad. El citado coste de la corrupción nos demuestra que las cuantías extraídas a la sociedad son muy importantes.

En la escala global, España no se sitúa entre los países con mayores niveles de corrupción, pues se encuentra en el puesto 41 de un total de 176 países, en el Índice de Percepción de la Corrupción elaborado por Transparencia Internacional en 2016. No obstante, en relación con su ámbito regional, se encuentra en la parte más baja y con mayor percepción de corrupción de los países de Europa occidental, junto a Italia y Grecia. En mejor situación se encuentran países que en los últimos años han emprendido un destacado esfuerzo para desarrollar instituciones políticas y económicas inclusivas, como Uruguay (21), Estonia (22), Chile (24), Eslovenia (31), la citada Botsuana (35), Cabo Verde (38) y Lituania (38), a los que cabe añadir la evolución muy positiva de Costa Rica (41).

2. La prevención del delito en la lucha contra la corrupción

En la respuesta a la corrupción se suele producir numerosos debates sobre las medidas a aplicar, con un énfasis especial en las penales. Sin duda, el castigo ade-

cuado de estas conductas delictivas tiene una especial trascendencia, desde una perspectiva de prevención general, como elemento disuasorio que pueda inhibir potencialmente estas formas de delincuencia. Sin embargo, no podemos olvidar que la reacción penal cuenta con unas características y unas finalidades muy definidas.

La actuación punitiva resulta imprescindible, pero llega casi siempre tarde, cuando el daño a la sociedad ya se ha producido y, a menudo, sin que se pueda obtener una reparación íntegra del perjuicio ocasionado. Por ello, parece todavía más trascendente que se adopten medidas preventivas para evitar que las conductas delictivas puedan llegar a ejecutarse.

En todo caso, el elemento disuasorio que representa el derecho penal solo puede ser efectivo si existe una percepción de que el sistema judicial cuenta con instrumentos adecuados para la persecución, enjuiciamiento y castigo de estas conductas. No obstante, la lucha contra la corrupción en España, que debería incorporar el lógico objetivo de que los procedimientos judiciales se resuelvan en plazos razonables, queda muy dificultada por la realidad de una legislación procesal criminal anticuada, farragosa y muy rígida. Este marco legal facilita las maniobras meramente dilatorias, todo lo cual retrasa bastante la investigación penal, sin que se haya abordado la necesaria reforma, a pesar de las continuadas promesas en ese sentido.

Y esta situación se acompaña del precario estado de gran parte de los órganos judiciales en España, que cuentan con medios insuficientes, a menudo inferiores de los que disponen las tramas corruptas para eludir la acción de la justicia. Las demoras judiciales y las dificultades de las investigaciones por corrupción han generado en la ciudadanía una sensación de impunidad, que no se corresponde exactamente con la realidad, pero que muestra la necesidad de cambios legales y de dotar a juzgados y tribunales de los recursos adecuados.

Desde la perspectiva de la prevención, una mirada a la legislación administrativa española nos muestra que en nuestro país ha sido relativamente sencillo corromperse, ante el desorbitado margen de actuación de los cargos políticos en la licitación de

las contrataciones públicas, en las formas de adjudicación y en las decisiones a adoptar. Y también ante la ausencia de controles suficientes.

Las principales anomalías se encuentran en la contratación de obras, aunque también se han detectado bastantes casos en las contrataciones de suministros y servicios. La legislación española concede un excesivo margen de discrecionalidad a los representantes políticos para adjudicar los contratos, lo cual facilita gestionarlos de forma fraudulenta. La Ley de Contratos del Sector Público permite que se puedan adjudicar contratos de obras públicas por importe de hasta 200.000 euros sin ninguna publicidad y sin que se presenten ofertas por distintos contratistas en concurrencia abierta entre ellos. En los casos de contratos de suministros y servicios, el límite está fijado en 60.000 euros.

Se trata de un procedimiento que no garantiza que sean las empresas más competitivas y más cualificadas las adjudicatarias de los contratos. Y ello facilita la existencia de sobrecostes y de acuerdos ilícitos entre políticos y empresarios.

Por otro lado, en las contrataciones en que resulta preceptiva la publicidad y la libre concurrencia de empresas, se ha constatado otros riesgos generados por determinadas intervenciones arbitrarias de los políticos, como la fijación de pliegos a la medida de determinadas empresas, el establecimiento de criterios de selección poco claros, o el abuso de procedimientos de urgencia para evitar las ofertas de contratistas distintos del elegido.

También resulta discutible la participación de los cargos públicos en las mesas de contratación, pues estas deberían tener un perfil especialmente técnico y no político. La participación injustificada de representantes políticos supone un factor que puede facilitar determinadas componendas. Por otro lado, la legislación también permite realizar añadidos y modificaciones en la contratación de obras, lo cual favorece el acuerdo para amañar el contenido real de la contratación y adjudicarla a una empresa que en realidad no presentó la mejor oferta.

Desde la perspectiva de una prevención adecuada de los delitos de corrupción en el ámbito administrativo, sería conveniente una reforma legal que

limitara este amplio margen de discrecionalidad de los cargos políticos en la contratación, que habría de ser sustituido por procedimientos más reglados, con mayor publicidad y con más posibilidades reales de concurrencia de diversas empresas. Al mismo tiempo, debería abordarse una regulación más detallada de los añadidos y de las modificaciones sobrevenidas de los contratos de obra, para evitar manipulaciones de los pliegos de condiciones.

Esta excesiva discrecionalidad de los cargos políticos también se aprecia en la corrupción urbanística —la forma más frecuente de delincuencia política durante la burbuja inmobiliaria—, que ha decaído tras el estallido de la crisis y el freno de la actividad económica en el sector de la construcción.

En todo caso, se trata de un ámbito en el que históricamente han operado las tramas corruptas en España y, si no se producen cambios legislativos, resulta probable que ahí vuelva a producirse actividad delictiva. El mecanismo habitual ha consistido en la recalificación como urbanizable de suelo que no tenía esa condición, pero que había sido adquirido previamente por un agente económico en connivencia con el cargo político, a cambio de la compensación económica delictiva correspondiente. Se trataba de una dinámica muy frecuente en los tiempos de expansión del ladrillo, que implicaba que el empresario compraba suelo rústico a precio muy bajo y lo vendía a continuación por importe muy elevado para la edificación de viviendas o complejos turísticos.

Este tipo de operaciones ha presentado numerosas variantes. Además de la actividad delictiva generada, el daño a la sociedad es muy relevante, pues la ordenación urbanística del territorio se realiza de forma anárquica, sin atenderse a criterios de sostenibilidad y de interés general. Por ello, resultaría oportuno limitar el margen de maniobra de los cargos políticos municipales en materia urbanística y establecer mecanismos de control, supervisión y justificación técnica.

Por otro lado, parece claro que a nivel general no han funcionado los mecanismos internos y externos de control. Resulta inconcebible que se hayan producido tantísimas irregularidades sin que previamente hayan saltado las alarmas pertinentes. Los tribunales españoles han dictado sentencias que declaran como

hechos probados desvíos fraudulentos de millones de euros de las arcas públicas, sin que los técnicos competentes hayan detectado la contravención del ordenamiento jurídico.

Esta situación debería implicar un reforzamiento de los técnicos independientes y también de sus responsabilidades a la hora de informar sobre la corrección en el funcionamiento de las administraciones públicas. En los últimos años se ha producido un inquietante proceso de neutralización de los profesionales independientes, que en muchas ocasiones se han visto desplazados en sus funciones por asesores nombrados de forma temporal y discrecionalmente por los cargos políticos. Se trata de expertos de partido, que no tienen como función velar por los intereses generales, pero que emiten informes que a menudo suplen los de los técnicos profesionales.

Por ello, debería limitarse al máximo estos nombramientos discrecionales de asesores, y la posibilidad de que intervengan en procedimientos administrativos. Y, correlativamente, habría de ampliarse las competencias, obligaciones y responsabilidades de los técnicos independientes, con la finalidad de que ejerzan funciones efectivas de control interno.

Pero también han fallado de manera muy visible los controles externos. El Tribunal de Cuentas y los organismos regionales homólogos son las entidades encargadas de fiscalizar desde fuera la actuación de las administraciones públicas. A pesar de ello, prácticamente no se han detectado actuaciones corruptas en las auditorías, inspecciones e informes realizados, lo cual contrasta con las investigaciones judiciales que se han abierto en muchos casos *a posteriori*.

En este tipo de organismos fiscalizadores existe un problema de medios y de atribuciones. No cuentan con recursos suficientes para desarrollar esta importante labor de supervisión externa, ni tampoco están diseñados para un control exhaustivo de las cuentas públicas. Pero, además, existe también un serio problema de parcialidad. Se trata de órganos cuya composición está pactada por las principales fuerzas políticas, a través de acuerdos de cuotas en los que la mayoría de sus integrantes acaban siendo personas cercanas a los partidos que los nombran. Esta situación genera dudas sobre la idoneidad de estos organismos para inspeccionar la actuación de las administraciones

públicas. Las reformas legales deberían apostar por determinar de manera más amplia sus competencias y por apartar un control político que resulta contrario a la imparcialidad necesaria para llevar a cabo eficazmente sus funciones.

Otra característica que se repite en numerosos casos de corrupción es que muchas conductas se producen en empresas públicas o mixtas, así como en fundaciones vinculadas a las instituciones públicas. En los últimos años se han llevado a cabo en España numerosas privatizaciones parciales y modificaciones en el sistema de gestión de determinados servicios públicos. El pretexto de que la gestión privada es más ágil en determinadas prestaciones públicas ha provocado en muchos casos la ausencia de controles a través de funcionarios independientes. Y también la omisión de trámites previstos en la legislación administrativa para las contrataciones públicas.

Esta huida del derecho administrativo ha llevado a la paradoja de que el presupuesto público ha sido transferido a estas entidades, pero no ha sido gestionado con las garantías suficientes, ni con los controles adecuados. Y ello ha provocado bastantes arbitrariedades, tratos de favor y prácticas corruptas. Todas estas consecuencias deberían implicar la regulación de mecanismos efectivos de supervisión de cualquier organismo de titularidad pública (total o parcial), así como la limitación de su existencia a aquellos supuestos realmente imprescindibles.

Por otro lado, debemos valorar que los mecanismos de control no solo deben ser institucionales. También la ciudadanía tiene un importante papel que desempeñar, al igual que los medios de comunicación. Una sociedad informada de lo que ocurre en las instituciones es uno de los mejores antídotos contra la corrupción, al dejar menor margen para los abusos de poder. Como señala Ignacio Sánchez-Cuenca en su obra *La impotencia democrática*, existe una llamativa correlación entre una ciudadanía más informada y menores índices de corrupción, que se acredita a través de diversos estudios comparativos entre países y de sus diferencias en cuanto a la circulación de prensa y noticias.

El desarrollo de los medios tecnológicos es un gran aliado en la lucha contra la corrupción. Y actualmente disponemos de instrumentos técnicos

en el ámbito virtual que facilitan enormemente la difusión de las decisiones de las administraciones, de los expedientes de contratación y de las actuaciones de los distintos organismos. Más allá de la preceptiva protección de datos estrictamente privados, las instituciones deberían tener las paredes de cristal y ofrecer de forma abierta su funcionamiento a toda la sociedad, porque nada hay que ocultar cuando se actúa de manera correcta y de acuerdo con principios éticos. Sin embargo, la legislación española en esta materia es especialmente tímida y poco expansiva.

Asimismo, resulta necesaria una referencia a los partidos políticos españoles, pues su estructura ha facilitado, aparentemente, la proliferación de casos de corrupción. Tras la dictadura de Franco, se optó por un diseño de los partidos para que estuvieran fuertemente jerarquizados, con la asignación de un poder muy elevado para las cúpulas y con escasos instrumentos de control por parte de las bases. De hecho, la legislación sobre partidos apenas establece mecanismos democráticos de actuación, de participación y de rendición de cuentas. La fijación de un sistema de candidaturas cerradas y bloqueadas para las elecciones todavía acentuó más el poder de los dirigentes. El fundamento de esta concepción era la necesidad de consolidar el sistema de partidos ante una democracia que acababa de nacer.

Este diseño favoreció que los partidos, progresivamente, se convirtieran cada vez más en un fin en sí mismos, en lugar de tratarse estrictamente de herramientas para transformar la sociedad. Y el control interno del partido en muchas ocasiones implicaba maquinarias burocráticas cada vez más amplias que debían ser financiadas, sin que resultaran suficientes las cuotas de los afiliados. Se trata de concepciones que han llevado a que los principales partidos se hayan convertido en parte en agencias de gestión de intereses gremiales y se hayan alejado de la sociedad.

Debemos valorar que los mecanismos de control no solo deben ser institucionales. También la ciudadanía tiene un importante papel que desempeñar, al igual que los medios de comunicación.

Esta crisis de la mediación representativa es una característica central de la actual situación de España. Y se ha agravado porque la gestión económica interna de las principales fuerzas políticas se ha realizado con manifiesta opacidad y con estructuras muy cerradas, lo cual es el mejor caldo de cultivo para la actuación de los grupos de presión y, en ocasiones, de las tramas corruptas.

En consecuencia, sería aconsejable una reforma de la legislación sobre partidos políticos, para introducir mecanismos obligatorios de participación democrática, de rendición de cuentas y de transparencia en la gestión. Como señalan César Molina y José Antonio Gómez Yáñez, debería pasarse de la actual autorregulación de las propias fuerzas políticas a un sistema mucho más definido legalmente, como ocurre en Alemania o en Estados Unidos, entre otros países.

La ley alemana establece que los congresos son obligatorios cada dos años, que la elección de cargos internos tiene carácter secreto en todos los casos, que las primarias deben celebrarse de la forma en que están reguladas con carácter general, y que resulta preceptiva la auditoría externa de las cuentas por parte de auditores independientes, entre otras medidas. Se trata de criterios que serían especialmente útiles para mejorar el sistema de partidos en España.

Las donaciones a los partidos políticos también representan espacios en que se enmascara todo tipo de actividades corruptas. A menudo los donativos no son realmente altruistas, sino que se trata de contraprestaciones por tratos de favor en las contrataciones de las administraciones públicas. Se ha producido reformas recientes, que restringen las donaciones en función de la cuantía, pero han dejado la puerta abierta a que se realicen a las fundaciones de los partidos, algunas de las cuales han estado implicadas en casos de corrupción.

El conjunto demuestra una actuación preventiva institucional de muy escasa entidad. Y que facilita bastante la actuación de las tramas corruptas, sin apenas impedimentos, ni cortafuegos, ni controles efectivos.

3. La separación de poderes y los equilibrios institucionales

La democracia constitucional no puede concebirse sin la separación de poderes, que es uno de los principios esenciales que caracterizan el Estado de Derecho. Al valorar la perspectiva de Montesquieu y los potenciales excesos del poder, Ferrajoli nos recordó que es un dato de experiencia eterna que los poderes, cuando están libres de límites y controles, tienden a concentrarse y a acumularse en formas absolutas. Y a convertirse, a falta de estas reglas, en poderes salvajes.

Como señala Rafael Jiménez Asensio, cualquier organización política, al estar gobernada por personas, tiende por naturaleza a la concentración de poder. El Estado de Derecho ha actuado contra estos riesgos a través de controles recíprocos, de pesos y contrapesos, de frenos y engranajes mutuos. El sistema de *checks and balances* busca un equilibrio que nadie pueda romper en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad.

La corrupción pone a prueba la solidez de las instituciones. Y su impunidad rompe el equilibrio institucional y evidencia que hay personas poderosas más fuertes que el propio sistema. Resultan interesantes las preguntas que formula sobre esta cuestión el colectivo de juristas Sansón Carrasco, a propósito de la actuación de los tribunales ante la corrupción. ¿Los abusos llegan a los tribunales? ¿Se resuelven en un tiempo razonable? ¿En las resoluciones judiciales rigen los principios de predictibilidad y razonabilidad? ¿Se trata a las personas poderosas con la misma vara de medir que a las demás? ¿El sistema judicial disuade de manera efectiva de incurrir en comportamientos clientelares o es una última valla que resulta fácil de saltar?

En España el poder político ha ocupado el poder ejecutivo y el legislativo, pues no hay apenas distinción entre ellos, de acuerdo con las dinámicas indicadas sobre el funcionamiento de los partidos. Y resulta más preocupante que haya desplegado todo

su esfuerzo para el máximo control posible del poder judicial y de cualquier espacio de vigilancia institucional. Anteriormente se ha analizado la importancia de una actuación imparcial por parte del Tribunal de Cuentas, organismo administrativo que es la máxima entidad fiscalizadora de la administración pública y de los partidos políticos.

Obviamente, no existe posibilidad de influir en la integración de los juzgados y tribunales ordinarios, al estar previsto el acceso a través de pruebas selectivas y criterios objetivos. Por ello, las interferencias políticas se han desplegado de forma muy activa a través del funcionamiento del órgano de gobierno de la judicatura española, el Consejo General del Poder Judicial. El artículo 122-3 de la Constitución de 1978 había previsto que doce de los veinte integrantes del organismo habrían de ser jueces y magistrados; y los otros ocho integrantes serían juristas nombrados por el parlamento.

Se trataba de una regulación de espíritu similar a la existente entonces en Italia, con el Consiglio Superiore della Magistratura. Y también es la recomendada por el Consejo de Europa, al indicar que la mayoría de los integrantes de los consejos de la judicatura deben ser miembros del poder judicial, elegidos por los propios jueces y magistrados, con la finalidad de salvaguardar la autonomía de actuación de la institución y evitar las interferencias del poder político. De hecho, fue la forma en la que inicialmente se constituyó el consejo de la judicatura española. Sin embargo, poco después de su puesta en marcha se produjo una modificación legal sustancial, que acordó que sería el parlamento el que designara íntegramente a todos los vocales de este organismo, incluidos los pertenecientes a la judicatura.

En la práctica, las fuerzas políticas han realizado pactos de cuotas de manera continuada, en función de su representatividad en el parlamento. Ello ha llegado hasta el extremo de que los dirigentes de los dos principales partidos no han tenido ningún problema en hacer público quién sería el presidente del Consejo General del Poder Judicial, que también es el presidente del Tribunal Supremo, antes de que fuera votado por los veinte vocales de la máxima institución judicial, como marca la ley. Las principales fuerzas

políticas han llegado al consenso de que, cuando un partido es mayoritario, tendrá la facultad de controlar el gobierno de la judicatura. Por ello, los integrantes de los sucesivos consejos de la judicatura han actuado en líneas generales como correa de transmisión del partido que los ha propuesto para este órgano constitucional. Como indica Perfecto Andrés Ibáñez en su libro *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, el consejo español ha exhibido constantemente el estigma de la manipulación político-instrumental partidista.

El Consejo General del Poder Judicial tiene amplias competencias en materias que afectan de manera muy sensible la independencia de la judicatura. Fundamentalmente, le corresponde la capacidad de premiar y de castigar, pues resuelve sobre la promoción profesional de jueces y juezas, así como adopta sanciones en el marco del régimen disciplinario. Además, designa de forma discrecional a los magistrados del Tribunal Supremo y de gran parte de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos. Y nombra a los presidentes de las Audiencias Provinciales, entre otros cargos judiciales. Por otro lado, el consejo de la judicatura decide la cobertura urgente de plazas vacantes en determinados supuestos, lo cual ha generado muchas polémicas al adjudicar plazas provisionales, con criterios discutibles, a magistrados en juzgados que investigaban asuntos de corrupción.

Resultan evidentes los riesgos en la actuación de un gobierno de la judicatura controlado desde el poder político. Y, de hecho, la configuración del consejo en nuestro país ha provocado numerosas polémicas. En especial, en los casos en que se veía afectada la imparcialidad e independencia judicial por los nombramientos o por las más diversas decisiones del Consejo General del Poder Judicial en beneficio del poder político.

Cuando se investiga por corrupción a cargos representativos vinculados con el poder ejecutivo o

con el poder legislativo, se pone a prueba la realidad de la separación de poderes, al igual que cuando estos procesos afectan a representantes públicos vinculados al ámbito político en otras instituciones. Y en España han sido constantes las presiones, las interferencias y las medidas que han dificultado la actuación del poder judicial en el ejercicio de sus funciones constitucionales. Todo ello ha puesto de manifiesto los efectos negativos para la separación de poderes que implica un Consejo General del Poder Judicial sin verdadera autonomía en relación con el poder político.

Lo mismo ocurre con la composición del Tribunal Constitucional, integrado a través de pactos de cuotas entre las principales fuerzas políticas. Y, en este caso, se ha producido un deterioro progresivo, pues, en los primeros años de democracia, los partidos

optaron por consensos en la designación que incluía a juristas independientes, de alto nivel técnico, que prestigiaron el tribunal y posibilitaron un cuerpo de jurisprudencia constitucional muy respetado. Sin embargo, la degradación progresiva ha llevado al tribunal a juristas muy cercanos a las fuerzas políticas, con una trayectoria a menudo insuficiente para desempeñar esas funciones. El resultado ha sido la pérdida de credibilidad del tribunal en los últimos

años ante la sociedad, y una valoración sensiblemente inferior entre los juristas.

También se ha cuestionado la actuación de la Fiscalía, al valorarse que ha podido quebrar el principio de imparcialidad en la persecución de delitos vinculados a la corrupción, en especial cuando podían estar implicadas personas vinculadas al poder político o al Gobierno. El Fiscal General del Estado es nombrado por el propio Gobierno. Y la Fiscalía es un cuerpo jerarquizado, en el que los cargos superiores pueden marcar directrices a los que se encuentran en la escala inferior. Por ello, el vértice de la pirámide resulta decisivo para los nombramientos de los distintos cargos y para la línea de actuación de todos los fiscales.

Cuando se investiga por corrupción a cargos representativos vinculados con el poder ejecutivo o con el poder legislativo, se pone a prueba la realidad de la separación de poderes.

Los reproches al Gobierno han sido constantes, por nombrar al frente de la Fiscalía General del Estado a personas cercanas a sus intereses. De hecho, se ha publicado y no ha sido desmentido que los dos anteriores Fiscales Generales del Estado no continuaron en sus cargos por no seguir las directrices marcadas desde el Gobierno. Además, en distintas escuchas telefónicas aparecidas en los últimos tiempos, se ha podido oír a cargos políticos investigados por corrupción que valoran qué fiscales deben ser nombrados para que protejan mejor sus intereses y hablan de gestiones ante el Gobierno para lograrlo.

En el contexto de infinidad de casos de corrupción que actualmente afectan el ámbito político todavía resulta más necesaria una clara separación de poderes y el reforzamiento de la imparcialidad de los órganos de control y persecución del delito, como la Fiscalía. Ello debería implicar reformas legales para que el Fiscal General del Estado fuera nombrado por el parlamento, a través de mayoría cualificada, con unos requisitos tasados de capacidad, experiencia e imparcialidad. Y estos requisitos deberían también aplicarse al nombramiento de otros cargos de la Fiscalía.

Todo ello implica que en España no se ha vertebrado un sistema legal, institucional y político de prevención eficaz contra la corrupción. Y, además, no ha funcionado el sistema de equilibrios institucionales, ni tampoco se ha dotado a los órganos judiciales de instrumentos suficientes para la persecución de estos delitos. No puede sorprender que el resultado sea una presencia muy activa de las tramas corruptas, cuya exteriorización probablemente es la punta del iceberg de una realidad delictiva oculta aún más amplia.

4. Algunas reflexiones sobre la situación en Guatemala y Honduras

Guatemala y Honduras presentan una corrupción sistémica, con niveles más elevados que los existentes en España. En estos dos países las prácticas corruptas no solo afectan a los cargos políticos, sino también a funcionarios, policías, jueces y todo tipo de empleados vinculados a la administración pública. Guatemala se encuentra en el puesto 136 de un total

de 176 países en el Índice de Percepción de la Corrupción elaborado por Transparencia Internacional. Y Honduras en el puesto 123.

Como señalan D. Acemoglu y James A. Robinson, hay que vincular la corrupción existente con los problemas de desarrollo institucional de los países centroamericanos. Según estos autores, la falta de instituciones económicas y políticas de carácter inclusivo es la que ha generado elevados niveles de desigualdad, a través de unas élites extractivas que ya se constituyeron con la organización institucional colonial española.

Dichas élites impidieron durante siglos cualquier integración social y también dificultaron la vertebración de estructuras democráticas, en muchas ocasiones a través de golpes de Estado, de represión y de impunidad. La propia democracia de las últimas décadas ha sido bastante incompleta y ha estado permanentemente vigilada. La corrupción sería un signo más de la extracción de unas élites que históricamente han sido más poderosas que el sistema. O más bien podríamos afirmar que dichas élites han sido el sistema. Y, además, en las últimas décadas las tramas corruptas de cada país han forjado alianzas muy estables con el tráfico de drogas, de armas y de personas.

A través de los estudios de la socióloga Marta Casaús sobre la evolución de las élites de Guatemala, Daron Acemoglu y James A. Robinson destacan que veintidós familias han controlado el poder político y económico en el país desde el siglo XVI. Y han estructurado las instituciones para garantizar su continuidad en el poder, a través de un círculo vicioso que ha generado subdesarrollo y prácticas extractivas. Si en el pasado el poder se ejercía con los beneficios del trabajo forzado indígena y con los del monopolio del comercio, en época contemporánea se ha logrado el control de las instituciones en beneficio propio a través de redes clientelares de todo tipo. Una situación similar existe en Honduras.

La problemática de la corrupción en España resulta diferente de la que se puede apreciar en países como Guatemala y Honduras. En el caso español el marco geográfico ha favorecido bastante el desarrollo institucional, gracias a la integración en la Unión Europea. Así se han consolidado unas instituciones públicas homologables en muchos aspectos a las de

los países europeos de nuestro entorno. El espacio común también ha reforzado las concepciones propias del Estado de Derecho. A pesar de las dificultades en el ámbito judicial y de las insuficiencias descritas anteriormente, no cabe duda de que la regla general es la persecución de la corrupción. Ello contrasta con determinadas presiones del poder político en España, pero en el marco de esas tensiones se está ejerciendo actualmente la lucha contra estos delitos.

En cambio, la impunidad ha sido históricamente la norma en Guatemala y Honduras, al menos hasta la llegada de las misiones internacionales. Si de algo puede servir el análisis de la situación española —para mejorar las actuaciones contra la corrupción en los países centroamericanos—, quizás la cuestión más relevante sea constatar la gran importancia de un poder judicial independiente, con capacidad para aplicar las normas y para poner de manifiesto que nadie debe estar por encima del Estado de Derecho.

En España siguen existiendo bastantes carencias en el ámbito judicial, pero recientemente se han sentido en el banquillo de los acusados la hermana del Jefe del Estado y su marido, el cual ha sido condenado penalmente en primera instancia. También han entrado en prisión relevantes cargos políticos y muchos más están siendo investigados por los órganos judiciales.

Ello demuestra la trascendencia de que jueces y juezas sean profesionales, no sujetos a nombramientos de favor e inamovibles en sus cargos, y que cuenten con instrumentos suficientes para aplicar el ordenamiento jurídico. Del mismo modo, los criterios de estabilidad profesional (y el correlativo régimen de responsabilidades) son imprescindibles para funcionarios públicos y fuerzas de seguridad.

La intervención de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) ha venido a paliar parcialmente estas carencias institucionales, ante las dificultades de que los propios órganos del país pudieran hacer frente a las graves situaciones de corrupción e impunidad existentes. La misión de la ONU muestra la importancia de los valores de la independencia y de la imparcialidad, que quedan garantizados por la propia estructura de este organismo. Y ello está permitiendo complementar la actuación de las fiscalías y de los órganos judiciales de Guatemala,

que en otras condiciones estarían sometidos a presiones de gran entidad.

Los pasos que ha dado la misión internacional en Guatemala han sido notables, con la intervención muy relevante de los órganos judiciales del país. Sin la comisión de la ONU, sería impensable la actuación por el caso de corrupción aduanera de La Línea, contra el entonces presidente del gobierno Otto Pérez Molina, la vicepresidenta Roxana Baldetti y numerosos cargos políticos, así como muchas otras operaciones que también han afectado a cargos públicos. Además, el ejemplo de la misión internacional está impregnando las instituciones judiciales del país, lo cual resulta imprescindible, al ser los órganos competentes para el enjuiciamiento de estos delitos.

Sin embargo, las actuaciones puntuales no son suficientes para dismantelar las estructuras corruptas de Guatemala, que están muy enquistadas en el aparato estatal. Estas se basan en redes clientelares en las que están implicados frecuentemente políticos, que cuentan con la financiación electoral y el apoyo económico del crimen organizado, a cambio de posteriores tratos de favor en la contratación pública o en la permisividad ante el narcotráfico, según consta en las investigaciones que se llevan a cabo. Por ello, como acertadamente ha expresado la propia CICIG, es prioritario reforzar las instituciones básicas del Estado de Derecho, mejorar la carrera judicial y el Ministerio Público, introducir mecanismos de transparencia, reformar la contratación pública y abordar otros cambios legislativos de carácter preventivo contra la corrupción. Y en esta dirección el poder legislativo guatemalteco ha aprobado diversas modificaciones legales, a propuesta de la misión internacional.

No puede sorprender que las mafias organizadas o determinadas empresas pretendan obtener los máximos beneficios económicos a costa de las instituciones públicas. Sin embargo, lo que resulta inadmisibles es que estas prácticas corruptas sean amparadas por los representantes públicos, que tienen como función esencial servir a toda la sociedad. La CICIG ha subrayado, en su noveno informe de labores, que las investigaciones revelan que los casos de corrupción detectados no constituyen casos aislados que involucran a unos pocos agentes del Estado y a algún sector del empre-

sariado en negociaciones ilícitas. Al contrario, nos encontraríamos ante un sistema complejo de relaciones corruptas, con afectación sistemática de la gestión contractual pública, que habría causado la captura del Estado por parte de las redes económicas ilícitas.

En este contexto debe situarse la actuación de la misión internacional contra la financiación ilegal de los partidos políticos, al ser una de las claves de la renuncia de muchos cargos públicos a ejercer honestamente sus elevados deberes constitucionales. En consecuencia, las investigaciones contra el presidente Jimmy Morales y su entorno resultan fundamentales para aclarar la posible existencia de connivencias entre el poder político y las tramas corruptas de Guatemala. No puede sorprender la reacción del propio Presidente al reclamar la expulsión del magistrado y comisionado Iván Velásquez, que al frente de la CICIG está representando al Estado de Derecho y actuando desde los principios de independencia e imparcialidad. En estas tensiones se resolverá si Guatemala fortalece sus estructuras institucionales y su poder judicial para acabar con la corrupción y los mecanismos clientelares. La sociedad guatemalteca, la comunidad internacional y las organizaciones que luchan contra la impunidad deben estar atentas a las previsible resistencias de las élites del país más vinculadas con la delincuencia organizada.

La actuación de la CICIG es fundamental para el futuro de la región. Se trata de un banco de pruebas que servirá de ejemplo a otros países de su entorno. El avance de la lucha contra la corrupción demuestra que el Estado de Derecho puede contar con mecanismos efectivos para erradicar la delincuencia organizada estructural. Y que únicamente sería necesario ponerlos en práctica.

Precisamente el ejemplo de la CICIG ha sido determinante para constituir una misión internacional en Honduras, en este caso por parte de la OEA. Dicha actuación parte de concepciones similares de apoyo

institucional, pero no es idéntica en su configuración y competencias a la que se creó en Guatemala.

Como en el país vecino, la propia puesta en marcha de la MACCIH es un signo claro de las insuficiencias internas para combatir la delincuencia organizada. Como ha advertido la Coalición contra la Impunidad, que agrupa a numerosas entidades de la sociedad civil hondureña, la instalación de la misión internacional es un reconocimiento implícito de la incapacidad estatal para acabar con la impunidad y con las prácticas corruptas, a causa de las profundas debilidades de la justicia y la seguridad. Y ello como resultado de su extrema politización, de su débil independencia e imparcialidad y de su falta de compromiso para cumplir con sus obligaciones de estar al servicio de los intereses generales de la

sociedad y no de los poderes fácticos del país.

El carácter sistémico de la corrupción y de la delincuencia organizada en Honduras es bastante visible. Un reciente informe del Carnegie Endowment for International Peace, titulado «Cuando la corrupción es el sistema operativo: el caso de Honduras», elaborado por Sarah Chayes, describe las redes que conectan el crimen organizado con el sector privado y las instituciones públicas. Según este

estudio, el actual marco legal inclina el mercado a favor de las élites, en muchos casos apoyadas en actividades ilícitas, con la protección de los aparatos estatales.

Correlativamente, muchos cargos políticos y funcionarios pueden saquear las arcas públicas sin temor a que las referidas élites les pidan responsabilidades. Y la opacidad y los usos clientelares serían conducta común en la contratación pública al servicio de determinadas empresas.

Desde la perspectiva de este informe, esta corrupción estructural sería imposible sin la complicidad de una parte de la judicatura. Y el soborno, la extorsión y las prácticas criminales también se encuentran masivamente instalados en los cuerpos

La actuación de la CICIG en Guatemala es fundamental para el futuro de la región. Se trata de un banco de pruebas que servirá de ejemplo a otros países de su entorno.

policiales. Y todo ello sin olvidar las prácticas chantajistas remuneradas al realizar sus funciones de bastantes funcionarios locales, a través de unos hábitos que se han convertido prácticamente en costumbre.

Además, continuamente están presentes los intereses particulares de personas o grupos que miran el Estado como un inmenso botín a cuyo reparto creen tener derecho, en palabras de Leticia Salomón, en la esclarecedora obra colectiva *El manejo político y social de la corrupción en Honduras*.

Al igual que en Guatemala y otros países con prácticas corruptas ampliamente extendidas, la corrupción en Honduras no solo es un asunto de dinero, sino también especialmente una cuestión de poder. Las redes clientelares han tejido un sistema que asegura el poder económico a través una serie de relaciones, que necesariamente acaban teniendo incidencia en el poder político. En consecuencia, resulta imprescindible investigar la financiación de los partidos políticos para garantizar resultados electorales justos.

Al mismo tiempo, ha sido constante la represión hacia activistas y representantes sociales que cuestionan un sistema en el que reina a menudo la podredumbre. El asesinato de Berta Cáceres generó una comprensible conmoción internacional y representó un aviso hacia quienes se enfrentan al poder establecido. Y el asesinato, con claras implicaciones policiales, del general Julián Arístides González, director de la lucha contra el narcotráfico, es una señal muy clara de las graves dificultades existentes en la lucha contra el crimen organizado. La represión selectiva ha alcanzado a jueces, fiscales, periodistas e integrantes de todo tipo de colectivos, con el denominador común de que podían resultar molestos para las redes que tejen las relaciones de poder en Honduras.

Resulta estremecedora la indiferencia en la actuación institucional hacia la actuación de las tramas corruptas. Como la casi completa permisividad

ante las grandes bandas de narcotraficantes. O el silencio absoluto por parte del organismo regulador de la actividad financiera, la Comisión Nacional de Bancos y Seguros, ante el intensivo blanqueo de capitales que realiza la delincuencia organizada en las entidades bancarias.

La debilidad del poder judicial para perseguir los delitos de corrupción obstaculiza la lucha contra estas actividades criminales. No puede sorprender en un país en que la separación de poderes ha brillado por su ausencia en muchas ocasiones, como cuando fueron apartados de sus cargos varios magistrados de la Corte Suprema por adoptar decisiones que incomodaban al poder político. Y, especialmente, resulta muy significativa la injustificada expulsión de la magistrada Tirza Flores Lanza y de los jueces Guillermo

López Lone, Luis Chévez de la Rocha y Enrique Barrios Maldonado por defender el orden constitucional tras el golpe de estado de 2009. Más sintomática aún es la negativa arbitraria de las autoridades a readmitir en sus cargos a estos integrantes del poder judicial, tras la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que consideró contraria a derecho su destitución. Los últimos nombramientos de magistrados de la Corte Suprema, especialmente

partidistas, también han escenificado la ruptura de la separación de poderes en Honduras. Además, las sospechas de corrupción han afectado incluso a cargos del Consejo de la Judicatura.

En este contexto, el escándalo del Instituto Hondureño del Seguro Social, en el que una red corrupta se apropió de cerca de trescientos millones de dólares (en un país con graves carencias de medicamentos y atención sanitaria), se convirtió en un símbolo de la situación de Honduras. Las masivas protestas ciudadanas fueron precisamente las que desembocaron en la creación de la MACCIH.

La MACCIH ha iniciado sus actividades con distinta configuración a la de la misión internacional

La corrupción en Honduras no solo es un asunto de dinero, sino también especialmente una cuestión de poder.

de Guatemala. A diferencia de la CICIG, no puede realizar directamente investigaciones. Y ha de limitar su actuación al apoyo técnico a la fiscalía y a los órganos judiciales, así como a la formulación de propuestas de reforma legal y de diseño institucional. Estas restricciones han provocado cierto desencanto en las entidades de sociedad civil, que temen que la misión pueda acabar convirtiéndose en un mero lavado de cara del sistema hondureño.

La falta de receptividad de las instituciones hondureñas a las propuestas de la MACCIH se confirma en algunos casos recientes, como el nombramiento de los magistrados del Tribunal Superior de Cuentas con criterios manifiestamente partidistas, a pesar de las indicaciones en sentido contrario de la misión internacional. Como ocurre en España, resulta esencial en la lucha contra la corrupción la imparcialidad en la actuación del máximo órgano fiscalizador de las cuentas públicas. También se desnaturalizaron algunas de las propuestas de la MACCIH sobre financiación de las campañas electorales. Ninguna reforma relacionada con la lucha contra esta forma de delincuencia tendrá credibilidad si no cuenta con instrumentos de control adecuados de la actividad de las administraciones y del funcionamiento de los partidos.

Al mismo tiempo, la MACCIH ha logrado impulsar y materializar sus propuestas sobre la puesta en marcha de una fiscalía anticorrupción y de órganos judiciales especializados en estos delitos. Y también ha respaldado de forma decidida la investigación de casos de corrupción como el del IHSS o la concesión del proyecto hidroeléctrico «Agua Zarca», al cual se opuso Berta Cáceres y por el que habría sido asesinada. Resulta previsible también que se generen tensiones entre la misión internacional y las autoridades hondureñas en el caso de que la MACCIH continúe poniendo en cuestión las estructuras del país que favorecen la corrupción.

Al analizar la problemática de la corrupción en Guatemala, en Honduras y en España, con sus respectivas particularidades, podemos constatar la enorme importancia de contar con un Estado de Derecho fuerte, servido por un poder judicial independiente, en el marco de la separación de poderes

propia de una democracia constitucional. Y, además, resulta imprescindible la existencia de normas preventivas para evitar al máximo posible estas conductas delictivas, así como de instrumentos adecuados de persecución y de normas penales proporcionadas. El camino no está siendo sencillo, pero la creciente implicación ciudadana y la apertura de nuevas respuestas institucionales permiten albergar esperanzas de futuro.

Bibliografía

- ACEMOGLU D. y ROBINSON J. A., *Por qué fracasan los países*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2014.
- ANDRÉS IBÁÑEZ P., *Tercero en Discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2015.
- CARRASCO, S., *¿Hay derecho? La quiebra del Estado de Derecho y de las instituciones en España*, Península, Barcelona, 2014.
- _____, *Contra el capitalismo clientelar*, Península, Barcelona, 2017.
- CHAYES S., *Cuando la corrupción es el sistema operativo: el caso de Honduras*, Carnegie Endowment for International Peace, 2017.
- FERRAJOLI, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- LAPUENTE V. (coordinador), *La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el gobierno*, Alianza Editorial, Madrid, 2016.
- MEZA V. (coordinador), *El manejo político y social de la corrupción en Honduras*, CEDOH, Tegucigalpa.
- MOLINAS, C., *Qué hacer con España*, Destino, Barcelona, 2013.
- SÁNCHEZ-CUENCA, I., *La impotencia democrática*, Catarata, Madrid.
- VILLORIA M., GIMENO J.M. y TEJEDOR J. (directores), *La corrupción en España. Ámbitos causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016.



La función del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en la investigación de violaciones a Derechos Humanos

NOTA INTRODUCTORIA

El trabajo que se presenta en esta sección es parte de la consultoría «Una mirada al desempeño del Comisionado Nacional de Derechos Humanos a la luz de sus informes y posicionamiento en el periodo comprendido entre 2014 y 2016»; esta fue realizada por la Asociación de Jueces por la Democracia y el desarrollo de la investigación correspondió al Dr. Joaquín A. Mejía Rivera. Por razones de espacio omitimos la primera parte y compartimos únicamente la segunda, que contiene una valoración crítica de los logros y limitaciones del CONADEH en los tres años objeto del estudio.

En la AJD nos anima contribuir a conocer las ejecutorias de la institucionalidad responsable de la protección de derechos humanos, por lo que confiamos en que los aportes y las conclusiones que se desarrollan en este trabajo sean de utilidad para las organizaciones de sociedad civil, los organismos de cooperación internacional y las entidades gubernamentales.

La función del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos en la investigación de violaciones a Derechos Humanos

*Joaquín A. Mejía Rivera**

1. EL PAPEL DEL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PREVENIR E INVESTIGAR

Frente a los derechos humanos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, el Estado y sus instituciones están obligados a *respetarlos* y *garantizarlos*. La obligación de *respetar* tiene un carácter negativo en cuanto comprende, fundamentalmente, el deber estatal de abstenerse de interferir en su ejercicio, o de realizar cualquier acción que constituya una transgresión a los mismos. Por su parte, la obligación de *garantizar* tiene un carácter positivo, ya que el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el ejercicio efectivo de tales derechos y de proteger a las personas no solo de los actos ilícitos de sus agentes, sino también de los particulares mediante la prevención, la investigación y sanción de las violaciones a los derechos reconocidos, y la reparación de los daños producidos.

De acuerdo con la Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005 de la Asamblea General de la ONU, la obligación de respetar y garantizar incluye, entre otros, el deber estatal de (a) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; (b) investigar las violaciones y, cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; (c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quién sea en definitiva el responsable de la violación; (d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas; y, (e) proporcionar o facilitar reparación a las víctimas¹.

* Este trabajo es parte de la consultoría «Una mirada al desempeño del Comisionado Nacional de Derechos Humanos a la luz de sus informes y posicionamiento en el periodo comprendido entre 2014 y 2016», realizada por la AJD. El desarrollo de la investigación estuvo a cargo del doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos Joaquín A. Mejía Rivera.

1 MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2003, p. 177.

Para cumplir con estas obligaciones no es suficiente que el Estado garantice la mera existencia de un orden normativo, sino que es necesario «que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»². Por tanto, de esta doble obligación general de *respetar* y *garantizar* surge el deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos por parte de las autoridades estatales y por los particulares, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por dicha violación³.

El deber de prevenir violaciones a derechos humanos implica que el Estado de Honduras debe adoptar todas las medidas necesarias de carácter jurídico, político, administrativo y de cualquier otro orden que promuevan la tutela de tales derechos y que aseguren que las posibles violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, acarrea sanciones para quien las ordena y ejecuta, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁴.

Entre tales medidas se encuentra, en primer lugar, la de *regular* o imponer límites legales a la conducta de los agentes públicos y privados para evitar que pueda afectar el ejercicio de los derechos humanos, y establecer las sanciones correspondientes para quienes sobrepasen dichos límites. Además de las medidas legislativas, se requiere que el Estado adecue su actuación conforme a la normativa constitucional e internacional de derechos humanos; en otras palabras, se precisa que tanto la adopción de medidas normativas como de conducta sean efectivas, en el sentido que tengan un impacto real en la vida cotidiana de las personas⁵. En términos generales, el Estado tiene la doble obligación de suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a los derechos humanos y de expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva realización de tales derechos⁶.

En el marco de esta obligación, el CONADEH tiene un papel fundamental para realizar un ejercicio permanente de identificación de omisiones en la adopción de normas adecuadas para hacer efectivos los derechos humanos, o de adopción de normas que no sean conformes con la garantía de los derechos incluidos en el bloque de constitucionalidad, aunque se hayan adoptado respetando los procedimientos establecidos, lo cual permitiría detectar con anticipación posibles violaciones a derechos humanos y evitarlas eficazmente. En este punto, la propuesta de segui-

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 166-177.

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, arts. I y II.

4 Corte-IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras... op. cit.*, párr. 175.

5 Corte-IDH, *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 87.

6 Corte-IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 207.

miento, evaluación y recopilación de información mediante la creación de un Observatorio de Integralidad de Derechos puede constituir una herramienta importante para evitar la revisión discrecional de leyes o políticas que dé la apariencia de favorecer al gobierno⁷.

En segundo lugar está la función de *monitorear*, que implica que el Estado debe realizar una evaluación constante sobre la situación de los derechos humanos, ya que no es suficiente el simple establecimiento de una estructura legal que regule los límites del poder público y privado frente al ejercicio de los derechos humanos, sino que es necesario que la legislación sea efectiva en la práctica, pues es de sobra conocido que muchas violaciones a los derechos humanos persisten aunque se cuente con una Constitución y muchas leyes garantistas⁸.

Los registros detallados de las quejas que recibe el CONADEH aportan datos útiles para revelar un deterioro o mejoría en la situación de los derechos humanos, detectar las violaciones de derechos más comunes, identificar las autoridades públicas con peor historial en materia de respeto a derechos humanos, determinar el género, condición socioeconómico u origen étnico de las personas titulares de derechos vulnerados, e indicar si es una situación de una región específica o si tiene una dimensión nacional⁹.

Obviamente, estas estadísticas son solo el punto de partida, pues se requiere complementarlas con un análisis cualitativo de la situación que permita recomendar la elaboración, implementación o modificación de políticas públicas en las áreas de mayor prioridad, y ejercer un mayor control sobre las actuaciones de los poderes públicos y privados de conformidad con el respeto de los derechos humanos. Solo el análisis cualitativo podrá determinar, por ejemplo, si la disminución del número de quejas o denuncias a nivel nacional que pasó de 12,068 en el año 2014 a 11,189 en 2015, se debe a la falta de efectividad de los programas de educación y las campañas de sensibilización, a una mejoría en la situación general de los derechos humanos o a una reducción de los índices de confianza en el CONADEH.

Por el momento no hay constancia de que el CONADEH realice de forma constante y permanente estudios cualitativos de la queja que reflejen con claridad tales cuestiones, las tendencias, las normas violentadas y/o generadoras de violaciones a derechos humanos, y aporte elementos para impulsar acciones encaminadas a mejorar la situación a escala departamental, regional y nacional.

Como lo señalan los Principios de París, el monitoreo o vigilancia de la situación nacional de los derechos humanos es una función esencial del CONADEH, lo cual abarca tanto la situación general como cuestiones de preocupación más específicas. Por ello es que el CONADEH tiene amplias facultades para recabar la información y pruebas que necesite para cumplir eficazmente

7 Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, Plan de Acción 2014-2020, pp. 10 y 29.

8 Discurso del Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Álvaro Tirado Mejía, ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos el 6 de febrero de 1995, en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995*, 28 de febrero de 2006. Anexos. Discursos de la CIDH.

9 CARVER, Richard, *Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales... op. cit.*, pp. 40-41.

con esta función, entre las que destacan: (a) acceder libremente a todas las dependencias civiles y militares y centros de detención, reclusión o internamiento; (b) solicitar a cualquier autoridad, poder, organismo o institución, información concreta acerca de violaciones de los derechos humanos; (c) inspeccionar sin previo aviso las oficinas, estructuras o instalaciones públicas o que se destinen a la prestación de servicios públicos o a la explotación de concesiones; (d) requerir de funcionarios y empleados civiles o militares toda la información y documentación necesaria para cumplir con sus atribuciones; o (e) citar a funcionarios públicos, sean civiles o militares, para que comparezcan personalmente a referirse a cualquier cuestión de interés para la investigación de asuntos sometidos a su conocimiento.

En tercer lugar se encuentra la función de *realizar estudios de impacto* con el objetivo de prevenir posibles efectos negativos sobre los derechos humanos cuando se ejecutan programas, políticas o proyectos públicos o privados y, en caso de que tales efectos puedan ser negativos, se tomen las medidas adecuadas para evitar cualquier menoscabo a la vigencia de esos derechos. Además de prevenir posibles afectaciones de derechos, la realización de estudios de impacto fortalece el diálogo democrático en el sentido que exige que los probables sectores afectados sean consultados sobre la pertinencia y seguridad de las medidas propuestas¹⁰.

El CONADEH tiene la facultad de elaborar informes especiales y realizar estudios y análisis de las leyes vigentes, los proyectos de ley, los decretos ejecutivos, los reglamentos y las resoluciones para determinar su compatibilidad con los estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos, y recomendar las revisiones y modificaciones cuando sean pertinentes. A la vez, el registro de quejas debe servir para realizar investigaciones y dichos estudios e informes especiales, así como para proponer reformas y programas de educación y concientización en materia de derechos humanos¹¹.

En cuarto lugar se encuentra la función de *remover los obstáculos estructurales* que implica la remoción de aquellos impedimentos que limitan el disfrute efectivo de los derechos humanos, los cuales pueden ser de tipo fáctico o normativo que mantienen la discriminación e impiden la igualdad. Por ello, el Estado de Honduras tiene la obligación de reformar sus estructuras básicas económicas y políticas que impidan garantizar a todas las personas el acceso a sus derechos humanos, y de asegurar que los sectores socialmente más vulnerables no sufran desproporcionadamente las consecuencias de las políticas económicas, sobre todo con la implementación de programas de ajuste estructural¹².

10 MELISH, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. 182-183.

11 El artículo 8, literal k) del Reglamento General de su Ley Orgánica establece que el CONADEH puede «Proponer la elaboración de leyes o sus reformas y la adopción de Convenios Internacionales que garanticen los derechos humanos». Por su parte, el artículo 9 plantea que «Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo amerite, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos podrá presentar un informe extraordinario ante ese órgano Legislativo».

12 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, 11 de febrero de 1994, capítulo V. I. VI. Recomendaciones, puntos 1-4.

En este punto, el CONADEH tiene facultades para (a) vigilar que los presupuestos públicos destinen recursos adecuados y no discriminatorios a las cuestiones humanas fundamentales, especialmente en la prestación de servicios básicos, realizando un examen de prioridades y eliminando la discriminación contra las personas más desfavorecidas; (b) orientar a las autoridades correspondientes con el fin de evitar que empeore la condición de pobreza de los sectores más desaventajados de la sociedad, debido a la implementación de programas económicos que incluyan medidas deliberadamente regresivas en materia de protección de los derechos humanos; (c) impulsar la eliminación de la discriminación contra la mujer, la comunidad LGTBI, los pueblos indígenas y afrodescendientes, y otros sectores vulnerabilizados y, (d) garantizar la participación y consulta a las personas más pobres acerca de las decisiones que afectan su vida¹³.

2. RECEPCIÓN Y SEGUIMIENTO DE QUEJAS RELATIVAS A VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS RECIBIDAS DURANTE EL PERÍODO 2014-2016

La queja es el mecanismo a través del cual las personas o representantes de instituciones públicas o privadas, que aleguen violaciones a sus derechos humanos o afectaciones por otros actos arbitrarios e ilegales cometidos por las autoridades, pueden presentar por cualquier medio razonable y sin costo alguno una reclamación ante el CONADEH con el fin de obtener la debida reparación¹⁴.

De acuerdo con los artículos 27 y 29-45, el trámite de las quejas o denuncias puede dividirse en cuatro etapas: en primer lugar, la etapa de registro y admisibilidad, que comienza con el registro y acuse de recibo de las quejas, y el análisis de las cuestiones formales de la denuncia, como: (a) nombres y generales de las personas denunciantes, (b) que la queja se presente dentro del plazo de un año contado a partir del momento en que se tuvo conocimiento de los hechos denunciados¹⁵, (c) que no exista un asunto pendiente de resolución judicial, a menos que la denuncia implique la falta de acceso a la justicia o de la debida diligencia, (e) que se hayan agotado todos los recursos

13 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, p. 78.

14 Artículos 2 y 23 del Reglamento General. El artículo 26 señala que para proteger a la persona denunciante, el CONADEH «podrá garantizar el secreto de la identidad del quejoso. Todos los trámites se realizarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a particulares como a las dependencias y demás organismos públicos». En julio de 2014, el CONADEH realizó el lanzamiento público del Plan de Acción 2014-2020 «Vanguardia de la Dignidad Humana» que, entre otros objetivos, busca el cumplimiento, respeto y defensa de los derechos humanos mediante la promoción de más acciones y medidas positivas y especiales para los sectores y grupos vulnerados, tales como la implementación de un sistema expedito de denuncias o quejas que pueden interponerse de manera personal, vía electrónica, a través del Sistema de Recepción de Quejas (SIQUEJAS), o vía telefónica, que incluye un servicio telefónico gratuito de respuesta rápida las veinticuatro horas todos los días del año.

15 El artículo 29 señala: «Aún en el caso de que se presente fuera de ese plazo, el Comisionado Nacional tendrá amplia discrecionalidad para admitirla si lo considera necesario, por la gravedad del caso o de la injusticia cometida, o por el hecho de que la persona, por amenazas u otra razón, no haya podido presentarse ante la autoridad competente».

puestos a su disposición por la legislación ordinaria, (f) que los recursos interpuestos hayan sido notoriamente ineficaces y, (g) que la queja tenga por objeto una actuación material originada por la administración pública u otra autoridad.

Si el CONADEH considera que una queja se interpone mediando mala fe, con carencia de fundamento o inexistencia de pretensión, podrá rechazarla a través de una resolución escrita motivada y debidamente fundamentada, que debe ser notificada a la persona interesada. Esta etapa debe ser expedita, pues la admisibilidad o rechazo de una queja se decidirá y notificará en el mismo momento de la recepción, o dentro de los tres días hábiles siguientes cuando el caso sea complejo. Aunque una queja sea rechazada, (a) la persona denunciante recibirá orientación sobre el trámite a seguir indicándole la autoridad ante quien recurrir, (b) el CONADEH exhortará a la autoridad o dependencia correspondiente que atienda a dicha persona con la debida eficiencia y celeridad y, (c) si es necesario, la acompañará antes tales autoridades o dependencias¹⁶.

En segundo lugar, la etapa de investigación debe caracterizarse por ser sumaria e informal, y comienza una vez admitida la queja, utilizando los métodos y herramientas que el CONADEH juzgue conveniente para el esclarecimiento del asunto sometido a su conocimiento. El acervo investigativo se levantará en un expediente que contenga todos los datos, informaciones, alegatos, documentos y pruebas relacionadas con el asunto investigado, incluidos todos los medios electrónicos e informáticos disponibles.

En tercer lugar, la etapa de recomendaciones, que se concreta en la elaboración de un «Informe con Recomendaciones» o sugerencias que indiquen con claridad las conclusiones derivadas de la investigación, su fundamento y las sugerencias que proceden. En caso de que sea posible resolver la queja o denuncia por otra vía, el CONADEH no requerirá dictar una recomendación final, pero sí podrá elaborar un «Informe por Restitución». Del mismo modo, si se concluye que no existe violación a los derechos humanos, emitirá el «Informe de no Responsabilidad». Finalmente, cuando se concluya que el hecho denunciado constituye delito o falta, se dictará un «Informe por Delito o Falta», que será remitido a la autoridad competente.

En cuarto lugar, la etapa de seguimiento, que es sumamente importante para determinar el impacto de las acciones del CONADEH, ya que todos los asuntos sometidos a su conocimiento y que concluyan con un informe final deben ser objeto de seguimiento con el objetivo de que las autoridades o dependencias denunciadas rectifiquen sus actuaciones o tomen las medidas pertinentes para reparar las afectaciones a derechos humanos y prevenir futuras transgresiones. En este sentido, de acuerdo con la experiencia de la Delegación Regional del Norte, las autoridades sí cumplen con su obligación de enviar por escrito al CONADEH un informe mensual sobre el cumplimiento de las recomendaciones¹⁷.

16 De acuerdo con el Delegado Regional del Norte, este acompañamiento se realiza, por ejemplo, cuando se trata de víctimas de tortura que deben presentar denuncias ante la Fiscalía Especial de Derechos Humanos. Entrevista realizada el lunes 13 de febrero de 2017.

17 Entrevista al Delegado Regional del Norte, Wilfredo Castellanos, realizada el 13 de febrero de 2017. El artículo 43 de la Ley Orgánica del CONADEH establece: «Las autoridades y funcionarios tendrán la obligación de contestar por escrito dentro del término de un mes calendario».



A la luz de lo anterior, se debe resaltar que todos los poderes públicos y demás autoridades tienen la obligación de colaborar y auxiliar con carácter preferente al CONADEH, y brindarle todas las facilidades para el efectivo desempeño de sus funciones. La negativa de brindar esta colaboración preferente puede generar las responsabilidades civiles, administrativas, disciplinarias y penales que correspondan, que van desde la suspensión y el despido, hasta el delito de desobediencia, cuyos antecedentes deben ser trasladados al Ministerio Público que, a través del Fiscal General, informará periódicamente al CONADEH o cuando este lo solicite, del estado en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia.

A través de este procedimiento, durante el año 2014 el CONADEH recibió 12,068 denuncias o quejas a nivel nacional, lo cual implicó un incremento del 10.83% respecto a 2013, cuando recibió 10,889, y un descenso en relación con el año 2015, en el que atendió 11,189 quejas o denuncias. En 2014, las oficinas que recibieron más denuncias fueron: la de Tegucigalpa con 2,064; la de San Pedro Sula con 1,354; La Ceiba con 994; Juticalpa con 989 y la de Choluteca con 803. En 2015 Tegucigalpa mantuvo el primer lugar con 1905, la de Juticalpa con 1048 desplazó del segundo lugar a San Pedro Sula que quedó en el tercer lugar con 1012, seguida de Choluteca con 919 y Atlántida con 884¹⁸.

Es importante resaltar que (a) el promedio de quejas mensuales atendidas en 2014 fue de 1,005 en las oficinas regionales y departamentales; (b) del total de quejas, 363 fueron recolectadas a través de unidades móviles, 219 en actividades de inspección permanente u ocasionales a los establecimientos de salud y, el resto, 11,705, fueron recibidas en las oficinas del CONADEH de forma presencial, virtual o vía telefónica; y (c) las mujeres con 4,090 quejas y la niñez con 1,722, son quienes figuran con la mayor frecuencia de derechos violentados¹⁹.

Las autoridades con mayor número de denuncias son: (a) la Policía Nacional con 1,542, de las cuales 819 corresponden a la Policía Nacional Preventiva, 600 a la Dirección Nacional de Investigación Criminal y 123 a la Policía de Tránsito; (b) la Secretaría de Educación con 909 denuncias; (c) el Poder Judicial con 617; (d) la Secretaría de Salud con 576; (e) las alcaldías municipales con 446; (f) los centros penitenciarios con 436; (g) el Ministerio Público con 347; (h) la Defensa Pública con 125; (i) el Registro Nacional de las Personas con 103 y, (j) el Ministerio de Trabajo con 68. Finalmente, del total de quejas recibidas en 2014 se resolvieron 9,889, lo que representa el 81.94%. De estas, 4,417 fue por restitución del derecho violentado, 79 por delito o falta, 1 por Informe con Recomendaciones, 2,717 por orientación con acompañamiento y 2975 por otras formas de cierre²⁰.

En 2015, de las 11,189 quejas o denuncias recibidas a nivel nacional, el CONADEH concluyó 8,169, lo que representa un 73%. Se debe resaltar que (a) los hombres con 4,732 quejas, las mujeres con 3,372 y la niñez y adolescencia con 1,819, son quienes figuran con la mayor

18 CONADEH, *Informe Anual 2014... op. cit.*, pp. 214 y 218; *Íd.*, *Informe Anual 2015... op. cit.*, p. 152.

19 *Ibid.*, p. 215.

20 *Ibid.*, pp. 216-218.

frecuencia de derechos violentados; (b) las instituciones más denunciadas fueron la Secretaría de Educación con 798 quejas, la Secretaría de Salud con 485, las alcaldías municipales con 474, la Dirección Nacional de Investigación Criminal con 468, los centros penales con 398, los Juzgados de Letras con 278 y las Fuerzas Armadas con 173; (c) hay un importante incremento de denuncias contra la Policía Nacional, el Ministerio Público y la Secretaría de Educación; y (d) de las 23,257 quejas o denuncias recibidas entre 2014 y 2015, se resolvió o concluyó el 86%²¹.

Sin duda, estas estadísticas son importantes para (a) conocer el volumen de trabajo que tiene el CONADEH y contrastarlo con sus capacidades instaladas (recursos humanos, científicos, logísticos, presupuestario) para responder eficientemente a las demandas de la sociedad y de las víctimas; (b) determinar posibles patrones, el perfil de las víctimas y su pertenencia a grupos vulnerabilizados, los derechos más violentados y los responsables de tales violaciones para proponer, entre otras cosas, planes de formación y campañas de sensibilización, y políticas públicas con el fin de prevenir y mitigar las situaciones que generan violaciones a sus derechos.

En otras palabras, la información recogida en los informes anuales del CONADEH debe servir a un objetivo mayor que la simple recopilación estadística; es decir, a la realización de análisis sistemáticos sobre la situación general de los derechos humanos o de grupos o derechos específicos, con el fin de informar las políticas públicas, hacer un seguimiento de los avances realizados, medir el desempeño y el impacto, y «generar una cultura de rendición de cuentas y transparencia en la búsqueda de un progreso valorado socialmente»²².

Sin embargo, los informes anuales del CONADEH presentan algunas deficiencias que limitan el logro del objetivo anterior, ya que (a) no hay suficiente uniformidad en la estructura y la información brindada en los informes de un año a otro; (b) no se brindan análisis que determinen las razones de los aumentos o disminuciones de las denuncias sobre violaciones a derechos humanos con respecto a períodos anteriores; (c) no hay claridad sobre el número de violaciones a derechos humanos desglosadas por derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales; (d) no hay información sobre las denuncias presentadas ante el Ministerio Público ni de otros recursos judiciales que el CONADEH tiene legitimación para interponer; (e) no presenta evidencia de las acciones concretas del Gobierno para implementar las recomendaciones formuladas y que «han sido recibidas con voluntad de ponerlas en práctica»²³.

A la vez, (f) no se aporta información suficiente sobre los casos resueltos o cerrados que permita evaluar si las autoridades estatales han dado el debido seguimiento a las recomendaciones del CONADEH y si se ha reparado el derecho de las víctimas; (g) no se brindan datos concretos sobre las sanciones administrativas, civiles o penales contra las personas que resulten responsables de la violación a un derecho humano; y (h) no hay información sobre las denuncias

21 CONADEH, *Informe Anual 2015*, pp. 40, 152 y 174-175.

22 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, p. 1.

23 CONADEH, *Informe Anual 2015*, p. 98.

declaradas inadmisibles ni de los casos que fueron resueltos por otras formas de cierre distintas al «Informe por Restitución del Derecho», al «Informe por Delito o Falta», al «Informe con Recomendaciones» o a la orientación con acompañamiento.

El uso adecuado de los datos recopilados en el registro de quejas permite al CONADEH contar con información cierta y pertinente sobre las distintas situaciones que generan violaciones a derechos humanos, para fortalecer sus capacidades de prevención mediante la realización de un monitoreo constante sobre la situación real de tales derechos, y así contribuir en la elaboración e implementación de políticas públicas en las áreas de mayor prioridad, y en un mayor control sobre las actuaciones y omisiones de los poderes públicos y privados de conformidad con los estándares constitucionales e internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos.

3. LAS ACTUACIONES DEL COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A SITUACIONES O CASOS EMBLEMÁTICOS

Al inicio de este trabajo señalamos que el CONADEH se encuentra inmerso en un contexto marcado por el control y sometimiento casi absoluto de la institucionalidad al Poder Ejecutivo, por la profundización de un modelo autoritario y excluyente, por el deslizamiento de la toma de decisiones en materia de seguridad y justicia desde el Congreso Nacional hacia el Consejo Nacional de Defensa y Seguridad, por la remilitarización de la sociedad y el Estado bajo el argumento de la lucha contra la criminalidad, por la falta de políticas públicas y otras medidas para enfrentar las desigualdades y exclusión social, y por el rompimiento del orden constitucional debido a la suplantación de la soberanía popular y la transgresión del principio de alternabilidad en el marco de la reelección presidencial.

Frente a ello, además de la recepción e investigación de quejas por denuncias o de oficio, el CONADEH realizó acciones de mediación y protección que fueron esenciales para promover el diálogo entre las autoridades de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y el estudiantado, así como para poner fin al conflicto entre las autoridades de la Universidad Nacional de Agricultura y el estudiantado. También efectuó inspecciones a los centros penales y otros centros de detención al menos cada quince días, a los hospitales y centros de salud, y a las clínicas y hospitales del Instituto Hondureño de Seguridad Social a nivel nacional, a los centros educativos a nivel nacional, alcaldías municipales, al Registro Nacional de las Personas, juzgados y empresas estatales y operadores de servicios públicos, y a programas de bonificaciones sociales.

Asimismo, desarrolló decenas de miles de jornadas de capacitación en derechos humanos y elaboró varios informes especiales sobre «Aspectos del Servicio Público de Salud en Honduras», «El proceso de nominación de candidatos y candidatas a Magistrados (as) de la Corte Suprema de Justicia», «Hallazgos y recomendaciones del monitoreo de la implementación del Plan de Acción de Seguridad Alimentaria y Niñez migrante retornada», «El fortalecimiento

progresivo del Estado democrático y social de Derecho en Honduras», «Situación de Tensión Social», «Los Incendios Forestales en Honduras y su Impacto sobre los Derechos Humanos» y «El gorgojo descortezador del pino y otras graves amenazas ambientales a la vida digna de los hondureños y hondureñas».

A su vez, planteó una serie de orientaciones y recomendaciones sobre temas de interés general en materia de respeto, protección y promoción de derechos humanos, y divulgó sus posiciones en numerosos comunicados, entrevistas y conferencias de prensa. No obstante, en algunos de estos temas, la posición del CONADEH ha sido ambigua, imprecisa o vaga en puntos que son fundamentales, o simplemente se ha subido al discurso oficial, con lo cual ha generado la percepción de que, pese a sus capacidades técnicas, no tiene la voluntad política de asumir una posición contundente frente a determinadas situaciones que debilitan aún más el Estado de derecho y el frágil sistema democrático hondureño. En lo que sigue se analizarán brevemente tres temas torales que evidencian esta afirmación: la reelección presidencial, la defensa de los bienes naturales y el territorio, y la militarización de la seguridad pública.

3.1. La reelección presidencial

Respecto a la reelección, el CONADEH argumenta que a la luz de la Constitución de la República y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, respeta la sentencia de la Sala de lo Constitucional emitida el 22 de abril de 2015 en la que declara la inaplicabilidad de los artículos de la Constitución de la República que establecen la pérdida de la calidad de ciudadano por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República, la prohibición de la reelección o nuevo desempeño de la titularidad del Poder Ejecutivo, y las previsiones sobre sanciones en esta materia, tanto en la Constitución como en el Código Penal²⁴.

El CONADEH señala que, aunque la sentencia declara que no se puede aplicar la prohibición de reelección y la deja ya posibilitada, tal resolución no reforma ni deroga formalmente las disposiciones constitucionales correspondientes, pues estas son atribuciones que le corresponden únicamente al Congreso Nacional. Por ello recomienda el «diálogo político para adoptar consensos nacionales sobre la regulación de la reelección». Sin embargo, en ningún momento señala que la prohibición de la reelección solo puede ser modificada por el titular del poder constituyente por estar contenida en una cláusula pétrea, y de forma ambigua plantea que se utilicen «los mecanismos de participación ciudadana (plebiscito, referéndum e Iniciativa de Ley Ciudadana) que viabilizan la manifestación expresa, directa y actualizada del pueblo, sobre la transformación hacia el bien común»²⁵. Finalmente, solicitó al Congreso

24 *El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (CONADEH) se manifiesta en torno a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de lo Constitucional, expresa consideraciones y formula recomendaciones para el fortalecimiento progresivo del Estado democrático de derecho en Honduras*, CONADEH, Tegucigalpa, mayo de 2015, p. 4.

25 *Ibíd.*, pp. 4-5.



Nacional derogar formalmente los artículos constitucionales que prohíben la reelección²⁶. Es importante destacar tres cuestiones esenciales que están ausentes o tergiversados en el análisis y posicionamiento del CONADEH.

La primera es el uso de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para argumentar que la decisión de la Sala de lo Constitucional se fundamenta en el ejercicio del control de convencionalidad debido a que la prohibición de la reelección violenta los derechos políticos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto es preciso señalar que la jurisprudencia interamericana ha establecido que los derechos políticos tienen dos aspectos o dimensiones claramente identificables. Una dimensión individual, que supone que las ciudadanas y ciudadanos pueden postularse como candidatos en condiciones de igualdad, y que pueden ocupar cargos públicos si logran obtener la necesaria cantidad de votos; y una dimensión social, que implica que pueden elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes les representarán²⁷.

Dado que los derechos políticos son elementos esenciales de la democracia, los Estados tienen la obligación de garantizar la organización de todos los partidos políticos y otras asociaciones, el debate libre de los principales temas de interés, y la realización de elecciones generales, libres y garantes de la voluntad popular²⁸. En este sentido, la realización de las elecciones debe caracterizarse por su autenticidad, su periodicidad y su universalidad. La autenticidad está relacionada con la necesidad de que exista una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. En sentido negativo, implica que no existan interferencias que distorsionen la voluntad popular²⁹.

La periodicidad tiene que ver con la necesidad de escrutinio popular sobre el desempeño de las autoridades y debe vincularse con la prohibición de la perpetuación en el poder o el ejercicio de este sin plazo determinado. Y la universalidad implica que las elecciones deben ser realizadas por sufragio universal, a través del cual se tiende a asegurar la participación política de todas las personas facultadas para hacerlo, teniendo en cuenta que es posible establecer ciertas limitaciones o exclusiones, tales como las mencionadas en el numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana, es decir, edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal³⁰.

26 «CONADEH propone derogar artículos recomendados por CSJ», en *La Tribuna*, 2 de enero de 2017. Accesible en <http://www.latribuna.hn/2017/01/02/conadeh-propone-derogar-articulos-recomendados-csj/>. Consultado el 20 de enero de 2017.

27 Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2006, párrs. 197-199.

28 CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980*, Capítulo VI, 2 de octubre de 1980.

29 CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, Capítulo V, III. 2. Democracia representativa y derechos políticos, 22 de febrero de 1991.

30 *Ídem*.

No obstante, hay que destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su sentencia sobre el caso *Castañeda Gutman*, concluyó que «no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana»³¹. Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) declaró inadmisibile una denuncia del general golpista Efraín Ríos Montt, cuya candidatura a la presidencia de Guatemala había sido rechazada por las autoridades nacionales debido a que la Constitución guatemalteca establece que el precedente golpista es una causa de inelegibilidad. Ríos Montt argumentó ante la CIDH que tal causa de inelegibilidad no estaba establecida en el artículo 23 de la Convención Americana y que, por tanto, violaba sus derechos políticos; sin embargo, este órgano interamericano consideró válida la prohibición de ser electo como presidente a un militar que había participado en un golpe de Estado³².

Para la Corte IDH y la CIDH, el derecho a ser elegido puede ser limitado por razones distintas a las ya mencionadas en el numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana, siempre y cuando no implique una restricción indebida a los derechos políticos³³, y supere el «test tripartito» que analice su legalidad, su finalidad y su necesidad en una sociedad democrática, y su proporcionalidad³⁴. Por tanto, el argumento de la Sala de lo Constitucional y del CONADEH de que la prohibición de la reelección presidencial es contraria al artículo 23 de la Convención Americana, no encuentra un fundamento normativo ni jurisprudencial sólido.

Las normas interamericanas de derechos humanos no imponen un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y ser electo; únicamente establecen lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permiten a los Estados que dentro de esos parámetros regulen tales derechos de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos³⁵.

A la luz de lo anterior, no es comprensible en qué se basa realmente el CONADEH para considerar legal y legítima una sentencia de la Sala de lo Constitucional que declara inaplicable la prohibición de la reelección por su supuesta incompatibilidad con el artículo 23 de la Convención Americana si, de acuerdo con las interpretaciones de sus dos órganos,

31 Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 161.

32 CIDH, *Informe N° 30/93, Caso 10804, Ríos Montt vs. Guatemala*, 12 de octubre de 1993.

33 Para un interesante análisis sobre restricciones a derechos políticos justificadas en el principio de protección de la sociedad democrática, véase RÍOS VEGA, Luis Efrén, «Elecciones libres y candidaturas golpistas», en MEJÍA RIVERA, Joaquín A. y FERNÁNDEZ, Víctor (coords.), *El golpe de Estado en Honduras desde una perspectiva de los derechos humanos*, Editorial Casa San Ignacio/MADJ, Tegucigalpa, 2010, pp. 196-221.

34 Corte IDH, *La expresión «Leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párrs. 27, 32 y 37; Íd., *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 46.

35 Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos... op. cit.*, párrs. 162-163 y 166.

las normas interamericanas no imponen un sistema electoral concreto y deja a los Estados la discrecionalidad de establecer otras limitaciones distintas a las contenidas en el párrafo 2 del citado artículo 23³⁶.

La segunda cuestión es que la prohibición de la reelección fue establecida en una cláusula pétrea, lo que implicó blindarla y reforzarla para evitar que fuera modificada por los poderes constituidos, es decir, por los poderes judicial, legislativo y ejecutivo ya que, al representar uno de los principios supremos y sustanciales de nuestro orden político y constitucional, fue sustraída de la competencia y facultad reformadora de dichos poderes, y su modificación, a la luz del artículo 2 de la Constitución, quedó exclusivamente en manos del único sujeto legitimado que puede ejercer el poder constituyente por ser titular de la soberanía popular: el pueblo hondureño.

Por esta razón, el propio CONADEH y la Sala de lo Constitucional reconocieron que esta última «no tiene la atribución de reformar la Constitución»³⁷ y, por tanto, aunque no tuvo la rigurosidad técnica ni la voluntad política de plantearlo expresamente, nadie puede ignorar que la prohibición de la reelección —al estar contenida en un artículo pétreo—, no puede ser derogada o modificada ni por el Congreso Nacional ni por el Poder Ejecutivo ni por la Corte Suprema de Justicia. La razón es simple: tales instituciones son poderes constituidos que emanan de la soberanía popular y no tienen la facultad de reformar las cláusulas pétreas que operan contra ellos para evitar que se transformen en poder constituyente.

En consecuencia, es absolutamente ilegal que dos poderes constituidos, es decir, la Sala de lo Constitucional con sus cinco magistrados y magistradas, y el Congreso Nacional con los 55 diputados y diputadas que votaron en contra del plebiscito para consultarle al pueblo hondureño sobre la reelección, puedan reformar la cláusula pétrea que la prohíbe. Al hacerlo, suplantaron la soberanía popular que reside en millones de hondureños y hondureñas habilitados para votar, y que son los únicos legitimados como titulares del poder constituyente.

Se debe dejar claro que la prohibición o permisión de la reelección no es el problema de fondo, ya que las normas pueden adecuarse a los cambios políticos y sociales que una sociedad atraviesa; sin embargo, es un asunto que debe ser debatido en un amplio espacio democrático de participación directa, ya que su modificación o eliminación fue reservada por la Constitución exclusivamente al poder constituyente, es decir, al pueblo hondureño, el único sujeto político legítimamente facultado para reformar aquellos principios incluidos en cláusulas pétreas por ser considerados fundamentales, y no al Congreso Nacional como lo plantea ambiguamente el CONADEH.

36 De la misma forma, el Ministerio Público, a través del abogado Roger M. Zelaya, en su dictamen fiscal concluyó que se debía declarar con lugar el recurso de inconstitucionalidad contra la prohibición de la reelección por ser incompatible con el artículo 23 de la Convención Americana.

37 Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Recurso de Inconstitucional vía Acción RI-1343-2014 acumulada con el RI-0243-2015, de fecha 22 de abril de 2015, considerando 18.

La tercera cuestión es sobre el principio de alternabilidad, ya que el último párrafo del artículo 4 de la Constitución hondureña establece que «[l]a alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es obligatoria». La alternabilidad «procura que exista una rotación en el poder»³⁸ e implica que «las personas deben turnarse sucesivamente en los cargos, o que los cargos deben desempeñarse por turnos»³⁹. En otras palabras, el principio de alternabilidad *obliga* a que la persona titular de la Presidencia de la República cambie periódicamente y *prohíbe* a quien ostenta actualmente ese cargo, ejercerlo por otro período consecutivo sin mediar el intervalo de un período. Por tanto, «por este principio no podría admitirse la reelección sucesiva o continua, aunque no sea prohibida la reelección»⁴⁰.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en ningún momento discutió o declaró inaplicable la totalidad del artículo 4 constitucional y, en consecuencia, «[a]unque aceptáramos el absurdo de que la sentencia de marras es legal, tendríamos que convenir, entonces, que el único que no puede postularse como candidato a Presidente, es el actual Presidente, porque se lo impide el principio de la ‘alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia’»⁴¹. En otras palabras, el señor Juan Orlando Hernández no debió ser inscrito como candidato presidencial, pues tendría que esperar al menos a que pase un período de 4 años.

Por tanto, la decisión del Tribunal Supremo Electoral de inscribir la candidatura del presidente Hernández constituye una grave violación a la Constitución, y sus magistrados se han convertido en corresponsables de los delitos de traición a la patria, contra la forma de gobierno por alteración del orden legítimo de suceder a la presidencia y de abuso de autoridad, y violación de los deberes de los funcionarios que, de acuerdo con el artículo 25 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público tiene la obligación de perseguir de oficio. En concreto, todas estas actuaciones nos han llevado a un nuevo rompimiento del orden constitucional que exige del CONADEH una posición contundente.

Con base en todo lo anterior, es fundamental que el CONADEH asuma una posición crítica y democrática, y no cometa nuevamente el grave error de apoyar un nuevo golpe de Estado como sucedió en 2009⁴². En este sentido, tiene el deber moral y jurídico de responder a la ciudadanía las siguientes preguntas: ¿Reconoce el CONADEH que la prohibición de la reelección está contenida en un artículo pétreo que ni el Congreso Nacional ni el Poder Ejecutivo ni la

38 Poder Judicial, *Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional*, Sala Constitucional, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 2014, p. 10.

39 RICHTER, Marcelo Pablo Ernesto, *Diccionario de derecho constitucional: con definiciones y conceptos jurídicos emitidos por la Corte de Constitucionalidad*, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 2009.

40 ORELLANA, Edmundo, «La reelección en Honduras», en revista *Envío-Honduras*, Año 14, N° 50, Tegucigalpa, septiembre de 2016, p. 15.

41 *Ibid.*

42 Resulta llamativo que en sus informes anuales el CONADEH evita llamar «golpe de Estado» a lo sucedido el 28 de junio de 2009, sino que se refiere a ello como «los acontecimientos políticos antes, durante y después del 28 de junio de 2009» (Informe 2014, p. 21), «la crisis política del 2009» (Informe 2014, pp. 34 y 145) o «los hechos ocurridos antes y después del 28 de junio de 2009» (Informe 2015, p. 47).

Corte Suprema de Justicia pueden derogar o modificar, porque estas instituciones son poderes constituidos que emanan de la soberanía popular y no tienen la facultad de reformar las cláusulas pétreas que operan contra ellos para evitar que se transformen en poder constituyente?

¿No se da cuenta el CONADEH que la Sala de lo Constitucional asumió facultades que le corresponden únicamente al pueblo hondureño como titular de la soberanía popular, se convirtió temporalmente en poder originario y usurpó sus funciones declarando inaplicable un artículo pétreo que prohíbe la reelección presidencial? ¿Qué ha hecho o hará el CONADEH frente al rechazo del Congreso Nacional a convocar un plebiscito para consultar al pueblo hondureño sobre la reelección, quien es el único sujeto político facultado para reformar una cláusula pétreo, y a la decisión del legislativo de interpretar la sentencia para reglamentar la reelección, lo que implica atribuirse facultades judiciales y vulnerar el principio de separación de poderes?

¿Está consciente el CONADEH de que, al permitir la reelección, pese a su ilegalidad e ilegitimidad, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el Congreso Nacional han suplantado la soberanía popular de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución de la República? ¿Se da cuenta el CONADEH de que el artículo 4 constitucional establece la obligatoriedad de la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia, en virtud del cual, el presidente Juan Orlando Hernández tiene prohibido postularse a la presidencia por otro período consecutivo sin mediar el intervalo de un período?

Y lo más importante, ¿está consciente el CONADEH de que lo que sucede en Honduras es un rompimiento del orden constitucional a causa de la suplantación de la soberanía popular y la transgresión del principio de alternabilidad en el ejercicio de la presidencia, que impide al presidente Juan Orlando Hernández ser candidato presidencial? El CONADEH todavía tiene la oportunidad histórica de tomar una posición contundente de defensa de la democracia para evitar cometer los errores del pasado reciente.

3.2. La defensa de los bienes naturales y el territorio

Dentro del Plan de Acción «Vanguardia de la Dignidad Humana», el CONADEH incluyó como línea estratégica «Proteger el ambiente y la biodiversidad a nivel local, departamental y regional principalmente los recursos forestales y el derecho al agua impulsando para tal efecto la participación comunitaria».

En el marco de dicha línea y de su Ley Orgánica, realiza varias acciones y proyectos encaminados a la protección del derecho al ambiente, particularmente en lo que se refiere al mejoramiento de la gobernabilidad del sector forestal, al fortalecimiento de las capacidades técnicas de investigación y sustentación de los casos sobre ilícitos forestales y a la protección de las microcuencas, del ambiente y la biodiversidad a nivel local, departamental y regional.

A su vez, el CONADEH ha intervenido en situaciones de conflictividad social relativas a bienes naturales y defensa de territorios en (a) el Golfo de Fonseca, donde perdieron la vida varios pescadores a causa de agresiones provocadas por patrullas nicaragüenses y lanchas navales de El Salvador; y (b) el desalojo de las fincas La Trinidad y El Despertar el 21 de

mayo de 2014, en el municipio de Trujillo, Colón, que produjo ataques a la integridad física de campesinos y campesinas. En este caso, el CONADEH gestionó que las personas lesionadas fueran examinadas por medicina forense, que las personas menores de edad fueran entregadas a sus padres y madres, y que a las personas desalojadas se les entregaran sus pertenencias⁴³.

El objetivo de estas intervenciones fue «identificar el origen, evaluar impactos sobre derechos humanos y hacer las recomendaciones respectivas orientadas a promover la solución de conflictos y unir voluntades y acciones para el desarrollo integral sostenible»⁴⁴. Por otra parte, el CONADEH recibió un total de 30 quejas por la defensa de los territorios de la población afrohondureña y una queja sobre el asesinato de una persona de origen Tolutupán y de su tribu, que solicitó a la institución colaboración para recuperar 120 manzanas de tierra. Al mismo tiempo, realizó acciones para vigilar la implementación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169 de la OIT)⁴⁵.

Reconociendo la importancia de estas acciones e intervenciones, y de los informes que se elaboraron sobre esta temática, continúa habiendo una ausencia de análisis y tratamiento de la grave problemática que enfrentan las comunidades a partir del golpe de Estado, momento desde el cual se ha venido promoviendo un proceso agresivo de concesiones masivas de bosque, subsuelo y ríos en proporciones percibidas como intolerables por las comunidades afectadas y sin que previamente fueran consultadas acerca de la viabilidad de los proyectos y de su impacto en la vida y la salud de sus miembros.

Frente a este escenario, las comunidades se han organizado para oponerse y denunciar los impactos sociales, culturales, económicos y ambientales de este tipo de proyectos, por lo que muchos de sus líderes han sido catalogados como terroristas, delincuentes y guerrilleros, o han sido víctimas de una escalada de amenazas, ataques violentos, intimidaciones, detenciones ilegales, asesinatos y criminalización por parte de políticos, militares, guardias de empresas de seguridad privada, empresarios agrícolas, hoteleros e incluso personas vinculadas con el crimen organizado «que andan en pos de las tierras de las comunidades»⁴⁶. Sin duda, muchos de estos ataques «tienen la intencionalidad de reducir las actividades de defensa y protección de territorios y recursos naturales, así como la defensa del derecho a la autonomía e identidad cultural»⁴⁷.

43 CONADEH, *Informe Anual 2014*, pp. 53-55.

44 *Ibid.*, p. 52.

45 CONADEH, *Informe Anual 2015*, p. 132.

46 *Informe sobre Misión a Honduras*, Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Doudou Diène, E/CN.4/2005/18/Add.5, 22 de marzo de 2005, párr. 19.

47 CIDH, *Situación de los derechos humanos en Honduras*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 42/15, 31 de diciembre 2015, p. 42, párr. 78. El Comité contra la Tortura ha manifestado su preocupación debido a expresa preocupación por los «persistentes actos de hostigamiento y persecución, incluidas amenazas, asesinatos y otras violaciones de los derechos humanos que experimentan defensores de los derechos humanos, ambientalistas y otros activistas políticos, y por la impunidad de dichos actos», en Comité contra la Tortura, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura. Honduras*, CAT/C/HND/CO/1, 23 de junio de 2009, p. 9, párr. 25.



Uno de los detonantes de esta situación es la falta de voluntad del Estado hondureño de garantizar la participación ciudadana y respetar el derecho a la consulta previa e informada de las comunidades donde se pretende realizar los proyectos de desarrollo, a pesar de que la normativa internacional —la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT— y la normativa interna garantizan este derecho.

Particularmente importante es que el Convenio 169 de la OIT reconoce dos derechos fundamentales: el derecho a la consulta y el derecho a decidir las prioridades de desarrollo. En virtud del primero, se exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados y puedan participar de forma informada, previa y libre en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de sus territorios, y en la formulación de políticas públicas que les afectan. Respecto al derecho a decidir sus prioridades de desarrollo, el artículo 7 establece que tienen ese derecho «en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar su propio desarrollo económico, social y cultural».

Un aspecto esencial de estas dos normas internacionales —la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT— es que no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que este se realice respetando y garantizando los derechos de las personas y comunidades que pudieran ser afectadas, ya que el progreso social y la prosperidad económica solo pueden sustentarse si las poblaciones viven en un medio saludable y los bienes naturales son gestionados con cuidado y responsabilidad⁴⁸.

Por tanto, el Estado y las comunidades tienen derecho al desarrollo, lo cual implica que tienen la libertad de gestionar sus bienes naturales, incluyendo el otorgamiento de concesiones y la apertura a inversiones internacionales, pero de una manera categóricamente compatible con los derechos humanos, ya que no hay propiamente desarrollo sin respeto pleno por tales derechos. Para garantizar la compatibilidad de los proyectos de desarrollo con los derechos humanos, la Convención Americana y el Convenio 169 de la OIT imponen a las autoridades estatales ciertas limitaciones y deberes de obligatorio cumplimiento para que se gestionen en forma sostenible y aseguren la protección del medio ambiente.

Uno de los principales aspectos, es la obligación estatal de establecer procedimientos destinados a consultar a las comunidades con el fin de determinar si sus intereses pueden resultar perjudicados con la ejecución de cualquier proyecto de exploración o aprovechamiento de los bienes naturales existentes en sus territorios⁴⁹. En este sentido, la consulta previa constituye

48 CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev.1. 24 de abril de 1997.

49 El Estado ha sido condenado en dos ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por incumplir su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con la violación declarada de los derechos a la consulta y a la propiedad. Ver *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015 y *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015.

un pilar fundamental para la participación ciudadana y puede ser una barrera que impida una serie de abusos a los derechos humanos que los proyectos mineros han contribuido a provocar en las comunidades donde se ejecutan.

Cuando las comunidades consideran que no han sido debidamente consultadas e informadas sobre la aprobación de un proyecto minero en su territorio y de su posible impacto en la salud, el medio ambiente y otros derechos, las relaciones con las autoridades nacionales y las empresas mineras pueden deteriorarse rápidamente y transformarse en conflictos que tienen un alto costo para los derechos humanos en términos de abusos que van desde la propia falta de consulta hasta la intimidación, desplazamientos, asesinatos y criminalización de los actos de resistencia y oposición comunitaria⁵⁰.

En este sentido, el CONADEH debe fortalecer el tratamiento sistemático de las problemáticas de derechos humanos vinculadas al medio ambiente, el derecho al desarrollo y la defensa de los territorios, y vigilar y promover que el Estado cumpla con una triple obligación que podría prevenir la mayoría de conflictos derivados de las actividades extractivas entendidas en un sentido amplio: (a) Garantizar el derecho a la consulta previa e informada en los términos anteriormente señalados, (b) asegurar la participación de los que tradicionalmente se han visto marginados o excluidos de los procesos de toma de decisiones y, (c) establecer salvaguardias y mecanismos adecuados para garantizar que tales actividades no causen daños ambientales que afecten la vida, la salud, los medios tradicionales de subsistencia y la cultura de las personas y sus comunidades.

Aunque los informes anuales del CONADEH revelan la recepción de un número reducido de quejas relacionadas con esta temática, es de conocimiento público las constantes denuncias relativas a conflictos de defensa de bienes naturales y territorios, lo cual debe ser suficiente para que inicie investigaciones de oficio para determinar el alcance del problema y hacer recomendaciones al Gobierno. No es suficiente la resolución de casos individuales, «ya que si no se ataca sistemáticamente toda la problemática, pueden surgir más víctimas y, finalmente, más quejas individuales ‘satisfactoriamente’ resueltas»⁵¹.

3.3. La militarización de la seguridad pública

En los últimos años hemos presenciado un profundo proceso de remilitarización de la sociedad y de las instituciones estatales con el argumento de la lucha contra la criminalidad, en virtud del cual se están desviando los limitados fondos públicos que deben fortalecer los organismos profesionales de la seguridad ciudadana y se han adoptado una serie de reformas normativas e institucionales que contraviene el principio constitucional básico de que la intervención de las Fuerzas Armadas debe ser únicamente de manera excepcional y, por tanto, temporal.

50 SLACK, Keith, «Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina», en *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, núm. 15, Año 4, Empresa y derechos humanos: una relación compleja, Washington, D.C, septiembre de 2011, pp. 4-5.

51 CARVER, Richard, *Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales... op. cit.*, p. 35.



Nuestra historia reciente nos demuestra que la intervención y participación de las Fuerzas Armadas en la vida nacional tienen graves implicaciones para nuestra frágil democracia, ya que «han sido una permanente pesadilla en la historia política contemporánea del país»⁵². El ya citado informe del CONADEH, *Los hechos hablan por sí mismos*, nos muestra las graves violaciones a derechos humanos cometidas por militares. Del mismo modo, la participación activa de los militares en el golpe de Estado de 2009 y algunos hechos recientes nos advierten una vez más que el involucramiento de los militares en la gestión pública y la vida civil, puede tener un alto costo humano y profundizar los niveles de victimización⁵³.

Por ello es que la Comisión de la Verdad y la Reconciliación recomendó:

[...] revisar la función de las Fuerzas Armadas, incluyendo la supresión de cualquier misión de carácter político para las mismas, así como establecer claramente la prohibición de utilizarse para funciones policiales, a no ser en caso de estado de excepción, de conformidad con las prescripciones que al efecto establece el sistema interamericano de protección de derechos humanos y bajo un control judicial independiente⁵⁴.

Del mismo modo, el Comité contra la Tortura expresó su preocupación debido a: (a) que si bien el Decreto Ley número 198-2011, de 11 de noviembre de 2011, que autorizó al ejército a desempeñar funciones policiales «con carácter temporal» y «en situaciones de emergencia», su vigencia ha sido prorrogada y las atribuciones de las Fuerzas Armadas ampliadas a través de posteriores reformas normativas; y a (b) «la proliferación de nuevos cuerpos y agencias de seguridad, la privatización de tareas de seguridad pública y los presuntos abusos cometidos por empleados de empresas privadas de seguridad»⁵⁵.

52 MEZA, Víctor, «La militarización de la seguridad pública en Honduras», en MEZA, Víctor, ORELLANA, Edmundo, SALOMÓN, Leticia, *et al.*, *La militarización de la seguridad pública en Honduras*, Centro de Documentación de Honduras, Tegucigalpa, 2015, p. 1.

53 Human Rights Watch. *World Report 2016. Events of 2015*. Human Rights Watch. United States of America. Honduras. Country Summary. Enero 2016, p. 2. Como lo señalamos anteriormente, el CONADEH reportó en su informe anual de 2015 que recibió 173 denuncias contra miembros de las Fuerzas Armadas. El Comité contra la Tortura expresó «su preocupación por las numerosas denuncias de violaciones de derechos humanos, incluidos actos de tortura, cometidas por miembros de las fuerzas armadas en ejercicio de funciones policiales», en Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras*, CAT/C/HND/CO/2, 26 de agosto de 2016, p. 3, párr. 13.

54 Comisión de la Verdad y la Reconciliación. *Para que los hechos no se repitan: Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación*. Tomo I, CVR, Honduras 2011, p. 400, recomendación 4.

55 Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras... op. cit.*, p. 3, párr. 13.

También la CIDH ha manifestado su preocupación por la creciente presencia militar en la seguridad pública y en otros asuntos de la vida nacional, como el manejo del sistema penitenciario, que contraviene la propia Ley del Sistema Penitenciario y los estándares internacionales que exigen que el personal encargado de la administración y seguridad interna de los centros penitenciarios esté integrado por funcionarios idóneos de carácter civil específicamente capacitado y destinado a tal efecto⁵⁶.

Para la CIDH es alarmante la expansión del campo de acción de las Fuerzas Armadas al ámbito de la educación y adoctrinamiento de la niñez y la adolescencia, como el Programa «Guardianes de la Patria», que representa una manifestación más del fenómeno de la militarización de los espacios públicos que se inserta en un contexto de remilitarización de diversas funciones que corresponden a otras instancias civiles del Estado. Este tipo de iniciativas educativas no es una función natural del ejército, pues su papel en «la defensa del país frente a amenazas contra la seguridad provenientes del exterior, es incompatible con la coordinación de programas de formación cívica para niños y niñas»⁵⁷.

Por esta razón, la CIDH ha recomendado al Estado hondureño:

Retirar gradualmente a las Fuerzas Armadas de tareas de seguridad pública. Mientras tanto, la Policía Militar debe estar regida por estrictos criterios de transparencia de información a la ciudadanía. En este sentido, es fundamental que exista una verdadera supervisión judicial e institucional de la legalidad de las actuaciones de este cuerpo de seguridad, y que cualquier violación a derechos humanos cometida en este contexto de las que sean responsables, sean debidamente investigadas y sancionadas⁵⁸.

Pese a la contundencia de estos argumentos, el CONADEH ha mantenido una posición ambigua y permisiva frente a la militarización de la vida pública. Por ejemplo, en relación con el Programa «Guardianes de la Patria» se limita a señalar que (a) «todas las condiciones relativas a los servicios que ofrece, debe prevalecer el interés superior del niño y las leyes vigentes que garanticen su cuidado y protección»; (b) de acuerdo a la edad de niños, niñas y adolescentes «que participan en el programa se debe cumplir con su educación formal, desde el preescolar hasta el noveno grado de manera obligatoria y gratuita, y tener acceso a los servicios de salud previstos así como al resto de sus derechos»; y (c) «se respeten e integren apoyos con la parti-

56 CIDH, *Situación de derechos humanos en Honduras*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 42/15, 31 diciembre 2015, párrs. 43, 97, 545 y 548, pp. 106, 216, 220 y 222.

57 CIDH, *Observaciones preliminares sobre la situación de los derechos humanos en Honduras*, Washington, D.C., 5 de diciembre de 2014. Accesible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/146A.asp>

58 *Ibid.*, pp. 235-236.

cipación formal de la Secretaría de Educación y Secretaría de Salud y de otras instancias, para que sean intervenciones conjuntas y no solamente del personal militar»⁵⁹.

Otro ejemplo al respecto es la situación del sistema penitenciario, sobre el cual el CONADEH señala que sigue teniendo graves problemas como sobrepoblación, escasa y mala alimentación, violencia interna, carencia de camas, servicios sanitarios e instalaciones eléctricas adecuadas, falta de agua, entre otros; sin embargo no ha mostrado una posición definida frente a su militarización, que va desde el nombramiento de un triunvirato de coroneles al frente de los centros penales y de militares en puestos claves del Instituto Nacional Penitenciario y de los principales centros penales del país, hasta la creación de centros penales de carácter preventivo en instalaciones militares, lo cual implica el estancamiento en el modelo de gestión penitenciario de carácter especializado y civil, y la existencia de condiciones carcelarias incompatibles con la dignidad humana en los centros militares⁶⁰.

Finalmente, en términos generales, el CONADEH resalta la iniciativa gubernamental para implementar políticas y ejecutar medidas para hacer frente a la violencia y criminalidad, y valora acriticamente la dirección de la estrategia de seguridad por parte del Consejo Nacional de Defensa y Seguridad, «a través de la creación y fortalecimiento institucional de la policía, con apoyo de los militares y con presencia de jueces y fiscales (TIGRES, FUSINA, PMOP, Unidad Anti-extorsiones)»⁶¹.

Más allá de señalar en términos declarativos que las acciones estatales en materia de seguridad deben observar las disposiciones constitucionales y los estándares internacionales de derechos humanos, el CONADEH no asume una posición crítica frente a un modelo de seguridad que aprovecha el sentimiento de inseguridad y vulnerabilidad que provoca la criminalidad, para instalar en la opinión pública la necesidad de convertir a los militares en los agentes redentores de una sociedad sometida al miedo, y que a cambio está dispuesta a renunciar a sus propias libertades y derechos para concederles facultades excepcionales.

El CONADEH debería ser la voz disonante en el Estado para denunciar que las reformas normativas e institucionales implementadas en los últimos años están invirtiendo la racionalidad democrática, y que la participación de los militares en funciones de seguridad ciudadana no es una solución idónea a largo plazo, pues lo que se requiere es (a) una verdadera separación de poderes que permita un efectivo mecanismo de pesos y contrapesos del poder público, (b) una administración de justicia sólida y eficaz como producto de su competencia, imparcialidad e independencia, (c) una política criminal congruente con los

59 CONADEH, *Informe Anual 2014*, p. 97.

60 CIDH, *Observaciones preliminares sobre la situación de los derechos humanos en Honduras*, Washington, D.C., 5 de diciembre de 2014. Accesible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/146A.asp>. Los centros creados son el Centro Preventivo Los Cobras, el Primer Batallón de Infantería en Comayagüela, el Segundo Batallón de Infantería Especial Táctico en Támara y el Tercer Batallón de Infantería en Naco, Cortés.

61 CONADEH, *Informe Anual 2014*, p. 38.

estándares internacionales de derechos humanos y, (d) un replanteamiento de la distribución de los recursos disponibles para potenciar las condiciones socioeconómicas básicas para el pleno desarrollo de la dignidad humana.

CONCLUSIONES

1. El CONADEH tiene la responsabilidad de actuar como Defensor del Pueblo e impulsor del fortalecimiento del Estado democrático de derecho, promotor de la educación y cultura democrática de derechos humanos, y mediador en las relaciones entre el gobierno y los habitantes. Sin embargo, a la luz de lo analizado en este documento, existe una inclinación hacia las dos últimas funciones. En este sentido, el CONADEH cuenta con amplias competencias para cumplir con su papel de Defensor del Pueblo, tales como, investigaciones por denuncia o de oficio, inspecciones sin previo aviso, acceso a información y documentación, requerimiento de personas funcionarias y empleadas civiles o militares para obtener dicha información y documentación, citación de personas funcionarias públicas civiles o militares, elaboración de estudios, análisis e informes especiales, revisión de leyes y prácticas, presentación de recursos de inconstitucionalidad y formulación de denuncias y condenas públicas sobre violaciones a derechos humanos; sin embargo, su eficacia depende en gran medida de la voluntad política de su titular y de la veeduría social y crítica ciudadana sobre sus actuaciones.
2. El CONADEH cuenta con una precaria asignación presupuestaria que está dentro de las más bajas en Centroamérica y que no es congruente con la misión constitucional ni con las funciones y atribuciones que la ley le confiere. Su presupuesto limitado y dependiente de la voluntad de un órgano político como el Congreso Nacional, refleja la negativa del Estado hondureño a cumplir con su obligación de asegurarle el presupuesto suficiente, tal como lo ha recomendado la CIDH y el Consejo de Derechos Humanos en el marco del Examen Periódico Universal. Esta situación obliga al CONADEH a ejecutar fondos de la cooperación internacional que representan el 10.26% de su presupuesto institucional.
3. Si bien el presupuesto institucional es un elemento fundamental para garantizar el buen quehacer del CONADEH, pues incide en el desarrollo y ejecución de sus acciones, y en la contratación de personal suficiente y altamente capacitado, por sí solo no es suficiente, ya que la independencia de su titular es una condición sin la cual las facultades y herramientas con las que cuenta para cumplir con su labor constitucional, reduce su impacto y efectividad, particularmente en lo que se refiere a situaciones estructurales generadoras de violaciones a derechos humanos.
4. La creación de defensorías especiales sobre determinados grupos vulnerabilizados representa una estrategia importante para mejorar y eficientar la respuesta institucional a sus

demandas; sin embargo, se debe superar la insuficiencia de recursos humanos y materiales, las capacidades limitadas para abordar las quejas de esos grupos vulnerabilizados, la falta de instrumentos formales de gestión y organización interna, la ausencia de lineamientos para elaborar informes especiales o análisis de las quejas para la toma de decisiones, y la falta de experiencia y herramientas de veeduría social con enfoque basado en derechos humanos de personas o grupos en situación de vulnerabilidad.

5. Considerando que el CONADEH atendió 12,068 denuncias o quejas a nivel nacional en 2014 y 11,189 denuncias o quejas en 2015, además de realizar sus otras funciones de capacitación, mediación, inspección y elaboración de estudios e informes especiales, la cantidad de 156 funcionarios y funcionarias resulta insuficiente para dar una cobertura y un servicio eficaz acorde con la grave situación de los derechos humanos que atraviesa el país. En el ámbito regional, la Delegación Regional del Norte tuvo que procesar 2,366 denuncias entre 2014 y 2015 con un reducido número de personal: 10 personas en total, de las cuales 5 son investigadoras de quejas, 1 es secretaria, 1 es administradora, 4 son promotoras, 1 es conductor y el delegado regional.
6. A la luz del artículo 64 de la Constitución de la República y de los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente de derechos económicos, sociales y culturales, el CONADEH debe avanzar hacia la realización de análisis de progresividad y/o regresividad del Presupuesto General de la República, de los presupuestos municipales y de otras instituciones relacionadas con derechos específicos de ciertos sectores de la población, de determinadas políticas públicas o de medidas concretas que afecten derechos humanos, con el objetivo de señalar, a través de informes y estudios, su compatibilidad con los mismos, realizar las recomendaciones pertinentes y presentar acciones de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de cara a la protección judicial de los derechos afectados por las posibles medidas regresivas.
7. El CONADEH debe fortalecer sus capacidades institucionales y asumir el compromiso de aprovechar eficientemente los estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos, lo cual debe reflejarse en una mayor calidad y cantidad de recursos judiciales y *Amicus Curiae* presentados en el ámbito constitucional, con el fin de determinar si en aquellos casos importantes por los intereses públicos en juego y su incidencia en la vigencia de los derechos humanos, las acciones y omisiones del poder público son congruentes con la legalidad constitucional y convencional; de análisis y estudios especializados que orienten a las diferentes instituciones públicas; de capacitaciones en derechos humanos dirigidas a la población y a las funcionarias y funcionarios públicos, y de indicadores que revelen el progreso o retroceso en la vigencia de los derechos humanos.

8. En el marco del Plan de Acción «Vanguardia de la Dignidad Humana», el CONADEH debe revisar los indicadores propuestos en el mismo para definir e incluir con mayor claridad indicadores estructurales que determinen las medidas con que cuenta el Estado y cómo organiza su apartado institucional y su sistema legal; indicadores de proceso que midan la calidad y magnitud de los esfuerzos estatales para implementar los derechos humanos; e indicadores de resultado que midan el impacto real de las estrategias, programas e intervenciones estatales. La propuesta de seguimiento, evaluación y recopilación de información, mediante la creación de un Observatorio de Integralidad de Derechos, puede constituir una herramienta importante para evitar la revisión discrecional de leyes o políticas que dé la apariencia de favorecer al gobierno.
9. Los informes anuales no reflejan análisis cualitativos de los registros de quejas en el sentido de determinar si la disminución del número de denuncias a nivel nacional, que pasó de 12,068 en el año 2014 a 11,189 en 2015, se debe a la falta de efectividad de los programas de educación y las campañas de sensibilización, a una mejoría en la situación general de los derechos humanos o a una reducción de los índices de confianza en el CONADEH. Tampoco reflejan análisis cualitativos de las tendencias de violaciones a derechos humanos ni de las normas violentadas y/o generadoras de violaciones a derechos humanos. La información recogida en dichos informes debe servir a un objetivo mayor que la simple recopilación estadística; es decir, a la realización de análisis sistemáticos sobre la situación general de los derechos humanos o de grupos o derechos específicos, con el fin de informar las políticas públicas, hacer un seguimiento de los avances realizados, medir el desempeño y el impacto, y generar una cultura de rendición de cuentas y transparencia en la búsqueda de un progreso valorado socialmente.
10. Una deficiencia importante de los informes anuales es que no aportan información suficiente sobre los casos resueltos o cerrados que permita evaluar si las autoridades estatales han dado el debido seguimiento a las recomendaciones del CONADEH, y si se ha reparado el derecho de las víctimas; tampoco se brindan datos concretos sobre las sanciones administrativas, civiles o penales contra las personas que resulten responsables de la violación de un derecho humano; y no ofrecen información sobre las denuncias declaradas inadmisibles ni de los casos que fueron resueltos por otras formas de cierre distintas al «Informe por Restitución del Derecho», al «Informe por Delito o Falta», al «Informe con Recomendaciones», o a la orientación con acompañamiento.
11. En temas fundamentales para la democracia y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, el CONADEH ha mantenido una posición ambigua, imprecisa o vaga, o simplemente se ha sumado al discurso oficial, con lo cual ha generado la percepción de que, pese a sus capacidades técnicas, no tiene la voluntad política de asumir una posición contundente frente a determinadas situaciones que debilitan aún más el Estado

de derecho y el frágil sistema democrático hondureño. Ejemplo de ello lo constituyen los posicionamientos del CONADEH frente a la reelección presidencial, la defensa de los bienes naturales y el territorio, y la militarización de la seguridad pública.

12. Es de suma importancia que el CONADEH haya suscrito un convenio de cooperación con organizaciones no gubernamentales como la Federación de Organizaciones no Gubernamentales para el Desarrollo de Honduras (FOPRIDEH), y mantenga comunicación con organizaciones de derechos humanos como el Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras (COFADEH) y el Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos (CIPRODEH). A su vez, es una iniciativa positiva la conformación del Grupo de Aliados por la Dignidad Humana, cuyo objetivo es acompañar y apoyar al Defensor del Pueblo en el cumplimiento de su mandato constitucional; sin embargo, sigue existiendo una distancia significativa entre el CONADEH y otras organizaciones y espacios importantes de la sociedad civil como la Coalición contra la Impunidad. Por ello, es pertinente que esta última se plantee buscar canales de comunicación inicial, que en un futuro permitan acompañar y vigilar el accionar del CONADEH. Este, a su vez, debe construir fuertes vínculos con la sociedad civil para superar las limitadas expectativas sobre su papel de defensa de los derechos e intereses la población. El establecimiento de un Consejo Consultivo, que puede ser nominado por organizaciones de la sociedad civil o que las represente ampliamente, puede constituir un elemento esencial para la construcción de tales vínculos.
13. El CONADEH plantea que en el año 2014 y el inicio de 2015 «se constata niveles crecientes de confianza hacia la institución»⁶². Sin embargo, el CONADEH no es ajeno al alto y creciente nivel de desconfianza de la población en las instituciones del Estado, pues, de acuerdo con el más reciente sondeo de opinión pública realizado por el Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de la Compañía de Jesús, apenas el 34.3% de la población tiene confianza en el CONADEH y el 62.4% no confía en la institución⁶³. Sin duda, estos altos niveles de desconfianza es un claro signo de debilidad institucional, respecto a la que los diferentes titulares del CONADEH tienen la mayor cuota de respon-

62 Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, *Informe Anual 2014*, pp. 97-98. Según el CONADEH, tal afirmación es evidenciada por «el acceso constante y ascendente de la población y comunidad internacional a los servicios del CONADEH; la actividad de supervisión, inspecciones, capacitación y atención de quejas o denuncias, por parte de todas las oficinas regionales y departamentales, así como los programas especiales (defensorías nacionales, a partir de 2015) en todo el territorio nacional; las constantes recomendaciones que formulamos al Gobierno y a la sociedad; los reconocimientos de institucionalidad del sistema regional de derechos humanos, del Sistema de las Naciones Unidas, con Honduras y de países y organizaciones cooperantes con Honduras».

63 Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación, *Sondeo de Opinión Pública. Séptima edición. Percepciones sobre la situación hondureña en el año 2016*, ERIC-SJ, El Progreso, Yoro, Honduras, enero 2017, pp. 9-10.

sabilidad, ya que la legitimidad pública se gana «cuando se percibe que defienden los derechos de los indefensos contra los intereses poderosos y actúan con justicia cuando abordan asuntos de su competencia»⁶⁴.

Por ello, el CONADEH podría enviar tres mensajes simbólicos para demostrar su independencia y su compromiso con las funciones que la Constitución le otorga, y así establecer un puente inicial entre la institución y los sectores críticos de su gestión, particularmente las organizaciones civiles de derechos humanos.

En primer lugar, el titular del CONADEH debe pedir perdón público por el nefasto papel institucional durante el golpe de Estado, y dar seguimiento efectivo a las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en lo que respecta a violaciones a derechos humanos; en segundo lugar, el titular del CONADEH debe aclarar, y si es preciso rectificar, su posición frente al rompimiento del orden constitucional que representa la reelección presidencial; y en tercer lugar, en el marco del acuerdo firmado entre el CONADEH y la Corte IDH —en virtud del cual el primero podrá colaborar en las labores de supervisión del cumplimiento de las sentencias que el tribunal interamericano dicte contra Honduras—, el CONADEH debe iniciar una investigación de oficio por la negativa de la Corte Suprema de Justicia de cumplir con la sentencia López Lone y otros vs. Honduras que, entre otras cosas, ordena la restitución de la magistrada y jueces despedidos por oponerse al golpe de Estado y defender la democracia.

64 CARVER, Richard, *Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales...* *op. cit.*, pp. 8 y 14.

Impunidad, corrupción y derechos humanos: ¿Qué es lo que resguarda el corazón del Estado?

*Mónica Mazariegos Rodas**

La corrupción y los derechos humanos son nociones tradicionalmente dissociadas en su tratamiento, tanto en el análisis teórico como en el abordaje práctico. En esta presentación me propongo abordar sus relaciones y sus contrastes, enfocándome principalmente en la situación de impunidad en Guatemala y, eventualmente, comparando algunos rasgos con Honduras.

Las recientes investigaciones conjuntas entre el Ministerio Público y la CICIG en Guatemala nos permiten pensar la corrupción desde dos puntos de vista: por un lado, desde una visión procedimental y legalista que enumera, describe y condena las acciones (o transacciones) ilegales de funcionarios públicos y particulares, y que por lo general se estanca en el análisis aislado de la criminalidad del acto. Por otro lado, existe una noción que se sustentaría en un punto de vista histórico y sociológico que aludiría a la idea de corrupción como un rasgo constitutivo —fundacional— del Estado. Esta es la noción que nos permite analizar con mayor profundidad los vínculos entre la corrupción y las violaciones a los derechos humanos.

Este ejercicio de análisis histórico nos presenta la necesidad de entender la reconfiguración de las redes criminales en la actualidad: si bien las redes que operativizan la corrupción desde la segunda mitad del siglo veinte surgieron dentro de estructuras contra-

insurgentes militares y paramilitares, que utilizaron el Estado para obtener beneficios económicos, ganar poder e influencia política y mantener la impunidad, hoy se han infiltrado en la institucionalidad creada en el período «democrático» y responden a intereses de poderes fácticos que no necesariamente surgieron durante la guerra, como grupos de crimen organizado y empresarios corruptos.

Los recientes hallazgos de las investigaciones de la CICIG en Guatemala nos trasladan a reflexiones y replanteamientos muy importantes para la propia teoría del Estado, desde el punto de vista de nuestras realidades sociales concretas, a partir de las discusiones sobre la cooptación del Estado. Este fenómeno nos invita a pensar ¿qué es lo que resguarda el corazón del Estado de derecho? ¿Resguarda el interés nacional, los derechos humanos, la soberanía popular delegada en los órganos representativos, el bien común? ¿O resguarda más bien intereses económicos particulares tutelados con celo desde un «sentido común» que se remonta a la fundación de nuestras repúblicas o incluso antes?

Cuando en Latinoamérica comenzamos los difíciles procesos de transición hacia la democracia y la paz, nuestras discusiones, reflexiones y negociaciones políticas llegaron al punto de hacer replanteamientos fundamentales en la propia arena de los contratos sociales: se habló de la necesidad de reconocer las realidades indígenas históricamente excluidas, se habló de la desigualdad social y el acceso a la tierra, se habló de la necesidad de la desmilitarización. En unos casos con mayor amplitud que en otros, se desarrollaron las cartas de derechos humanos, se adoptaron sistemas

* Doctora en Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, investigadora en el Instituto de Investigación y Proyección sobre el Estado, y profesora titular en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala.

internacionales para protegerlos, se reconocieron principios y se establecieron mecanismos institucionales de garantía para su cumplimiento. El «nunca más» se convirtió en un idealpreciado socialmente desde el punto de vista de las garantías de no repetición. Era su consigna.

Hoy constatamos la casi cristalización del reemplazo de los ideales democráticos por intereses económicos de grupos de poder fáctico, que a lo largo del tiempo han tenido mutaciones y reconfiguraciones: ya no solo hablamos de las élites tradicionales, sino también de élites emergentes. Hablamos incluso de redes y estructuras mixtas que se desplazan muy hábilmente dentro de lo que Luis Garay denomina la «zona opaca» entre lo público y lo privado, lo gubernamental y lo empresarial, lo formal y lo informal y —sobre todo—, lo legal y lo ilegal.

Como la CICIG lo ha develado en Guatemala, mediante la descripción de las «Redes Políticas Económicas Ilícitas», el alcance de estas estructuras no se limita a las instituciones centrales, sino que operan también en las municipalidades y a nivel local: financian a partidos políticos, venden servicios y suministros al Estado, interfieren en los procesos de selección y nombramiento de autoridades judiciales, sobornan a funcionarios públicos, y utilizan el chantaje, la violencia y la intimidación para lograr sus propósitos. ¿Quién dijo que todo esto nada tiene que ver con los derechos?

Por esa razón las transiciones constituyen, más que momentos estáticos registrados hacia el final del siglo XX, procesos vivos que se desarrollan, ahora mismo, dentro de complejos campos de tensión y disputa política. Varios bienes de interés colectivo se encuentran en juego en esos procesos, que también son disputas semánticas: disputas que se relacionan con aquellos significados de los cuales dotamos a nociones como la democracia, los derechos humanos, el interés nacional, el bien común o la legalidad. El Poder Judicial, que fue bastión del conservadurismo y la denegación de los derechos humanos durante las dictaduras y las guerras en el siglo pasado es, indudablemente, uno de los más importantes campos de esa lucha actual por la democracia, que es el marco más amplio de la lucha contra la corrupción.

Los jueces tienen aquí una gran responsabilidad social, porque si a esa idea de «legalidad», cuyo signi-

ficado se encuentra en obvia disputa, se le confiere la impronta del Estado democrático de derecho, existe un único compromiso que condiciona la tarea de los jueces en el marco de la independencia judicial: la opción por la democracia y los derechos humanos. Los jueces tienen un papel fundamental en la protección de los derechos humanos porque son los principales garantes del debido proceso y el acceso a la justicia. En esa medida son también considerados defensores de derechos humanos.

En el caso de Guatemala —como un complemento y soporte clave de la justicia y la independencia judicial—, la importancia de la CICIG es explícita: no debemos olvidar que aun cuando su mandato se circunscribe a la investigación de los Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad, los casos abordados por la Comisión comienzan y terminan invariablemente en asuntos relativos a los derechos humanos. Su trabajo ha permitido develar los vínculos estructurales entre actores e intereses de la impunidad del pasado y la impunidad del presente, por graves violaciones a los derechos humanos. Por otro lado, su labor de investigación ha permitido aproximaciones a unas formas sumamente complejas de criminalidad que hoy se han infiltrado no solo en las instituciones del Estado, sino también en un plano más profundo: el del imaginario de la sociedad; el plano de la impunidad como cultura y de la corrupción como sentido común.

La lucha contra la corrupción ha dejado claro un ejercicio histórico de inversión ideológica de la democracia y los derechos humanos, que consiste en la utilización de estos ideales en contra de sus propios titulares. Cuando las élites —que funcionan sobre lógicas, procedimientos y negociaciones corruptas— hablan de democracia, de estado de derecho, de interés nacional, lo hacen para defender una legalidad gracias a la cual *ellas* han subsistido. Nos presentan como «conflictos entre derechos» pugnas que realmente se libran entre derechos y privilegios.

Es por eso que, en clave de derechos humanos, la corrupción plantea el desafío de analizar nuestros contextos más allá de los procesos de corporativización del Estado, que refieren al fenómeno que da cuenta de una relación simbiótica entre los Estados y las corporaciones multinacionales, que adecúa las

políticas públicas y legislaciones a la protección de intereses económicos privados. La corrupción también plantea el análisis de nuestros contextos desde el fenómeno de la cooptación del Estado, que tiene en cuenta, además, la existencia de redes criminales que se infiltran e inciden en el Estado —eventualmente en connivencia con las corporaciones— generando su debilitamiento estructural.

Así, la corrupción debe entenderse como un fenómeno sistémico, no como el problema de unos cuantos gobiernos de turno. Y es que para que haya corrupción estructural es necesario que haya *instituciones que impactan en la vida de la gente*. Desde el bloqueo a la independencia judicial, hasta la desfinanciación de la educación o el desabastecimiento del sistema de salud: en cualquiera de estos actos corruptos hay afectación a los derechos. La corrupción impacta silenciosamente en la vida de los seres humanos. Constituye en sí misma una práctica de violación sistemática y de baja intensidad —a veces directa, a veces indirecta— de los derechos humanos.

En nuestros contextos, el sistema de derechos humanos tiene una relación estrecha con la lucha contra la corrupción: desde las acciones dirigidas a activar las garantías para defender la institucionalidad democrática —como ocurrió recientemente con la presentación de una acción de amparo por el Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala para detener la expulsión del país del comisionado de la CICIG—, hasta la activación de mecanismos nacionales e internacionales de fiscalización y denuncia ciudadana. Para nadie es un secreto que, si los recursos del Estado que debieran destinarse a cumplir sus obligaciones frente a los derechos humanos se fugan hacia bolsillos particulares, se desactiva la posibilidad de adoptar políticas y mecanismos concretos para su vigencia y efectividad.

Por esa razón, en la crisis actual en Guatemala hay un falso dilema que es necesario apuntar: no hablamos de una batalla entre el presidente de la república y el comisionado de CICIG. Hablamos de una batalla entre los poderes fácticos y el sistema de justicia. De una batalla por cambiar de rumbo un incipiente y diferente sentido común que la justicia va adquiriendo. Ni siquiera los grupos empresariales que se jactan de ser más progresistas han ocultado la

necesidad de que la CICIG se amolde a la medida de sus intereses: en el más reciente comunicado público piden una serie de privilegios procesales disfrazados de debido proceso y exigen la persecución de todo aquel que ose bloquear una carretera o atentar contra la propiedad privada. Nadie quiere a la CICIG hablando de corrupción, porque hablar de financiamiento ilícito de partidos es tocar las raíces de un sistema podrido desde sus entrañas: es tocar a actores públicos, privados, legales, ilegales...

La lucha contra la corrupción, que envuelve la crítica más profunda del mecanismo vertebral de la democracia representativa —los partidos políticos—, abre esa necesaria exposición de los embates que está experimentando el ideal del constitucionalismo democrático en nuestros días. Nos invita a debatir sobre el tipo de motivación, de fundamento, de razón de Estado que queremos defender en nuestros países, en esta región que debe pensarse desde las relaciones geopolíticas que comparte, hasta los fenómenos comunes de criminalidad compleja. Nos recuerda la urgente necesidad de re-plantear el sentido emancipatorio de la democracia, contraponiéndola con la visión hegemónica que la entiende como un mero mecanismo de selección y recambio de élites.

Los desafíos comunes que tenemos los países de transiciones inacabadas hacia la democracia y la paz son una invitación a reflexionarnos en conjunto. Nos dicen más de la historia compartida que de las diferencias aparentes. En Guatemala el proceso de elección de magistrados en 2014 develó una serie de vicios y problemas que de forma similar se reprodujeron en Honduras un año después, en el proceso de elección basado en el mecanismo de las Juntas de Nominación. Ambos procesos van de la mano de la corrupción y tienen como consecuencia muy claras violaciones a los derechos humanos.

Me gustaría resaltar que este contexto tan convulso —que puede ser a la vez esperanzador— nos dice claramente que la solución al problema de la corrupción, como uno de los elementos medulares de la impunidad estructural, no es para nada fácil y tampoco se limita a perseguir penalmente a las redes criminales que operan dentro del Estado: se requiere de una estrategia política y social más amplia para re-

construir (o refundar) un Estado que ha permitido la sustitución de la democracia y los derechos humanos como su razón de ser, por los privilegios e intereses de grupos de poder fáctico.

Por todo ello es imprescindible examinar la situación de forma prospectiva, y preguntarnos cuáles están siendo y cuáles queremos que sean nuestros ideales de interés nacional y bien común; cuál es el lugar de los derechos humanos en esa reflexión y cuál es el modelo y el rumbo del Estado que estamos forjando, si es que no se garantiza la independencia y la solidez de las instituciones antes de que se consolide su cooptación.

Para finalizar, quisiera poner sobre la mesa una reflexión que tiene que ver con esa tremenda energía social que en 2015 se volcó en Guatemala en manifestaciones inéditas desde la firma de los acuerdos de paz, tanto por la masividad de la concurrencia, como por la diversidad de actores y sectores representados, que sostienen demandas que van desde la lucha con-

tra la corrupción hasta la refundación del Estado: aunque la importancia de una amplia convergencia ciudadana es indiscutible para pensar en esa relación entre corrupción y derechos humanos, para ser efectiva debería darse sobre la reflexión histórica de las causas estructurales de nuestros problemas.

Actualmente vemos exigiendo justicia por corrupción a actores que han defendido la impunidad por las más graves violaciones a derechos humanos durante la guerra, negando el genocidio y promoviendo la amnistía. Es fundamental no olvidar que, ni la lucha contra la corrupción, ni la refundación del Estado, se pueden emprender sobre la base del olvido y la impunidad del pasado.

La memoria histórica debe servirnos —hablando de derechos humanos— como un lente para la observación, la lectura y la interpretación de esas complejas dinámicas de corrupción, cooptación e impunidad que nos golpean hoy.

Es fundamental no olvidar que, ni la lucha contra la corrupción, ni la refundación del Estado, se pueden emprender sobre la base del olvido y la impunidad del pasado.

Nuevas consideraciones sobre la corrupción desde la perspectiva sociológica

*Beatrice Morgenthaler**

La lucha contra la corrupción y la impunidad es mucho más que la lucha por la aplicación correcta de los artículos del Código Penal. Tiene amplias implicaciones sociales, que todos ustedes conocen, y que me gustaría examinar aquí con más detalle. Por ello mi presentación trata de la perspectiva sociológica de la corrupción; trata de su importancia para los actores de la corrupción, desde la perspectiva micro-sociológica, pero también sobre la importancia para la sociedad en su conjunto.

En primer lugar hay que señalar que desde un punto de vista científico, todavía no existe una base teórica exhaustiva que explique cómo se producen las relaciones de intercambio corruptas y cómo estas afectan a la sociedad. Pero es claro que solo se pueden explicar los diferentes niveles de corrupción, en función del país estudiado.

Desde una perspectiva sociológica, la corrupción solo es posible en los tiempos modernos. En este sentido, se presume que cuanto más disfuncional sea la administración, más común será la corrupción.

La corrupción en el Estado moderno presupone una relación social, una cierta confianza entre los actores. Si desde afuera el comportamiento corrupto se considera al menos como ilegítimo, si no ilegal, ambas partes tienen que estar seguras de que su comportamiento no llegará al público. Además, el corruptor debe suponer que su pretensión será cumplida.

Más problemática que la «corrupción en privado», es la institucionalización de la corrupción, la cual quiero explicar por medio de un ejemplo:

Existe un funcionario X que es el encargado de otorgar los permisos de construcción en un distrito

determinado. Este funcionario X tiene la intención de retirarse, pero se siente comprometido con su corruptor, por lo que necesita garantizar que se mantenga la costumbre de otorgar los permisos de construcción a la empresa A sin examen previo, dado que la empresa A suele dotar cada petición con una cierta suma de dinero bajo la manga. Para continuar esta práctica corrupta tiene que instruir a su sucesor, pero no sabe si este aceptará fácilmente el acuerdo, así que se expone al peligro de ser delatado y llevado a los tribunales. Si esto sucede, habría consecuencias tanto para el funcionario X como para la empresa A. Así pues, el futuro sucesor también es invitado a banquetes que ofrece la empresa A, y atraído por esta con todo tipo de comodidades. Si él acepta esto, los siguientes pasos ya no serán tan difíciles.

Si todo un ente público es corrupto, los recién llegados están sujetos, a menudo, a la presión del grupo. Esto lleva entonces a la adaptación o a la renuncia, pues si se presume que todos son corruptos, entonces los superiores también lo son o, conscientemente, ignoran las maquinaciones que se dan en su departamento.

Visto desde el lado del corruptor, el asunto, en esencia, no se ve diferente. Supongamos que en una comunidad específica hay varias empresas de construcción que tienen capacidades más o menos similares. Estas se unen para formar una comunidad de intereses, y poder participar en los contratos públicos de manera uniforme. Luego designan a una persona para que negocie las condiciones con el ente público, y asegure que las ofertas se presentarán. Esta persona también necesita consultar a cómplices que ayuden a asegurar que se cumplirán las reglas informales. La situación se torna muy difícil para los empresarios que no quieran participar, pues esto los podría llevar a la bancarrota.

* Socióloga alemana.

Estos mecanismos conducen a la institucionalización de la conducta corrupta. Lo relevante aquí no es la relación entre un gerente como individuo y su cliente, sino que se trata de una red social en la que muchas veces los actores individuales ni siquiera se conocen entre sí; no obstante, se encuentran en una relación de confianza mutua. Esta red existe más allá de la pertenencia o salida del individuo. También se podría decir que los miembros individuales tienen capital social.

Lógicamente, hay diferentes opiniones acerca de qué es un comportamiento corrupto y qué no lo es. Las normas jurídicas sobre la responsabilidad penal no existen en todas partes, y donde existen, son reguladas de manera diferente. Sin embargo, en todas las sociedades modernas existe la idea de que la corrupción es perjudicial. Por tanto, funcionarios y clientes corruptos necesitan justificar su comportamiento, para lo cual utilizan diversos mecanismos de neutralización.

Uno de estos mecanismos consiste en etiquetar la corrupción como «crimen sin víctimas»; esto es, que la «corrupción pura» —como la compra o venta consensuada en asuntos oficiales— no conoce víctimas. Esta condición se dispersa para las víctimas de acciones de fraude y malversación causadas por actos de corrupción. La mayoría son colectivos anónimos y abstractos: las víctimas de los daños materiales son el colectivo de competidores, el Estado y el contribuyente. Y los afectados, a menudo, no se percatan del daño que se les inflige. El potencial impacto intangible, como la erosión de los principios de la competencia leal y la pérdida de confianza en el imperio de las instituciones de derecho, queda completamente invisibilizado.

Debido a estas condiciones, la distancia percibida por el actor de las consecuencias que causa su acción corruptora, tanto para los engañados ignorantes como para el colectivo sin rostro llamado lo público, es suficientemente grande para justificarse a sí mismo y frente al socio solo con reducir los efectos a «una mano lava la otra».

Estas interpretaciones de neutralización —que tienen un efecto de alivio para los actores—, funcionan en grado diferente según la sociedad respectiva. Es posible que la corrupción sea punible según las leyes del Estado y de acuerdo con las normas generales internacionales, y que a la vez sea considerada normal y legítima en la sociedad.

En tales casos, el comportamiento corrupto puede conducir a conflictos sociales, especialmente cuando se viola normas jurídicas diseñadas para proteger intereses particulares, como los derechos de seguridad y salud de los trabajadores, o el derecho a la tierra de grupos indígenas y otras minorías, que no se pueden cumplir, a pesar de la penalización de los actos de corrupción. A menudo se trata de consorcios internacionales que pueden intervenir en los asuntos internos de un país debido a su fuerza económica, y que además pueden estar protegidos por acuerdos económicos internacionales.

El daño de la corrupción en sí no puede ser cuantificado en términos económicos. Los funcionarios corruptos pueden devolver su ingreso irregular rápidamente al ciclo del efectivo, y por ello es inocuo. Por otro lado, ni siquiera se puede estimar cuánto daño se causa por privilegiar empresas con contratos públicos que facturan más servicios de los que en realidad prestan. Solo sobre la base de casos individuales que quedan al descubierto, se puede tener una idea de ello. No se puede decir de manera precisa cuánta corrupción hay en esta área. Los daños causados por las concesiones ilegales para la explotación de los recursos o patrimonios naturales son de una magnitud enorme.

Tampoco es cuantificable el daño social, aunque puede identificarse. Se trata de la pérdida de confianza, o de que ni siquiera se puede construir la misma. Sin embargo, la confianza en la funcionalidad del Estado es esencial para el desarrollo de un país. Es tan importante para la cohesión social, como la prosperidad económica en general.

En muchos países la falta de confianza simplemente conduce a la elección de otro gobierno, cuando el actual es considerado como incapaz; en casos peores puede llevar a un golpe de Estado, o al establecimiento de dictaduras. Cuando las peleas jurídicas degeneran en conflictos sangrientos, entonces el daño social puede ser considerado como máximo.

Aquí radica la gran responsabilidad de los participantes en este foro. Tenemos que ser conscientes de las implicaciones sociales del fenómeno de la corrupción, y ustedes deben luchar por la aplicación de la ley con los medios jurídicos que estén a su alcance.

Tegucigalpa, 7-8 de septiembre de 2017

El juez puede ser un «polinizador» de la mediación

Antonio Fullea*

La mediación, ¿un valor al servicio de la democracia?

Un Estado de Derecho, nos dice Paul Ricoeur, es un Estado que no se propone eliminar los conflictos sino inventar los procedimientos que les permiten existir y seguir siendo negociables. Alain Finkielkraut parece no decir nada más, cuando define la democracia como la organización de la discordia.

El colapso del vínculo social y el «bien vivir juntos» (viviendo «unos con los otros» = paz positiva) está dando paso a vivir «lado a lado» (coexistencia = paz negativa) que podría conducirnos a vivir juntos «los unos contra los otros» (hostilidad = violencia), según la tipología del antropólogo español Carlos Giménez.

En Béziers, ciudad conocida por el arte de la discordia, y en la región de Occitania, trabajamos desde los años 90 en temas de acceso al derecho, la justicia y la mediación con simposios titulados «Mediación y uso social». Y también organizando coloquios sobre la convivencia¹.

Convivencia, etimológicamente *cum vivere*, que convive, es una palabra reciente en el diccionario de la lengua francesa, pero ya existía en el lenguaje de hace siete u ocho siglos como el «arte de bien vivir juntos»; dicho de otra manera, es «el respeto de las diferencias en términos de igualdad»².

* Vicepresidente del Tribunal de Grande Instance de Narbonne.

1 Association Biterroise pour l'Accès au Droit (ABAD). www.accesaudroit.com

2 Con ocasión del nacimiento de esta palabra, Madame Florence Delay, de la Academia Francesa, pronunció un muy

Hemos tratado de construir en torno del acceso a la ley, el acceso a la mediación y el acceso a la justicia, que son temas importantes para fortalecer la democracia. La articulación entre estos tres derechos queda por establecerse en Francia³.

Sin embargo, los mecanismos de conocimiento de la ley y de los derechos son hoy inadecuados para las poblaciones más desfavorecidas, que están aún más alejadas del Estado de Derecho y de la democracia. El último simposio del 13 de marzo de 2017, organizado por el Sindicato de Magistrados sobre «Los caminos del acceso a la ley: exclusión y derechos», demostró «la lejanía de los públicos precarios de los tribunales que ya no creen en la justicia, asustados por ella» (Marie Cécile Renoux de ATD QUART MONDE: «Qué sentimientos tienen los litigantes sobre los actores y las decisiones de la justicia»). Estos últimos ya no creen en la eficacia de los derechos y la promesa del pacto republicano.

buen discurso en sesión pública el 26 de octubre de 2004 titulado «Una convivencia muy antigua». <http://seance-cinq-academies-2010.institut-de-france.fr/discours/2004/delay.pdf>

3 El derecho al derecho garantiza el disfrute de la seguridad jurídica y el reconocimiento en beneficio de los principios jurídicos de nuestra democracia. El derecho a un juez debe garantizar a todo ciudadano el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial, que satisfaga los requisitos de un juicio justo. El derecho a la mediación es la capacidad de tener acceso a un mediador (gratis) que cumpla con los criterios éticos de tercero, independiente, imparcial, sin poder de decisión, y que garantice la confidencialidad de las reuniones.

El Defensor de los Derechos, en su último informe de actividades para el año 2016, no dice nada más cuando habla de aquoibonismo (para qué pedirlo), especificando que el acceso a la ley es una lucha, y lanza un auténtico grito de alarma. Añade que frente a la doble dialéctica entre la creciente vulnerabilidad por un lado, y la desaparición de la presencia humana por el otro, existe un vacío⁴. La reciente carta de acceso a la ley a favor de los más necesitados es una gota de agua en un océano de «no derecho»⁵.

¿La mediación al servicio de los litigantes para devolverles la palabra?

Hasta que un estudiante me inspiró la palabra «polinizar», usaba el término «contagiar» como una imagen para explicar la necesidad de la mediación. La polinización es la etapa que precede a la fertilización en el ciclo de vida de las plantas.

Hicimos la apuesta de que el juez puede ser un portador del proceso de mediación para participar en la paz pública, como la abeja que transporta el polen. La justicia desempeña un papel más importante de lo que pensamos en la construcción de la convivencia, lo que nos obliga a pensar en cómo lograr un mejor acceso a la ley y en una regulación más pacífica de los conflictos. Juzgar no es solo decir la ley, sino también participar en la paz pública, como bien dice Pablo Ricoeur, y así la justicia no debe olvidar su obra civilizadora.

Durante siglos, las codificaciones y los abogados han confiscado, en parte, el diálogo de las partes dentro de las fortificaciones judiciales al no permitir la circulación del discurso de los litigantes⁶. La justicia ha visto el número de casos expandirse exponencialmente y el derecho de expresión de los individuos a extinguirse en los procesos civiles. Este distanciamiento del litigante es a menudo necesario para contener impulsos y emociones, pero no debe

conducir a la desaparición total de la presencia de los litigantes dentro de los recintos judiciales. La mediación y la conciliación permiten reintroducir al litigante en los tribunales, e incluso estas herramientas pueden restaurar un diálogo que siempre es útil para construir el futuro.

La representación o asistencia de los abogados es necesaria ante la omnipotencia del juez, pero el hecho es que el paroxismo kafkiano fue alcanzado, por ejemplo, pero no solamente, con la puesta en forma de los expedientes civiles en los tribunales donde un juez y un secretario, en nombre de la técnica y de la productividad, celebran la audiencia solos, frente a una computadora sin litigantes o abogados. Esto se llama sustanciación electrónica de las causas. Hoy queremos resolver esto en la corte, pero el juez es el último en conservar su legitimidad. Todos deben tener acceso a la justicia, pero el juicio no debe ser el primer medio para resolver los conflictos.

No se trata de criticar esta sustanciación electrónica, que evita desperdicios innecesarios de tiempo a los profesionales del derecho. Sin embargo, es imperativo restablecer en la sala de audiencia un tiempo de expresión a los litigantes, como se indica en el artículo 441 del Código de Procedimiento Civil francés. Este artículo, que debería figurar en las citaciones, establece que incluso en los casos en que la representación no es obligatoria, las partes (los litigantes), asistidas por su representante, pueden hacer presentaciones orales. La jurisdicción no tiene el derecho de retirarse de ellos si la pasión o la inexperiencia les impiden discutir su causa con la debida decencia o claridad. ¿Los profesionales de la justicia tienden a eliminar la emoción con la ausencia de los litigantes? Si este fuera el caso, ¿no habría riesgo de que la justicia se convirtiera en un monstruo frío? A propósito, ¿la justicia sin justiciables sigue siendo una justicia?, nos preguntamos a menudo.

No se trata solo de sustituir los tribunales, sino de que la mediación también crea la paz social. Y resulta más rápido (unos tres meses) y menos costoso (de 400 a 600 € las cuatro sesiones para ambas partes) que un juicio. Pero no podemos ver surgir la justicia de los pobres, donde los pobres no tendrán participación.

4 <http://www.defenseurdesdroits.fr/RAA/>

5 <http://www.droitsdurgence.org/wp-content/uploads/2017/02/Charte-nationale-de->

6 Litigantes en un proceso judicial son los directamente afectados por el conflicto o el contencioso; es decir, el demandante y el demandado.

El legislador, tras el lanzamiento de la obra de justicia del siglo XXI por el Ministerio de Justicia, parece hoy dar prioridad a la pacificación de los conflictos, y la justicia tendría como misión primordial apaciguar las relaciones sociales. Ciertos profesionales de la justicia, ciertamente raros, suelen decir, a propósito de la mediación, «cuando vamos a ver al doctor, este no nos envía de vuelta al curandero para cuidar de nosotros».

Pero la mediación puede ser un remedio alternativo en asuntos civiles, pero también sociales, familiares y comerciales. Especialmente porque la mediación, si no puede resolver todo, es a menudo más satisfactoria para ambas partes.

Los abogados son útiles en el proceso de mediación. Deben velar por que se respeten los límites entre lo que está en el ámbito de la ley y el juez y lo que se puede intentar en la mediación. Sin embargo, debido a las reglas de la profesión, no permiten enfrentarse a los litigantes cara a cara, a pesar de que, por lo general, tratan de negociar antes de iniciar un juicio.

Si el abogado es inevitable e imprescindible, me parece que es necesario devolver al litigante el lugar que le corresponde. Por otra parte, los abogados no pueden ser los únicos interlocutores del juez, ya que el procedimiento civil prevé este procedimiento.

El juez, aunque pueda de manera facultativa conciliar las partes, no puede, sin duplicar el número de magistrados en los tribunales, participar plenamente en estos métodos alternativos de solución de controversias. Amén de que es necesaria su especialización o capacitación en la solución de las controversias o conflictos mediante la mediación.

Sin embargo, se debe promover métodos alternativos y apropiados de resolución de conflictos, tales como la conciliación o la mediación, a fin de restablecer la presencia e intervención de los litigantes

ante los tribunales. El juez debe estar involucrado en este «proceso comunicativo» para permitir el contacto físico cara a cara entre las partes. Y estar consciente de que el proceso cooperativo entre mediadores y litigantes solo funciona una vez que las partes han acordado mediar.

En lo que respecta a los procedimientos civiles ante el juez de la preparación de los expedientes, donde la representación por un abogado es obligatoria, el Juez del Juicio debe dirigirse directamente a las partes e invitarlas y facilitar un acuerdo de mediación. Este acuerdo puede ser incorporado u homologarse después como solución al conflicto.

Para concluir: Los modos alternativos de resolución de controversias tendrán que surgir de la experimentación para encajar en un servicio público de «multipuertas» para resolver disputas en nuestros tribunales. Esto permitirá ofrecer a los litigantes el acceso a la justicia que no necesariamente termina con un juicio. Este circuito no cortocircuita el circuito convencional, sino que proporciona una pluralidad de respuestas posibles y útiles.

Así, tal vez, habrá menos disputas judiciales en los tribunales y más disputas sobre puentes y pasarelas. Esto no solo es un sueño, porque el litigio de la transacción comienza a llegar a las jurisdicciones, lo cual debería tranquilizar a los profesionales del derecho preocupados por los cambios que están surgiendo en el perímetro de la ley.

Pero, sobre todo, el espíritu de mediación impregnó todo el litigio y rehumanizó, si es necesario, el procedimiento civil, lo que agradaría a Montaigne quien dijo: «Traicionar al derecho puede ser, traicionar al ser humano nunca». Sin embargo, la mediación sí puede ser vista como una nueva cultura de gestión de conflictos por la ley; debe salir de la ley y convertirse en un movimiento social emancipatorio.

EDITORIAL

- La MACCIH y su apuesta inmediata contra la corrupción

DEBATE JURISDICCIONAL

- La MACCIH y el combate a la corrupción en Honduras:
Avances y lecciones aprendidas
Juan Jiménez Mayor
- Corrupción y represión penal
José Luis Ramírez Ortiz
- Corrupción e impunidad: Un círculo perverso
Adán Guillermo López Lone
- La corrupción en la adjudicación de contratos a empresas
en los municipios de Alemania y las medidas legislativas para combatirla
Ingrid Heinlein
- La separación de poderes y la prevención del delito en la lucha contra la corrupción
Joaquim Bosch

INFORME ESPECIAL

- La función del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos
en la investigación de violaciones a Derechos Humanos

ACTUALIDAD SOCIOJURÍDICA

- Impunidad, corrupción y derechos humanos:
¿Qué es lo que resguarda el corazón del Estado?
Mónica Mazariegos Rodas
- Nuevas consideraciones sobre la corrupción desde la perspectiva sociológica
Beatrice Morgenthaler
- El juez puede ser un «polinizador» de la mediación
Antonio Fullea