

# LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

desde un enfoque  
de derechos humanos  
para la administración  
de justicia



## **La lucha contra la corrupción desde un enfoque de derechos humanos para la administración de justicia**

Todos los derechos reservados. Queda prohibido reproducir, transmitir o almacenar en un sistema de recuperación cualquier parte de esta publicación, en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, fotocopiado, grabado o de otro tipo, sin autorización previa.

El análisis y las recomendaciones de políticas contenidas en este trabajo no reflejan necesariamente las opiniones del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, de su Junta Ejecutiva o de sus Estados miembros. El trabajo es una publicación independiente encargada por el PNUD y es fruto del esfuerzo de un equipo de prestigiosos consultores y asesores y del equipo encargado de los documentos de trabajos del Programa de Políticas Sociales para la Recuperación.

Diagramación y diseño: Valeria Goldsztein.

ISBN: 978-987-1560-93-6

Copyright © PNUD 2022

[www.ar.undp.org](http://www.ar.undp.org)

# La lucha contra la corrupción desde un enfoque de derechos humanos para la administración de justicia

El presente libro es fruto del trabajo llevado adelante desde el Centro de Investigación de Derechos Humanos dependiente de la Dirección Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

La obra ha sido además desarrollada con la colaboración del equipo de investigación del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid.

Su publicación se ha logrado gracias al apoyo institucional del PNUD Argentina en su rol de cooperación y asistencia técnico-financiera.

Ha sido respaldada institucionalmente por el Foro de Periodismo Argentino (FOPEA).

Cuenta con el Prólogo del Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Pontificia Universidad Católica Argentina**

**Facultad de Derecho**

**Dirección de Investigación Jurídica Aplicada**

Director Jorge Nicolás Lafferriere

**Centro de Investigación de Derechos Humanos**

Director Siro L. De Martini

**Equipo de Investigación a cargo de la obra**

Director: Siro L. De Martini

Coordinador: Julián Prieto

**Investigadores\_**

- Joaquín Mogaburu
- Belén Donzelli
- Guillermina Federik
- Brenda Pascual
- Octavio Silliti
- Florencia Ratti
- Natalia Assalone
- Leandro Brunacci

**Universidad Autónoma de Madrid**

**Máster en Gobernanza y Derechos Humanos**

Directores Pedro A. Martínez Lillo y Matilde Gurrera Roig

**Equipo de Investigación**

Director: José Daniel Amoedo Barreiro

**Investigadores**

- Federico Ricardo Buckland
- Nadia Villafañe

## **Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo**

### **Representante Residente del PNUD Argentina**

Claudio Tomassi

### **Representante Adjunto del PNUD Argentina**

Valentin Gonzalez León

### **Gerente de Operaciones del PNUD Argentina**

Oscar Ovalle

### **Coordinadora del Área de Gobernabilidad Democrática**

Nora C. Luzi

### **Analista de Programa**

Karina G. Carpintero

# ÍNDICE

---

## Prólogo

Dr. Juan Bautista Mahiques. Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ..... 10

## Presentaciones Institucionales

1. Claudio Tomasi.  
Representante Residente del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ..... 13
2. Siro L. De Martini.  
Director del Centro de Investigación de Derechos Humanos de la Dirección Jurídica  
Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina. .... 14
3. Pedro A. Martínez Lillo y Matilde Gurrera Roig.  
Directores del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos (UAM-Fundación Santillana). 16
4. Fernando Stanich.  
Director de Libertad de Expresión del Foro de Periodismo Argentino (FOPEA) ..... 17

**Introducción** ..... 18

## PRIMERA PARTE: Marco teórico

- I. Aspectos generales** ..... 21
  - 1. Corrupción y derechos humanos. Su vínculo y sus consecuencias** ..... 21
    - 1.1 El fenómeno de la corrupción ..... 21
    - 1.2 Otros fundamentos posibles para analizar la problemática de la corrupción ..... 22
    - 1.3 Los derechos humanos ..... 24
    - 1.4 La corrupción y los derechos humanos ..... 25
  - 2. Las dos dimensiones de la lucha contra la corrupción: prevención y punición** ..... 30
    - 2.1 Políticas de Prevención ..... 30
    - 2.2 Políticas de Punición ..... 33
  - 3. Los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción** ..... 35
    - 3.1 Sistema Universal de Derechos Humanos ..... 35
    - 3.2 Sistema interamericano de derechos humanos ..... 37
    - 3.3 Otros sistemas regionales ..... 38
    - 3.4. Cooperación internacional ..... 41
  - 4. El marco normativo nacional y comparado** ..... 44
    - 4.1 La tipificación penal de la corrupción en Argentina ..... 44
    - 4.2 Organismos encargados de la persecución penal de la corrupción en Argentina ..... 44
    - 4.3 Medidas preventivas adoptadas por Argentina ..... 47
  - 5. Las Obligaciones del Estado en materia de derechos humanos** ..... 49
    - 5.1 La triple obligación ..... 49
    - 5.2 La repercusión de la corrupción en las obligaciones estatales en materia de derechos humanos ..... 50
  - 6. El impacto de la corrupción en el Estado de Derecho** ..... 52
    - 6.1 El concepto de Estado de Derecho ..... 52
    - 6.2 La repercusión de la corrupción en el Estado de Derecho ..... 53
    - 6.3 La corrupción en el Poder Judicial y el Estado de Derecho ..... 54
    - 6.4 La corrupción en el Ministerio Público Fiscal y el Estado de Derecho ..... 55
  - 7. Conclusión** ..... 57

<b>II. Notas particulares de los derechos humanos cuando se trata de investigar los graves hechos de corrupción</b> .....	<b>58</b>
<b>A. Debido Proceso Legal</b>	
<b>1. Corrupción y Debido proceso legal</b> .....	<b>58</b>
<b>2. La necesidad de organizar la Administración de Justicia para resguardar los derechos humanos en la lucha contra la corrupción</b> .....	<b>61</b>
2.1 El poder judicial y los derechos humanos.....	61
2.2 Debido proceso legal desde la óptica de la prevención. Especificidades como mecanismo de prevención ante la corrupción judicial .....	64
<b>3. Debido proceso legal desde la óptica de la sanción. Personas acusadas de corrupción</b> .....	<b>77</b>
3.1. La legitimidad de la respuesta punitiva a la corrupción.....	77
3.2. Plazo razonable .....	78
3.3 Presunción de inocencia.....	78
3.4 Derecho de defensa.....	80
3.5 La libertad durante el proceso.....	81
<b>4. Nuevos horizontes de los procesos por delitos de corrupción: el lugar de la víctima y los denunciantes</b> .....	<b>83</b>
4.1 Derechos de las víctimas .....	83
4.2. La figura del alertador .....	84
<b>B. La Libertad de Expresión</b>	
1.1. La libertad de expresión y su relación con la democracia representativa .....	91
1.2. Preceptos internacionales que protegen la libertad de expresión .....	94
1.3. Legislación argentina sobre la libertad de expresión .....	99
1.4. Aportes de la Corte IDH sobre el trabajo de la prensa .....	101
<b>2. La libertad de expresión y el interés público</b> .....	<b>107</b>
2.1. Interés público y discursos protegidos .....	107
2.2. Interés público e información.....	108
2.3. Interés público y reserva de fuentes .....	1110
2.4 Aportes sobre confidencialidad del Relator Especial (ONU) .....	111
<b>3. Libertad de expresión y la lucha contra la Corrupción</b> .....	<b>115</b>
3.1. Libertad de expresión y el acceso a la información.....	116
3.2. Principios que rigen la materia: máxima divulgación y buena fe .....	118
3.3. El rol de los medios de comunicación y el derecho a la reserva de las fuentes.....	120
<b>4. Algunas modulaciones de la libertad de expresión</b> .....	<b>123</b>
4.1. Censura previa y tutela judicial efectiva.....	123
4.2 Sistema restringido de responsabilidades ulteriores.....	124
4.3. Estándares en casos de personas públicas.....	126
4.4 El derecho a la intimidad y la privacidad .....	128
4.5 El derecho a réplica o respuesta .....	130
<b>5. A modo de conclusión</b> .....	<b>133</b>
<b>C. Corrupción y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales</b>	
<b>1. Corrupción y DESC: planteamiento general</b> .....	<b>135</b>
<b>2. Corrupción y DESC: modalidades de impacto y escenarios posibles</b> .....	<b>139</b>
<b>3. El impacto de la corrupción en algunos DESC en particular</b> .....	<b>142</b>
a) Derecho a la salud.....	142
b) Derecho a la educación .....	143
c) Derecho a la alimentación .....	143
d) Derecho a la vivienda.....	144
<b>4. La lucha contra la corrupción y los DESC: retroalimentación positiva</b> .....	<b>145</b>
<b>5. Conclusión</b> .....	<b>146</b>
<b>D. La corrupción y su (inevitable) impacto en el principio de igualdad y no discriminación</b>	
<b>1. Introducción</b> .....	<b>147</b>
<b>2. Recepción en el derecho internacional de los derechos humanos</b> .....	<b>148</b>
<b>3. El vínculo entre la corrupción y el derecho a la igualdad</b> .....	<b>153</b>
<b>Conclusión</b> .....	<b>156</b>



## SEGUNDA PARTE: Recomendaciones para los Fiscales a la luz de los derechos humanos

<b>1. Generalidades</b> .....	<b>159</b>
1.1. Objetivos.....	159
1.2. Ámbito de aplicación.....	159
<b>2. Los hechos de corrupción</b> .....	<b>160</b>
2.1. Definición.....	160
2.2. La corrupción como fenómeno complejo.....	160
2.3. Corrupción pública y privada.....	160
2.4. Corrupción “grande” y “pequeña”.....	161
2.5. Corrupción sistémica.....	162
2.6. La corrupción en los instrumentos internacionales.....	162
<b>3. La tipificación de la corrupción en el derecho argentino</b> .....	<b>163</b>
3.1. La obligación de tipificar.....	163
3.2. Corrupción política.....	163
3.3. Corrupción no política.....	164
3.4. Competencia para conocer en hechos de corrupción.....	165
<b>4. Estándares internacionales en materia de investigación</b> .....	<b>166</b>
4.1. Debida diligencia reforzada.....	166
4.2. Oficiosidad.....	167
4.3. Oportunidad.....	168
4.4. Independencia e imparcialidad.....	171
4.5. Exhaustividad.....	173
4.6. Transparencia.....	173
<b>5. Pautas para conducir la investigación</b> .....	<b>175</b>
5.1. Perspectiva de derechos humanos.....	175
5.2. Presunción de corrupción.....	178
5.3. Dificultades con la investigación.....	178
5.4. Objetivos de la investigación.....	180
5.5. Alcances del acto corrupto.....	180
5.6. Determinación de derechos vulnerados.....	181
5.7. Presunto sujeto activo.....	182
5.8. Rastreo de evidencia.....	183
5.9. Conservación del producto del delito.....	188
<b>6. Recupero de activos</b> .....	<b>189</b>
6.1. Importancia.....	189
6.2. Etapas.....	189
6.3. Mecanismos de recupero de activos.....	190
<b>7. Debido proceso</b> .....	<b>191</b>
7.1. Conceptualización.....	191
7.2. Presunción de inocencia.....	191
7.3. Derecho de defensa.....	192
7.4. Plazo razonable.....	193
7.5. Derecho a la privacidad.....	194
<b>8. La situación del imputado</b> .....	<b>195</b>
8.1. Obligaciones del representante del Ministerio Público.....	195
8.2. Medidas alternativas a la prisión preventiva.....	195
8.3. La prisión preventiva.....	196
<b>9. Derechos de las víctimas</b> .....	<b>197</b>
9.1. Las víctimas en los hechos de corrupción.....	197
9.2. Principios rectores.....	197
9.3. Derecho a ser escuchadas.....	198
9.4. Derecho a obtener protección.....	198
9.5. Derecho a ser indemnizadas.....	202
<b>10. Libertad de expresión en la investigación de la corrupción</b> .....	<b>204</b>
10.1. La relevancia de la libertad de expresión.....	204
10.2. La libertad de expresión y la corrupción.....	204
10.3. Reserva de fuentes.....	206
<b>11. Bibliografía consultada para las recomendaciones</b> .....	<b>209</b>

# Prólogo

**Dr. Juan Bautista Mahiques**  
Fiscal General de la Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires

Nadie puede soslayar la importancia que la problemática de la corrupción acarrea para el diseño de la política criminal en un Estado de Derecho. En efecto, como está reconocido unánimemente, se trata de un fenómeno que repercute en la propia estabilidad del sistema democrático, al deslegitimar las mismas instituciones y aumentar la desigualdad social.

Como es bien sabido, la corrupción es un problema en crecimiento en todo el mundo. Así, el informe de 2020 de Transparencia Internacional ha dado cuenta de un importante retroceso en las políticas públicas de combate a la corrupción, y ha indicado que casi ninguno de los países evaluados detectó una mejoría. De otra parte, la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas reporta que cada año se sufraga más de un billón de dólares estadounidenses en concepto de sobornos, y que las inversiones en Estados con altos indicadores de corrupción pueden resultar hasta un 20% más costosas que en aquellos que no los tienen. Ello ayuda a poner en dimensiones la cuestión, y mostrar que para su combate es preciso un esfuerzo coordinado de parte de todas las autoridades públicas a lo largo del mundo.

En este sentido, no puedo dejar de resaltar el correcto enfoque de esta obra, que se ha ocupado de tratar la doble faceta que debe asumir la respuesta estatal a este problema: de un lado, las medidas preventivas sin las cuales todo intento de solución estaría condenado al fracaso –la transparencia en los manejos públicos, la rendición de cuentas de los funcionarios y la participación ciudadana–; del otro, el ineludible deber de investigar diligentemente y sancionar este tipo de sucesos.

Ahora bien, para ser legítima, la respuesta punitiva debe inexorablemente sujetarse a los principios y garantías que configuran el Debido Proceso Legal. Por eso, es importante que se haya detenido en las especiales repercusiones que tienen las garantías judiciales en aquellos casos que versan sobre este fenómeno, donde frecuentemente las demandas de la sociedad y las mismas exigencias procesales suelen entrar en tensión con estas.

Por otro lado, es especialmente interesante la perspectiva integral y de Derechos Humanos que esta obra asume para analizar el complejo y polifacético entramado de la corrupción. Implica un aporte novedoso, puesto que este tipo de trabajos suelen centrarse de forma casi exclusiva en asuntos de política criminal, soslayando del todo el enfoque de derechos. En este sentido, es importante que se detenga en las repercusiones que la corrupción trae aparejada para la libertad de expresión –un derecho fundamental en las sociedades democráticas– así como en los Derechos Económicos Sociales y Culturales, ya que todos sabemos las lamentables consecuencias socioeconómicas de esta problemática.

Además de esto, el trabajo aventura interesantes propuestas en lo que se refiere al posible uso de institutos jurídicos todavía novedosos para nuestro ámbito, como la figura del *whistleblower* o testigo protegido. Ello permite entrever los posibles caminos que deberá tomar la lucha contra este fenómeno, ayudada por las nuevas tecnologías y herramientas procesales originales.

Indudablemente, este trabajo –con su aspecto teórico y práctico– está destinado a convertirse en un valioso aporte para la materia, entre otras serán un insumo para nuestro Plan Estratégico 2020-2024 del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Juan Bautista Mahiques**  
**Fiscal General**

# Presentaciones institucionales

## **1. Claudio Tomasi.**

### **Representante Residente del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo**

El flagelo de la corrupción afecta a todos los países y tiene consecuencias altamente negativas; es un factor clave en la debilidad institucional y un obstáculo severo para el alivio de la pobreza y la promoción del desarrollo humano. En efecto, no sólo socava la democracia y el estado de derecho, sino que también facilita las violaciones de los derechos humanos, menoscaba la calidad de vida de las personas y facilita la delincuencia organizada y el terrorismo.

Es por ello que la Agenda de Desarrollo Sostenible- Agenda 2030- prevé la promoción de sociedades pacíficas, justas e inclusivas y, entre una de sus metas, establece la de reducir la corrupción en todas sus formas.

La Agenda 2030 debe integrarse, en el caso de Argentina, a las obligaciones asumidas en el marco de las Convenciones Internacionales y de manera específica a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) del año 2003, primer instrumento internacional universal de lucha contra la corrupción. El objetivo principal de la CNUCC es brindar estándares internacionales, tanto en materia de prevención, como de represión de actos de corrupción.

Los estándares aceptados internacionalmente, incluyen aspectos de política y práctica de la corrupción. Así, por ejemplo, se prevé la adopción de medidas de transparencia, competencia y criterios objetivos en la contratación pública, la implementación de códigos de conducta y la adopción de mejoras en sistemas contables y de auditoría en el sector privado, incluyendo sistemas de prevención del blanqueo de dinero. Asimismo, prevé la participación activa de la ciudadanía en la promoción de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública.

Sin embargo, tal como adelantamos, la CNUCC no se agota en los aspectos de prevención, sino que avanza en la adopción de estándares internacionales para la implementación de medidas de punición ante la presencia de actos de corrupción, incluidas normas sobre cooperación internacional y asistencia jurídica recíproca; todo ello garantizando el ejercicio de los derechos humanos, caros a la Carta Fundacional de Naciones Unidas.

La corrupción impide que los estados nacionales cumplan con sus obligaciones de respetar, cumplir y proteger los derechos humanos de sus ciudadanos. Y si bien la corrupción afecta a la sociedad en su conjunto, los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad social y económica sufren de manera más gravosa el impacto negativo de dicho flagelo. Así por ejemplo baste señalar que al menos 253 millones de personas viven en extremas condiciones de injusticia: 40 millones de personas están en situación de esclavitud, 12 millones son apátridas y más de 200 millones viven en países o comunidades con altísimos niveles de inseguridad que les hace imposible demandar justicia.

Esta situación contrasta con la evidencia internacional que demuestra, entre otros hallazgos, que el abuso individual de los derechos procesales ha sido funcional a la imposibilidad o debilidad en la persecución penal en casos complejos de corrupción que involucran a funcionarios de alto nivel.

Esta obra que nos complace prologar analiza en profundidad el vínculo existente entre la corrupción y los derechos humanos, evalúa el alcance de dicho vínculo en el marco del derecho internacional, su incorporación a la legislación nacional y destaca aspectos relevantes de legislaciones provinciales.

Mas aun, la obra avanza en aspectos de implementación y sugiere enfoques en la investigación de los delitos de corrupción con apego a los derechos humanos, lo que convierte a este libro en un aporte para la construcción de una sociedad más justa y equitativa y constituye una referencia obligada para quienes tienen la tarea de persecución y sanción de los actos de corrupción en un estado de derecho.

**Claudio Tomasi**

**Representante Residente del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo**

## **2. Siro L. De Martini.**

**Director del Centro de Investigación de Derechos Humanos de la Dirección Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina.**

Desde el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina nos complace en presentar el libro bajo el título de “La lucha contra la corrupción desde un enfoque de derechos humanos para la administración de justicia”, fruto del trabajo de estos últimos dos años.

La elección de un tema para conducir una investigación tan extensa no ha sido algo sencillo: son incontables las temáticas que incluyen cuestiones tocantes a los Derechos Humanos y que exigen ser abordadas desde esta perspectiva. Sin embargo, entre todas ellas hemos seleccionado a la corrupción por ser una problemática de especial preocupación, un mal endémico en particular para nuestro ámbito latinoamericano.

No caben dudas de que los graves hechos de corrupción son uno de los flagelos en los que se encuentra la humanidad, verlo por ello desde una perspectiva de derechos humanos nos lleva a tomar conciencia que, en definitiva, su impacto repercute en la propia dignidad del hombre. Cientos de hechos de violencia, de hambre y de carencia que se podrían haber evitado.

Es por eso, que nos pareció importante desde este ámbito hacer un aporte que no solo contribuya al debate sobre la cuestión sino que también sirva de ayuda para los operadores jurídicos que deben, en la práctica y con frecuencia a diario, lidiar con este problema.

De este modo, esta obra comienza analizando teóricamente la relación entre el fenómeno de la corrupción y su repercusión en el Estado de Derecho y en los Derechos Humanos. En especial, hemos considerado relevante detenernos en ciertos derechos que se ven especialmente vulnerados, tales como las garantías que conforman el Debido Proceso Legal, la libertad de expresión y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como su impacto en la igualdad y no discriminación. También nos ha parecido importante –y así se lo ha destacado desde un primer momento– afrontar la cuestión haciendo énfasis en las consecuencias que la corrupción tiene para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sustentable de las Naciones Unidas.

Seguidamente, intentamos trasladar todas estas recomendaciones a un ámbito práctico, y así la obra concluye con una serie de recomendaciones dirigidas a los integrantes del Ministerio Público Fiscal que deban investigar hechos de corrupción, de forma tal que lo hagan considerando en todo momento una perspectiva de Derechos Humanos. Asimismo, estas receptan diversas pautas y consejos para conducir exitosamente este tipo de investigaciones. De más está decir que, pese a estar especialmente dirigido a los representantes del Ministerio Público Fiscal, esperamos que pueda ser provechosamente utilizado por todos los actores dedicados a la persecución de este fenómeno tan nocivo.

Con esto, pretendemos colaborar con el resto de la sociedad en la lucha contra la corrupción desde el lugar que nos ha tocado.

Indudablemente, sería ingenuo pretender que sea puramente el Estado con su aparato punitivo el que pueda resolver esta problemática tan compleja y de alcances tan vastos. Lejos de limitarse a una cuestión meramente económica o financiera, la corrupción daña a los fundamentos mismos de la concordia política y obstaculiza gravemente la consecución del bien común al desgastar las instituciones y socavar la confianza de los ciudadanos en sus gobernantes y sus leyes. Por eso, al ser un fenómeno que compete a toda la comunidad, entendemos que es un imperativo ético de todos los actores sociales –y, entre ellos, la academia– participar activamente en su erradicación. Así, este será nuestro primer aporte como Centro de Derechos Humanos de nuestra universidad, aunque ciertamente esperamos que no sea el último.

Finalmente, esta presentación no podría estar completa sin un cálido agradecimiento al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo por haber permitido la publicación y colaborado con la difusión de esta extensa investigación. Asimismo agradecer la relevante contribución a modo de prólogo del Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires quien ha planteado esta temática en su plan estratégico. Del mismo modo, debemos agradecer a nuestros colegas de la Universidad Autónoma de Madrid, quienes han hecho contribuciones invaluable sin las cuales este trabajo hubiera quedado necesariamente trunco. Por otra parte, agradecer al Foro de Periodismo Argentino por su apoyo institucional, sin dudas el papel del periodismo de investigación en este tipo de hechos ocupa un lugar esencial para su erradicación. Por último, corresponde que le demos las gracias a nuestra propia Universidad Católica Argentina –y en particular a nuestro decano, el doctor Pablo Garat– por el apoyo institucional e incondicional.

Esta colaboración entre tantas personas e instituciones nacionales e internacionales nos hace tener grandes y justificadas esperanzas acerca del futuro de la lucha contra la corrupción: en ella vemos la creciente consciencia de que, juntando fuerzas y trabajando juntos, este problema que aqueja a la humanidad podrá en algún momento ser vencido.

**Siro L. De Martini**  
Director del Centro de Investigación de Derechos Humanos

### **3. Pedro A. Martínez Lillo y Matilde Gurrera Roig. Directores del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos (UAM-Fundación Santillana)**

Siempre es bienvenida y necesaria toda publicación académica que fruto de una actividad investigadora rigurosa aborda procesos claves de nuestro tiempo, necesitados de reflexión crítica, profundidad intelectual, herramientas conceptuales y propuestas prácticas transformadoras. Es el caso del presente trabajo que coordinado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Argentina (UCA), y patrocinio del PNUD, nos introduce en una de las prácticas más lacerantes de las sociedades actuales -la corrupción- su negativo impacto en los derechos humanos y los instrumentos para combatirla a través de los mecanismos de la administración de justicia. Sólo estos tres términos -así asociados-, corrupción, derechos humanos y justicia nos sitúan ante la trascendencia de un libro cuyos autores lo plantean no sólo desde una dimensión teórica sino también desde su imprescindible naturaleza práctica. Desde el Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, con el respaldo de la Cátedra de Estudios Iberoamericanos *Jesús de Polanco* (UAM-Fundación Santillana), nos felicitamos por participar en esta publicación, a través de las investigaciones de dos de sus más ilustres egresados Federico Buckland y Nadia Villafañe, cuyos trabajos fueron coordinados por el jurista y Coordinador de nuestro Máster Jose Daniel Amoedo Barreiro.

Las mismas inquietudes y razones subyacentes en el libro explicaron, asimismo, la creación de nuestro Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, que el próximo año entra en su decimosegunda edición, convertido en uno de los Título Propios más solicitados entre las universidades españolas: una rigurosa formación -teórica y práctica- en la defensa de los derechos humanos, contribuyendo a la construcción de una *cultura de los derechos humanos*, y en la gobernanza democrática de las sociedades, con ciudadanos y ciudadanas conscientes y comprometidos. El gran desafío del tiempo presente.

¡Enhorabuena!

**Pedro A. Martínez Lillo**  
**Matilde Gurrera Roig**  
Directores  
Máster en Gobernanza  
y Derechos Humanos (UAM-Fundación Santillana)  
<https://www.masterderechoshumanos.org>



#### **4. Fernando Stanich.**

##### **Director de Libertad de Expresión del Foro de Periodismo Argentino (FOPEA)**

Desde siempre, acallar a la prensa es una enorme tentación para cualquier poder autoritario. Pero esa inclinación se torna mucho más peligrosa en democracias débiles y en sociedades desinformadas. Es allí donde cobra valor la libertad de expresión como derecho individual, primero; y colectivo, después; y se entienden los porqués de la amplísima tutela internacional en esta materia.

En más de una ocasión se ha repetido que el principal insumo de los periodistas no es papel, sino la libertad. Este valor, menospreciado muchas veces e invisibilizado en otras tantas, resulta vital en cualquier democracia para evitar los desequilibrios. De una manera más institucionalizada u orgánica, el rol de la prensa en una sociedad es el de actuar como garante o custodio de la libertad de expresión. Es el medio por el cual la gente conoce asuntos que alguien pretende ocultar y que revisten interés público; y el canal de empoderamiento más transversal para cualquier sociedad civil.

Dicho esto, vale la pena ratificar que el periodismo es imprescindible para el sostenimiento de la democracia porque contribuye a dar voz a sectores que no podrían hacerse escuchar sin su existencia. Como consecuencia natural, la libertad profesional de los periodistas deja de ser un valor abstracto para convertirse en una potente herramienta de transformación social.

Desde luego, la libertad de expresión no implica libertinaje. Por el contrario, la protección constitucional obliga a los periodistas a actuar con mayor responsabilidad: si bien legalmente no puede haber censura previa, sí pueden haber responsabilidades ulteriores. El periodismo no puede estar exento de la crítica, pero tampoco expuesto a represalias políticas o judiciales. En aquellos gobiernos democráticos aunque con tintes autoritarios, la tendencia a criminalizar la actividad periodística es cada vez mayor. Se cuestiona, esencialmente, la relación del periodista con su fuente –como en el tan promovido *lawfare*–, olvidándose que al ejercer su oficio, este se contacta con personas de todo tipo sin indagar o reparar en su historial. Aun así, no puede achacarse al periodista la responsabilidad de lo que haga o deje de hacer su fuente: la única condición es que se obtenga esa información -veraz y de interés público- de manera lícita.

Si igualmente se han causado daños injustos al ejercer la actividad, estos deben ser reparados civilmente y de manera proporcionada. Pero jamás puede utilizarse el Derecho Penal en materia de libertad de expresión porque esto genera una especie de amedrentamiento en todo el ecosistema, provoca autocensura y degrada en definitiva la calidad del debate público.

No resulta casual que la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos den un lugar prominente al derecho de libre expresión, pues así se protege la democracia. En contextos hostiles, como los actuales con gobiernos populistas y autoritarios en buena parte de Latinoamérica, se torna aún más necesario un ejercicio periodístico vigoroso.

**Fernando Stanich**  
Director de Libertad de Expresión  
Foro de Periodismo Argentino (FOPEA)

# Introducción

El presente trabajo tiene por objeto indagar en el vínculo existente entre la corrupción y los derechos humanos. Asimismo, se propone proveer a los organismos estatales –particularmente, a los Ministerios Públicos Fiscales– de herramientas prácticas para poder enfrentarse a hechos de corrupción, de forma tal de poder hacerlo con una perspectiva de derechos humanos. Así, se trabajará en una parte teórica, en la que se examinarán conceptos que fundamentan una segunda parte, de índole práctica, que consistirá en recomendaciones –a modo de directrices– para el Ministerio Público Fiscal.

En este sentido, el marco teórico comenzará por hacer una referencia general a los derechos humanos y al concepto de corrupción, así como a los diversos instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, y al marco legal argentino en la materia. Seguidamente, se evaluará la forma en la cual la corrupción repercute tanto en las obligaciones generales de los Estados respecto de los derechos humanos como en el Estado de Derecho.

Luego de examinar estos temas de forma general, se procederá a analizar el modo particular en el cual la corrupción incide en ciertas áreas. En primer lugar, se analizará su repercusión sobre el debido proceso y la organización de la administración de justicia. Se partirá de la hipótesis de que la corrupción incide de manera especialmente gravosa en el desempeño de los órganos jurisdiccionales, que tienen precisamente por objeto la salvaguarda del Estado de Derecho y de los derechos humanos. Adicionalmente, la corrupción incide de forma relevante en la duración de los procesos y tiene vinculaciones que no pueden soslayarse con las garantías de las personas sometidas a investigación y enjuiciamiento.

Además, se tratarán las repercusiones de la corrupción en la libertad de expresión. En este punto, se le dará especial atención a cómo este fenómeno puede recaer negativamente sobre la garantía de reserva de fuentes y sobre los mecanismos jurídicos para proteger a denunciantes y periodistas que investigan hechos de corrupción. Así como también, el valor que tiene el acceso a la información pública para la correcta investigación de estos hechos.

Por su parte, se indagará sobre la protección que debe otorgarse a los testigos y víctimas involucrados en los graves hechos de corrupción. Se evaluará también la necesidad de garantizar una protección similar a las personas que denuncian hechos ilícitos o de corrupción, atento a la exigencia de protección establecida por numerosos documentos internacionales.

Seguidamente, y como consecuencia de los daños que produce la corrupción en el erario público, se atenderá a la manera en la cual repercute sobre los derechos económicos, sociales y culturales, ya que el fomento de tales derechos suele involucrar una inversión material por parte del Estado.

Asimismo, se examinará la forma en la cual la corrupción impacta sobre el derecho a la igualdad y no discriminación. En efecto, las prácticas corruptas conducen al acceso desigual a prestaciones y servicios del Estado. En esta línea, y como ha sido puesto de resalto en múltiples documentos internacionales, tampoco puede soslayarse la repercusión desigual que tiene la corrupción en sectores socialmente vulnerables tales como las mujeres, niñas, niños y adolescentes, comunidades indígenas y las personas privadas de su libertad.

Finalmente, con posterioridad al examen puramente especulativo respecto de estas cuestiones, se propondrán recomendaciones bajo el formato de directrices para la investigación de hechos de corrupción con una perspectiva de derechos humanos, en el cual se intentará articular de forma práctica los conceptos desarrollados en el marco teórico. Estas recomendaciones, si bien estarán fundamentalmente dirigidas a los integrantes del Ministerio Público Fiscal –especialmente a aquellos que integren el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– contiene lineamientos que pueden ser utilizados indistintamente por otros poderes del Estado abocados a la investigación y sanción de hechos de corrupción.

# PRIMERA PARTE

Marco teórico

# I. Aspectos generales

## 1. Corrupción y derechos humanos. Su vínculo y sus consecuencias

### 1.1 El fenómeno de la corrupción

La corrupción es un fenómeno transversal, que se encuentra y se ha encontrado presente en todas las sociedades humanas a lo largo de la historia<sup>1</sup>. Ello problematiza su conceptualización, la cual debe ser lo suficientemente amplia como para abarcar una pluralidad de comportamientos que se han desarrollado a lo largo de siglos y por parte de personas pertenecientes a culturas y épocas variadas.

A pesar de la atención que este fenómeno ha recibido en las últimas décadas<sup>2</sup>, al día de hoy puede afirmarse que “no existe una definición comprensiva y universalmente aceptada de la corrupción”<sup>3</sup>. Por tal motivo, previo a indagar en el vínculo entre la corrupción y los derechos humanos, resulta imperioso aclarar, desde un principio, qué se entiende por corrupción.

Tradicionalmente, la corrupción fue asociada al ejercicio de una función pública<sup>4</sup>; en esta línea, se ha definido a la corrupción como “el abuso de un cargo público para obtener beneficios privados”<sup>5</sup>. Si bien puede considerarse superada académicamente, esta conceptualización —que se caracteriza por ser *restringida*— sigue siendo comúnmente receptada por

1 “La corrupción ha existido desde la antigüedad como una de los peores y, a la vez, más extendidas formas de comportamiento” (CONSEJO EUROPEO, “Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption”, 1° de enero de 1999. Consultado el 10 de octubre de 2020, <https://rm.coe.int/16800cce441999>. La traducción es nuestra).

2 En este sentido, durante los últimos treinta años se han elaborado y ratificado los diversos instrumentos internacionales destinados a la lucha contra la corrupción.

3 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Manual de medidas prácticas anti-corrupción para fiscales e investigadores*. Viena: 2004. p. 23.

4 “La aproximación tradicional, más limitada, restringe el contexto de referencia al Estado: para calificar a un acto de corrupto es necesario que participe un funcionario público” (NASH ROJAS, CLAUDIO y otros. *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014. p. 16).

5 “Datos básicos: La lucha contra la corrupción”, Banco Mundial, publicado el 19 de febrero de 2020, <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet>. Consultado en febrero de 2021.

la generalidad de las personas, e incluso suele ser motivo de enfoque y de interés por parte de la mayoría de los instrumentos internacionales destinados a la lucha contra la corrupción. La preponderancia que se le otorga a esta definición es, por lo demás, perfectamente legítima, si se tiene en cuenta que “la corrupción en el sector público [...] socava objetivos de desarrollo y distribución y entra en conflicto con los valores democráticos y republicanos”<sup>6</sup>.

No obstante, más modernamente se ha considerado que la corrupción puede también tener lugar en el ámbito privado. Para esta concepción que podemos denominar *amplia*, el foco de atención se traslada: así, deja de ser el desempeño de un cargo público y el abuso de un poder conferido por la autoridad estatal a ser la transgresión, en beneficio propio, de cualquier facultad normativamente otorgada en interés de terceros<sup>7</sup>. Como apunta Nash Rojas, esta conceptualización se concentra no tanto en el bien o los valores que son agredidos por el fenómeno de la corrupción, sino en el modo –la transgresión de potestades conferidas en intereses de terceros– en el cual se agreden bienes jurídicos *a priori* indeterminados<sup>8</sup>. En esta línea se ubica la conocida definición de Transparencia Internacional, que sucintamente señala que la corrupción consiste en “el abuso de poder para beneficio privado”<sup>9</sup>.

Consideramos que la concepción *amplia* de la corrupción es aquella que más acertadamente define a este fenómeno, pues a su vez tiene la ventaja de extender el campo de referencia y permite que determinados actos que, normalmente, no serían percibidos como corruptos sean reconocidos como tales. Sin embargo, tal como se desarrollará en los acápite subsiguientes, el trabajo necesariamente hará foco en la corrupción en el ámbito público, por la repercusión que provoca en el goce de los derechos humanos, el funcionamiento de las instituciones democráticas y el Estado de Derecho.

## 1.2 Otros fundamentos posibles para analizar la problemática de la corrupción

En adición a las repercusiones que podrían denominarse *jurídicas* de la corrupción, ésta tiene una indudable dimensión ética que no puede ser soslayada, y a la cual corresponde que se haga referencia desde el inicio de este trabajo. Es que inevitablemente, y más allá de los mecanismos legales para prevenir y solucionar esta problemática, esta responde a causas morales más profundas y que corresponde que sean tratadas: desde una perspectiva humanista y cristiana, la corrupción indudablemente se anuda con el perenne “misterio de la iniquidad” (2 Ts. 2:7) inseparable de la experiencia humana.

En este sentido, resulta interesante el tratamiento que se ha hecho del tema en el marco de la doctrina social del Magisterio de la Iglesia Católica.

Así, ya el papa Juan Pablo II enseñaba que “la corrupción de los poderes públicos y la proliferación de fuentes impropias de enriquecimiento y de beneficios fáciles [...] es uno de los

6 ROSE-ACKERMAN, SUSAN y PALIFKA BONNIE. *Corrupción y gobierno: Causas, consecuencias y reformas*. Trad. Francisca Pou Giménez. Barcelona: Marcial Pons, 2019. p. 41.

7 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Resolución 1/18”, 2 de marzo de 2018. Consultado el 20 de noviembre de 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>, p. 1: “la corrupción se caracteriza por el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado” (énfasis agregado).

8 Cfr. NASH ROJAS y otros, *Op. Cit.* p. 17.

9 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*. 2009. Consultado el 18 de septiembre de 2020, <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>. p. 14.

obstáculos principales para el desarrollo y para el orden económico”<sup>10</sup>. En el Compendio de Doctrina Social, elaborado durante su pontificado, se afirmó que “[e]ntre las deformaciones del sistema democrático, la corrupción política es una de las más graves porque traiciona al mismo tiempo los principios de la moral y las normas de la justicia social”<sup>11</sup>, a la vez que genera desconfianza entre gobernantes y gobernados y fomenta un clima de menosprecio por las instituciones políticas. En esta línea, se sostuvo que “[e]ntre las causas que en mayor medida concurren a determinar el subdesarrollo y la pobreza [...] se encuentran [...] la corrupción, la precariedad de las instituciones y de la misma vida política”. De esta forma, se puso de manifiesto a la corrupción como un problema que atenta contra la justicia social.

Benedicto XVI, luego de señalar la creciente desigualdad en las sociedades modernas –que no se reduce, sino que se acelera con el incremento de la riqueza global– destacó que “hay corrupción e ilegalidad tanto en el comportamiento de los sujetos económicos y políticos de los países ricos, nuevos y antiguos, como en los países pobres”<sup>12</sup>. Esta afirmación es útil para recordar que, lejos de ser un problema exclusivo del subdesarrollo, la corrupción se extiende a todos los Estados del mundo y a todos los niveles de la sociedad.

El actual pontífice, por su parte, ha hecho reiteradas declaraciones sobre el tema. En particular, ha señalado que “[l]a corrupción es el pecado que, en lugar de ser reconocido como tal y hacernos humildes, es elevado a sistema, se convierte en una costumbre mental, una manera de vivir [...] un estado personal y social en el que uno se acostumbra a vivir”<sup>13</sup>. En este sentido, Francisco también ha indicado que “[l]a escandalosa concentración de la riqueza global es posible por la connivencia de los responsables del ámbito público con los poderes fuertes”<sup>14</sup>.

Como respuesta a esta problemática, el Magisterio de la Iglesia propone a su doctrina social, en cuanto importa “una visión de las relaciones sociales totalmente contrastante con la práctica de la corrupción”<sup>15</sup>. La respuesta católica parte de la comprensión de que:

[e]l hombre tiende hacia el bien, pero es también capaz del mal; puede trascender su interés inmediato y, sin embargo, permanece vinculado a él. El orden social será tanto más sólido cuanto más tenga en cuenta este hecho y no oponga el interés individual al de la sociedad en su conjunto, sino que busque más bien los modos de su fructuosa coordinación<sup>16</sup>.

De este modo, una comunidad política que se base en el respeto por los principios morales indispensables para la convivencia, y que promueva la perfección ética de cada uno de sus integrantes es el mecanismo más útil para responder a las causas profundas que provocan la corrupción y extienden y agravan las desigualdades en las sociedades modernas.

10 JUAN PABLO II. *Centesimus annus*, 1º de mayo de 1991. § 48.

11 PONTIFICIO CONSEJO “JUSTICIA Y PAZ”, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, 2005, § 411.

12 BENEDICTO XVI. *Caritas in veritate*. 29 de junio de 2009, § 22.

13 FRANCISCO. *El nombre de Dios es misericordia*. Barcelona: Planeta, 2016. Edición en libro electrónico (epub). pp. 44 y 45.

14 FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal”, 23 de octubre de 2014. Punto III b.

15 CONSEJO PONTIFICIO JUSTICIA Y PAZ, “La lucha contra la corrupción”, 21 de septiembre de 2006. Consultado el 25 de junio de 2021, [https://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060921\\_lotta-corruzione\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060921_lotta-corruzione_sp.html), Punto 8.

16 JUAN PABLO II. *Op. Cit.* § 25.

### 1.3 Los derechos humanos

El concepto de derechos humanos no está exento de complejidades; de modo que es necesario realizar una indagación preliminar.

No existe mucha controversia –particularmente a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)– respecto a que, genéricamente hablando, el término “derechos humanos” refiere a determinados *derechos inalienables*<sup>17</sup> de los que goza todo ser humano. Así se ha dicho, en pocas palabras, que “los derechos humanos son los derechos que un ser humano tiene simplemente porque es un ser humano”<sup>18</sup>. Sin perjuicio de ello, la existencia o no de tales derechos, así como su contenido (y fundamento), es materia de discusión tanto a nivel jurídico como filosófico.

Efectivamente, el concepto de derechos humanos tiene un extenso y complejo trasfondo en el cual confluyen una pluralidad de vertientes filosóficas, desde la tradición grecolatina y clásica del derecho natural, la escuela liberal clásica de los *derechos del hombre*, e incluso aparecen en corrientes marxistas y socialistas que han incorporado la idea de los derechos económicos y sociales<sup>19</sup>.

En todo caso, finalizada la Segunda Guerra Mundial<sup>20</sup> se ha consolidado la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, con la ratificación de los grandes tratados en la materia por parte de la abrumadora mayoría de los Estados<sup>21</sup>, puede afirmarse que en la actualidad existe un reconocimiento global sobre la existencia y el valor jurídico de los derechos humanos. De este modo, aun cuando pueda debatirse sobre el alcance de muchos de los derechos identificados como fundamentales, no existen en la actualidad posturas serias que nieguen que existe un núcleo irreductible de garantías que le son debidas a toda persona, que no puede ser legítimamente transgredido por ningún Estado.

Gracias al consenso generalizado en torno a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos parecería que “el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el justificarlos, como el de protegerlos”<sup>22</sup>. Si bien consideramos que esto tiene un grado de verdad, en la medida en la cual la situación jurídica actual –se puede afirmar– ha

17 Cfr. DUDH, Preámbulo.

18 ADUGNA GEBEYE, BERIHUN, “Corruption and Human Rights: Exploring the Relationships”. Publicado el 10 de octubre de 2012, <https://www.du.edu/korbel/hrhw/workingpapers/2012/70-gebeye-2012.pdf>, p. 12. Por todas: la traducción es nuestra.

19 Pese a que, frecuentemente, se señala que el propio Marx era contrario a la idea de los derechos humanos, se ha dicho que “muchos teóricos, especialmente en el período de la Segunda Internacional, que se consideraban a sí mismos como marxistas [...] predijeron que el socialismo, al extender la democracia a las relaciones económicas, ampliaría, en lugar de revocar, el alcance de los derechos humanos” (KOLAKOWSKI, LESZEK, “Marxism and human rights”, *Daedalus*, Vol. 112, no. 4, Human Rights (Fall, 1983): 81-92. p. 88. La traducción es nuestra).

20 Y gracias a la creación de los distintos sistemas de protección de derechos humanos a partir de la elaboración de la DUDH (1948), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), entre otras.

21 A modo de ejemplo, de los 193 Estados que son miembros de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido ratificado por 173; mientras que el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales ha sido ratificado por 171 (Consultado el 12 de diciembre de 2020, <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>).

22 BOBBIO, NORBERTO. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991. p. 61.



intentado eliminar la necesidad de discusión en torno a la justificación de estos derechos, entendemos que sigue siendo preciso localizar su fundamento ontológico.

El basamento de los derechos humanos no puede ser otro más que la naturaleza humana, con su dignidad inherente, la cual en virtud de su racionalidad y sociabilidad es la causa del orden social, político y jurídico y, por ende, también de los derechos. Ocurre que, si los derechos humanos dependieran exclusivamente del consenso de los Estados, podrían ser revocados por la mera voluntad de éstos. Así, por más remota e improbable que dicha situación parezca, sujetar el fundamento de los derechos humanos al voluntarismo vacía su verdadero contenido.

## 1.4 La corrupción y los derechos humanos

Formuladas las aclaraciones precedentes, nos encontramos en condiciones de enunciar la tesis central de este trabajo: los hechos de corrupción provocan violaciones a los derechos humanos.

Tesis, que de algún modo se encuentra ratificada, al menos someramente, por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas que en su reciente 47° período de sesiones (21 de junio a 13 de julio de 2021) decidió publicar sus conclusiones bajo el título “Las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos”<sup>23</sup>.

Esta aserción se encuentra en conflicto con la comprensión tradicional del fenómeno de la corrupción, que veía en él a un *delito sin víctimas*, toda vez que se pensaba que “el accionar irregular de algunos funcionarios o instituciones sólo afectaba al Estado”<sup>24</sup>. En este sentido, resulta elocuente que, en Argentina, los tipos penales asociados a la corrupción en el ámbito público –sobre los cuales volveremos en los acápite subsiguientes– se encuentran enumerados dentro del Título XI del Código Penal de la Nación, el cual reprime los delitos contra la administración pública. Debe recordarse, en este punto, que la doctrina especializada considera que el bien jurídico tutelado en dicha parte del código consiste en “el normal

---

23 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 47° período de sesiones, 21 de junio a 13 de julio de 2021, Tema 3 de la agenda “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/47/L.5. Entre sus recomendaciones, además de instar la ratificación y/o puesta en valor de la Convención de las Naciones Unidas, dispuso: “10. *Alienta a las autoridades nacionales de lucha contra la corrupción y las instituciones nacionales de derechos humanos, donde existan, a que cooperen mediante el intercambio de información, según proceda, y la formulación de estrategias y planes de acción conjuntos para luchar contra la corrupción y sus efectos negativos en el disfrute de los derechos humanos; 11. Invita a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en calidad de secretaria de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, a que intercambien opiniones y se mantengan mutuamente informadas de las actividades que se estén llevando a cabo para comprender mejor el nexo existente entre la corrupción y los derechos humanos, según proceda y en el marco de sus respectivos mandatos, bajo la égida de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito; 12. Alienta a los mecanismos del Consejo de Derechos Humanos a que examinen, en el marco de sus mandatos actuales, la cuestión de las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, y alienta a los órganos creados en virtud de tratados a que las tengan en cuenta en sus actividades y recomendaciones; 13. Destaca la importancia de la coherencia de las políticas entre los procesos intergubernamentales de Ginebra, Viena y Nueva York por lo que respecta a la cuestión de la corrupción y sus consecuencias en el disfrute de los derechos humanos (...)*”.

24 SOSA, OMAR JULIÁN (coord.). *Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción: El rol de la Oficina Anticorrupción*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012. p. 45.

funcionamiento de los órganos de gobierno”<sup>25</sup>, y es en esa inteligencia en que se entiende que el enfoque de la ley penal indicada se refiere a la lesión que estos hechos le provocan al Estado, y no a los derechos de los particulares.

Corresponde apuntar, de manera liminar, que “los tratados sobre corrupción no establecen, *prima facie*, relación directa alguna con los derechos humanos”<sup>26</sup>. En efecto, si bien las distintas convenciones refieren de manera genérica a la repercusión que la corrupción tiene en los derechos humanos<sup>27</sup>, no se establece vínculo concreto alguno. Se plantea, entonces, una dificultad inicial: los instrumentos en torno a los cuales está organizada la lucha internacional contra la corrupción no se pronuncian de manera determinante respecto de este tema.

En los últimos años, conviene decir, el panorama ha comenzado a cambiar, y existe una comprensión más arraigada acerca del vínculo entre la corrupción y las violaciones a los derechos humanos. Hacia el año 2003 –poco después de la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción–, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observaba que los “graves problemas de corrupción [...] tienen efectos negativos en el pleno ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”<sup>28</sup>. Más recientemente, se ha afirmado que “[e]l impacto de la corrupción en los derechos humanos es un asunto lacerante que está mereciendo ya creciente atención”<sup>29</sup>.

En el año 2008 Transparencia Internacional ha dicho que “[l]a corrupción es la causa y el problema esencial de muchas violaciones de derechos humanos”<sup>30</sup>. Por esa razón, la organización insiste en la importancia de desarrollar una agenda conjunta de lucha anticorrupción y promoción de los derechos humanos, siempre que ambas “hallan fundamento en los mismos principios: igualdad en la participación, rendición de cuentas, democratización, empoderamiento e inclusión de los marginados”<sup>31</sup>.

En línea con lo precedente, en la actualidad existen quienes consideran que la llamada *gran corrupción*, es decir, aquella que se extiende de manera amplia sobre la estructura estatal, debería ser considerada un delito pasible de ser enjuiciado por la Corte Penal Internacional, que tiene a su cargo la represión de las más graves afrentas a los derechos humanos en el ámbito internacional. Mientras que algunos autores afirman que, para que la corrupción ingrese en la órbita de la Corte Penal Internacional, debería primero ser tipificada en su Estatuto, otros señalan que podría igualmente ser juzgada por dicho tribunal internacional sin necesidad de tal tipificación, en la medida en que se la puede caracterizar, en ciertos supuestos, como uno de los *actos inhumanos* a los cuales hace referencia

25 FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Derecho penal: Parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 781.

26 BURNEO LABRÍN, JOSÉ A., “Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos”, *Derecho PUCP*, Vol. 63 (2009): 333-347. p. 337.

27 Cfr. CONVENCION DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION, Prefacio: “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias [...] da pie a violaciones de los derechos humanos”.

28 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Examen de los informes presentados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto”, 31º período de sesiones, 12 de diciembre de 2003, E/C.12/1/Add.91. § 12.

29 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 23 de marzo de 2020, A/HRC/44/47. § 22.

30 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, “Los derechos humanos y la corrupción”, Documento de trabajo de TI # 05, 2008. p. 1.

31 *Ibíd.*, p. 2.

el artículo 7.1.k de dicho cuerpo legal<sup>32</sup>. En este sentido, se apunta que “[n]o puede haber duda respecto de que la corrupción es inhumana [...] implica el apropiamiento de los bienes estatales que deberían estar destinados a mejorar la calidad de vida y el bienestar de la población”<sup>33</sup>. Por lo demás, no puede dejar de señalarse que la investigación de los hechos de corrupción por parte de la Corte Penal Internacional en la actualidad no se reduce a una mera hipótesis académica, sino que ha sido incluso materia de discusión en el ámbito del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>34</sup>.

Dentro del ámbito americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido a partir del año 2017 que “[l]a lucha contra la corrupción guarda una inequívoca relación con el ejercicio y el disfrute de los derechos humanos”<sup>35</sup> y, de manera más tajante aún que “la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos *en su integralidad* –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–”<sup>36</sup>. Este mismo criterio aparece plasmado en el informe temático *Corrupción y derechos humanos* que, desde el comienzo, resalta la importancia de abordar “el impacto multidimensional de la corrupción sobre la democracia, el Estado de Derecho y, particularmente, para el goce y ejercicio de los derechos humanos”<sup>37</sup>.

Este cambio de perspectiva, ya definido claramente en el ámbito académico e internacional, ha ganado terreno, incluso entre las personas de a pie. Ciertamente,

[...] a menudo se asume que la corrupción “viola” los derechos humanos. Cuando las personas así lo declaran [...] [q]uieren decir, por ejemplo que cuando la corrupción es generalizada, las personas no tienen acceso a la justicia, se sienten inseguras y no pueden proteger sus medios de subsistencia. Los funcionarios y la policía prestan mayor atención a los sobornos que a la ley. Los hospitales no curan a las personas porque el cuerpo médico brinda mejor tratamiento a los pacientes que ofrecen sobornos o porque las clínicas carecen de suministros a causa de los procedimientos corruptos de contratación pública. Las familias pobres no alcanzan a alimentarse porque los programas sociales son corruptos<sup>38</sup>.

Suele pensarse que la corrupción repercute, ante todo, en los derechos humanos con contenido económico y social, toda vez que “el desvío de fondos del Estado por prácticas corruptas [...] afecta directamente a la provisión de salud, educación y justicia, entre otros

32 En lo que aquí interesa, el mentado artículo señala que “se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquier de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] k) Otros actos inhumanos [...] que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

33 BONACERA, GEORGINA, “La corrupción como crimen de lesa humanidad bajo el Estatuto de Roma”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. Vol. 6 (2020). Consultado el 1 de marzo de 2021, <https://www.ejc-reeps.com/BONACERA.pdf>, p. 13.

34 Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, S/PV.8346, 10 de septiembre de 2018. Particularmente la exposición de John Prendergast.

35 CIDH, Resolución 1/17.

36 CIDH, Resolución 1/18. Énfasis agregado.

37 CIDH. *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. Aprobado el 6 de diciembre de 2019. OEA/Ser.L/V/II.Doc.236/19. § 2.

38 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (ICHRP). *La corrupción y los derechos humanos: Estableciendo el vínculo*. Monterrey: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2009. p. 27.

objetivos que guían las políticas públicas”<sup>39</sup>. Efectivamente, la corrupción provoca que los fondos públicos que debían emplearse en función de ciertos objetivos comunes se desvíen hacia los particulares. Ello se produce, obviamente, en desmedro directo de las personas que se beneficiarían del empleo correcto del dinero estatal, quienes legítimamente pueden considerarse víctimas del acto corrupto.

Empero, sería un error reducir la repercusión de la corrupción a los derechos económicos y sociales, toda vez que también puede afectar a los derechos civiles y políticos. Así, a modo de ejemplo, Peters apunta que “si un prisionero debe darle al carcelero algo a cambio de una sábana o mejor comida, entonces el derecho básico del prisionero a gozar de condiciones dignas de detención<sup>40</sup> [...] se ve perjudicado”<sup>41</sup>. Sobre este punto, es elocuente lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Tibi*<sup>42</sup>, en el cual se llegó a la conclusión de que el estado ecuatoriano había violado el derecho de la víctima a su integridad personal al someterla a condiciones precarias de detención, en las cuales debía pagar para obtener determinados beneficios tales como dormir en mejores lugares o contar con protección. Si bien el tribunal interamericano no explicitó que, en dicho caso, el acto corrupto –los sobornos exigidos extorsivamente por los oficiales penitenciarios– había derivado en una violación de los derechos humanos, es claro el nexo causal entre ambos<sup>43</sup>.

La repercusión del fenómeno de la corrupción en el espectro amplio de los derechos humanos se observa con claridad si se la evalúa a la luz de los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS). En ese listado la reducción de la corrupción aparece como una meta a lograr dentro del objetivo 16, es decir, la promoción de la paz, la justicia y las instituciones sólidas<sup>44</sup>. Se puede argumentar, en consecuencia, que en un primer lugar aparece directamente vinculada con toda una serie de derechos civiles y políticos tales como el acceso a la justicia<sup>45</sup>, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica<sup>46</sup>, el respeto a los derechos y garantías básicas<sup>47</sup> y la igualdad y no discriminación<sup>48</sup>.

39 SOSA, OMAR JULIÁN (coord.). *Op. Cit.* p. 46.

40 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, art. 10.

41 PETERS, ANNE, “Corruption as a violation of human rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, no. 9: 1251-1287, consultado el 1º de octubre de 2020, [doi:10.1093/ejil/chy070](https://doi.org/10.1093/ejil/chy070). Pág. 1256. Por todas: la traducción es nuestra.

42 CORTE IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C. No. 114.

43 Especialmente si se tiene en cuenta la referencia expresa que hizo la Corte IDH al testimonio del perito Argüello Mejía, quien señaló que las precarias condiciones de detención y la amenaza por parte de los oficiales carcelarios de que los internos que no pagasen permanecerían de ese modo “hace que internos de la red penal ecuatoriana definitivamente estén dispuestos a pagar casi cualquier precio para ser asignados a las celdas de privilegio” (CORTE IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C. No. 114. § 76, letra f).

44 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Objetivos de Desarrollo Sostenible”. Consultado el 3 de febrero de 2021, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>. Debe señalarse que la corrupción aparece en el objetivo 16.5: “Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas”.

45 *Ibíd.* Objetivo 16.3: “[...] garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”.

46 *Ibíd.* Objetivo 16.9: “[...] proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos”.

47 *Ibíd.* Objetivo 16.10: “[...] proteger las libertades fundamentales”.

48 *Ibíd.* Objetivo 16.b: “Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias”.

Sin embargo, como bien se ha señalado en relación con los Objetivos del Milenio, los ODS “están inextricablemente vinculados los unos con los otros. La corrupción atraviesa todos los objetivos y es un obstáculo importante para su consecución”<sup>49</sup>. Está a la vista que la corrupción provoca el desvío de fondos públicos, lo cual ineludiblemente repercute de forma negativa en la capacidad de los Estados en el logro de aquellos objetivos que requieren de inversión de recursos materiales tales como la erradicación de la pobreza y el hambre, la mejora de la salud y el bienestar de las personas, el mejoramiento del sistema educativo y el crecimiento económico, entre otros. En esta línea, Transparencia Internacional ha alertado sobre el hecho de que “[l]a corrupción afecta todos los sectores vinculados con los ODS”<sup>50</sup>. Por tal motivo, la lucha contra la corrupción no puede desvincularse de la agenda estatal de derechos humanos.

---

49 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, “Corruption and development: Anti-Corruption Interventions for Poverty Reduction, Realization of the MDG and Promoting Sustainable Development”. Diciembre 2008. Consultado el 25 de enero de 2021, [https://anti-corruption.org/wp-content/uploads/2017/04/Corruption\\_and\\_Development\\_Primer\\_2008.pdf](https://anti-corruption.org/wp-content/uploads/2017/04/Corruption_and_Development_Primer_2008.pdf), p.24. Por todas: la traducción es nuestra.

50 TRAPNELL, STEPHANIE y otros. *Monitoring corruption and anti-corruption in the sustainable development goals*. Berlín: Transparencia Internacional, 2017. Consultado el 4 de febrero de 2021, [https://images.transparencycdn.org/images/2017\\_MonitoringCorruptionSDGs\\_EN.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/2017_MonitoringCorruptionSDGs_EN.pdf), p. 2. Por todas: la traducción es nuestra.

## 2. Las dos dimensiones de la lucha contra la corrupción: prevención y punición

### 2.1 Políticas de Prevención

Resulta ahora preciso detenerse en las dos facetas o dimensiones que la lucha contra la corrupción debe asumir: la prevención y la punición. Como ha recordado la Corte IDH, “los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción”<sup>51</sup>, con lo cual es claro que los esfuerzos destinados a eliminar este fenómeno exigen la adopción de los dos tipos de medidas.

La prevención engloba todas aquellas prácticas tendientes a evitar que los hechos de corrupción ocurran en un primer lugar. Comúnmente, suelen ser agrupadas en torno a tres grandes principios: la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana, las cuales en su conjunto configuran lo que comúnmente se conoce como *gobierno abierto*<sup>52</sup>.

En definitiva, todas las políticas preventivas remiten en última instancia a la transparencia en el manejo de los recursos estatales, en virtud de que “en la medida en que los Estados, las empresas y organizaciones divulguen antecedentes sobre sus reglas, planes, procesos y actividades, se reduce el espacio para la ocurrencia de actos de corrupción”<sup>53</sup>. Efectivamente, si no hay transparencia entonces será difícil lograr que los funcionarios públicos rindan cuentas por su gestión y la sociedad civil tampoco podrá participar activamente en los procesos gubernamentales. Así, entonces, se configura en un principio rector y en el basamento de la prevención de la corrupción.

En concreto, la transparencia depende de la existencia de información accesible, y así se ha definido a las políticas vinculadas con la transparencia como “un conjunto de estrategias y prácticas, *basadas esencialmente en una amplia apertura y disponibilidad de información*, que coadyuvan a la gobernabilidad y a la rendición de cuentas”<sup>54</sup>. Consecuentemente, este principio exige ante todo medidas que fomenten el derecho de acceso a la información, el cual, conforme lo ha destacado la CIDH, “fomenta la lucha contra la corrupción, contribuye de manera decisiva al establecimiento de políticas de transparencia necesarias para fortalecer las democracias y el respeto por los derechos humanos”<sup>55</sup>.

51 CORTE IDH, Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351. § 242.

52 En este sentido, véanse los estándares de elegibilidad publicados por la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP), los cuales incluyen la transparencia y acceso a la información, divulgación de los activos de los funcionarios públicos y participación ciudadana (Cfr. “Criterios de elegibilidad y evaluación de verificación de valores OGP”, Alianza para el Gobierno Abierto, actualizado por última vez el 26 de junio de 2020, <https://www.opengovpartnership.org/es/process/joining-ogp/eligibility-criteria/>).

53 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 120.

54 BARAGLI, NÉSTOR, “Políticas públicas de transparencia”, *Derecho comparado de la información*. Vol I, núm. 5, (2005): 21-42. P. 23. Énfasis agregado.

55 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA CIDH. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2007. § 1.

En este punto, debe tenerse en cuenta que el acceso a la información, además de ser un pilar básico del sistema republicano, constituye un derecho humano, integral de la libertad de pensamiento y de expresión. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 13 -referido a la libertad de pensamiento y de expresión-, que comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”<sup>56</sup>, lo cual se ve replicado en los mismos términos por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De este modo, se le debe garantizar a cada persona la facultad de “solicitar, entre otros, documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado y, en general, cualquier tipo de información que se considera que es de fuente pública o que proviene de documentación gubernamental oficial”<sup>57</sup>.

El derecho de acceso a la información se ve robustecido en la actualidad por las políticas denominadas de *open data*, o de datos abiertos, las cuales implican “poner a disposición de la sociedad los datos de interés común de la ciudadanía”<sup>58</sup>. De esta forma, el acceso a la información ya no sólo se estructura en torno a peticiones individuales de las personas dirigidas a organismos estatales sino que es el mismo Estado quien pone al alcance de la generalidad de la población la mayor cantidad posible de información relativa a su funcionamiento.

Inicialmente, este tipo de prácticas se llevaban a cabo a través de la iniciativa gubernamental y de la creación de aplicaciones y sitios *web* oficiales en los que se difundían datos públicos. En este sentido, por ejemplo, en Argentina existe una pluralidad de sitios tanto del Estado Nacional como de los Estados provinciales dedicados a la publicación de datos<sup>59</sup>. Actualmente, sin embargo, se ha puesto de resalto una nueva tendencia, consistente en “el acceso y uso de la información pública por parte de terceros para entregar nuevos servicios a los ciudadanos”<sup>60</sup>. De esta manera, lo que actualmente está a la vanguardia de las políticas de *open data* consiste en el uso de la información pública por parte de organizaciones privadas, las cuales las utilizan para brindar herramientas a la ciudadanía y a su vez contribuyen con su difusión y conocimiento. En este sentido, el Decreto 117/2016 del Poder Ejecutivo Nacional, que lanzó el “Plan de Apertura de Datos”, entre sus considerandos pone de resalto que “la disponibilidad de los datos públicos en condiciones adecuadas para su uso y reutilización constituye un elemento catalizador para el fortalecimiento del proceso democrático”. Así, no son pocos los portales de datos públicos que destacan que la información allí contenida puede ser utilizada por las personas para crear sus propias aplicaciones, estadísticas, herramientas, etcétera<sup>61</sup>.

En todo caso, las políticas de *open data* se estructuran en torno a ocho grandes principios: datos completos –todos los datos públicos deben estar a disposición–, primarios –los datos deben ser recolectados de la fuente con el mayor nivel de detalle posible y no ser modificados–, oportunos –disponibles lo más pronto posible–, accesibles –disponibles para la más amplia gama de usuarios–, procesables por máquinas, no discriminatorios, no propietarios –lo que significa que se encuentran en un formato sobre el cual ninguna entidad tiene control

56 CADH, art. 13.

57 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA CIDH. *Op. Cit.* § 27.

58 NASER, ALEJANDRA y CONCHA, GASTÓN. *Datos abiertos: Un nuevo desafío para los gobiernos de la región*. Santiago de Chile: ILPES, 2012. Pág. 5.

59 Así, por ejemplo, han de destacarse los portales “Datos Argentina” ([datos.gob.ar](http://datos.gob.ar)), que contiene información fundamentalmente vinculada con la Administración Pública Nacional, “Portal de Datos Justicia Argentina” ([datos.jus.gob.ar](http://datos.jus.gob.ar)), con información referida al Poder Judicial, y “Datos Abiertos Diputados” ([datos.hcdn.gob.ar](http://datos.hcdn.gob.ar)), con datos sobre el Poder Legislativo.

60 NASER, ALEJANDRA y CONCHA, GASTÓN. *Op. Cit.* p. 8.

61 Por ejemplo, la portada de inicio del sitio “Datos Argentina” destaca: “Estos datos son tuyos. Podés crear visualizaciones, aplicaciones y grandes herramientas con ellos” ([datos.gob.ar](http://datos.gob.ar)).

exclusivo– y libres de licencia<sup>62</sup>. Debe señalarse que la mayoría de estos principios se encuentran receptados en Argentina por la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública<sup>63</sup>.

Por otro lado, como se señaló, la transparencia se vincula con los otros dos principios referidos a la prevención de la corrupción: la rendición de cuentas y la participación ciudadana. Tal como se dijo, ambas prácticas exigen de transparencia en las organizaciones, ya que la falta de información accesible permite discrecionalidad en la gestión y obstaculiza la contribución de la sociedad civil. A su vez, la rendición de cuentas y la participación ciudadana contribuyen a la transparencia de las organizaciones, con lo cual resulta que los tres principios se dan de manera simultánea, y las medidas y prácticas tendientes a reforzar uno de ellos inevitablemente repercuten de manera positiva en los otros dos.

Respecto del primero de éstos, consiste en que “quienes ejercen funciones públicas deben responder ante aquellos que, habiéndole confiado ese poder, resultan afectados por sus actividades”<sup>64</sup>. Concretamente, requiere la existencia de “normativas, procedimiento y mecanismos para que los servidores públicos justifiquen sus acciones, reaccionen a requerimientos y/o críticas que se les planteen y asuman la responsabilidad por sus actos u omisiones”<sup>65</sup>. De este modo, implica la limitación de la arbitrariedad en la gestión pública, al exigir que se brinden motivos razonables para la actuación estatal y se prevean instrumentos y mecanismos para poder sancionar a los funcionarios que no lo hagan. Debe destacarse, empero, que la rendición de cuentas se diferencia de las medidas punitivas –que explicaremos más abajo– por el hecho de que no implican la sanción en sí de los funcionarios incumplidores, sino que se limita a proveer las condiciones necesarias para poder responsabilizar a los funcionarios que se aparten del marco normativo.

La participación ciudadana, por su parte, se deriva de los principios democráticos de gobierno así como el derecho a la libre asociación<sup>66</sup>, e incrementa la posibilidad de control sobre la actividad gubernamental al permitir que más personas tomen parte en las decisiones estatales. De este modo, está fuertemente ligada a la rendición de cuentas, ya que implica la posibilidad de que la población en general monitoree y denuncie la actuación irregular de sus funcionarios. En efecto, “sin controles desde sociedades civiles independientes, la rendición de cuentas [...] de los responsables públicos, electos o no, frente a la ciudadanía se vería severamente afectada”<sup>67</sup>.

La participación ciudadana, en todo caso, no debe confundirse con los institutos de la *democracia participativa*, tales como el plebiscito y el referéndum, ya que es un concepto mucho más amplio que debe entenderse como la posibilidad de la ciudadanía de “influir en el quehacer político, en el proceso de toma de decisiones, en el diseño de proyectos y programas y

---

62 Los ocho principios fueron desarrollados por un Grupo de Trabajo sobre Gobierno Abierto que se reunió en la ciudad de Sebastopol, California, en el año 2007. Pueden hallarse publicados en español en: BENITO, AZAHARA, “Los 8 principios básicos de los Datos Abiertos”, *OGOov*, 10 de octubre de 2019, <https://www.ogooov.com/es/blog/los-8-principios-basicos-de-los-datos-abiertos/>.

63 En este sentido, el art. 1 menciona que el acceso a la información pública se funda en los principios de presunción de publicidad de toda la información en poder del Estado, máxima divulgación, máximo acceso, no discriminación, máxima premura, etcétera.

64 CIDH, *Corrupción... Op. Cit.* § 120.

65 NASER, ALEJANDRA y RAMÍREZ ALUJAS, Álvaro. *Plan de gobierno abierto: Una hoja de ruta para los Gobiernos de la región*. Santiago de Chile: Organización de las Naciones Unidas, 2017. P. 20.

66 Art. 16 CADH, art. 22 PIDCP.

67 MORA MOLINA, JUAN JESÚS, “Corrupción y rendición de cuentas”, *Derechos y libertades*, Número 30, época II, enero 2014: 145-172. Consultado el 20 de abril de 2021, <https://core.ac.uk/download/pdf/44309667.pdf>. P. 166.



la sana gestión de los recursos”<sup>68</sup>. De esta manera, implica un ejercicio cotidiano de control y de intervención de la sociedad civil en asuntos gubernamentales. En esta línea, se distinguen una pluralidad de niveles en la participación ciudadana, que abarcan formas sencillas tales como la mera comunicación de políticas públicas por parte del Estado –en lo cual está involucrado, por lo demás, el ya expuesto derecho de acceso a la información pública–, la consulta a organismos públicos hasta formas más elaboradas como la coproducción público-privada, la deliberación popular en la toma de decisiones e incluso la delegación en la sociedad civil de actividades hasta entonces estatales<sup>69</sup>.

En todo caso, las medidas preventivas relacionadas con la rendición de cuentas y la participación ciudadana pueden dividirse en tres grandes grupos<sup>70</sup>. El primero se refiere a todas aquellas tendientes a mejorar la actuación de los funcionarios públicos, tales como la elaboración de códigos de ética, la sanción de regímenes de incompatibilidades y de conflictos de intereses y los cursos de capacitación en la materia. El segundo engloba a las orientadas a promover la participación de la sociedad, tales como la reglamentación de medidas encaminadas a mejorar el acceso a la información pública o la celebración de audiencias públicas. Finalmente, el tercero abarca las destinadas a mejorar los controles y la rendición de cuentas, tales como la obligatoriedad de la presentación de declaraciones juradas, la creación de organismos de contralor y la implementación de canales de denuncias.

Finalmente, existe otra medida preventiva, estrechamente relacionada con los tres grandes grupos antes descritos, que en la actualidad está adquiriendo cada vez más relevancia por su demostrada eficacia para prevenir la corrupción en el ámbito público y privado. Se trata de la protección de denunciantes o “*whistleblowing*” como se la conoce por su nombre anglosajón, de donde trae origen. Consiste en brindar una protección integral –jurídica, económica, psicológica y social– a aquellas personas que estén en posición de alertar o denunciar sobre hechos presuntamente delictivos generalmente vinculados con corrupción. Dicha práctica ha sido en los últimos años significativamente estudiada y reconocida por diversas legislaciones nacionales e internacionales, lo que le ha dado un inusitado impulso e importancia. Debido a ello, en este trabajo se le ha dedicado a esta figura un tratamiento especial en los acápites subsiguientes.

## 2.2 Políticas de Punición

Por otra parte, en lo que atañe a las medidas punitivas, son aquellas que tienen por finalidad reprimir los hechos de corrupción ya acaecidos, o bien el incumplimiento de algunas de las obligaciones vinculadas a la prevención de la corrupción<sup>71</sup>. Resultan de particular interés las primeras, toda vez que las segundas solamente se tratan del mero refuerzo coactivo de las medidas preventivas, sin el cual éstas podrían ser transgredidas impunemente y por ende no cumplirían finalidad alguna.

68 CHANONA BURGUETE, ALEJANDRO, “Participación ciudadana y democracia”, en: *Gobernabilidad y sociedad civil*, coordinado por Gustavo Meixueiro Nájera y Laura Carrera Lugo: 19-23. Ciudad México: Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2007. P. 21.

69 En esta clasificación seguimos a: CAMACHO PÉREZ, JASON ALEXIS, “Participación ciudadana para el combate a la corrupción: Un análisis del Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción”, *Revista Buen Gobierno*, Núm. 28, Enero-Julio 2020: 2-23. p. 10.

70 La clasificación ha sido tomada de: BELLO, ALEJANDRA Y GÓMEZ, NICOLÁS (ed.). *Ética, Transparencia y Lucha contra la Corrupción en la Administración Pública: Manual para el ejercicio de la función pública*. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, 2013. pp.47 y ss.

71 Por ejemplo, la omisión maliciosa de presentar una declaración jurada, prevista por el artículo 268 *ter* del Código Penal de la Nación argentina.

Las medidas punitivas por excelencia consisten en la tipificación de los diversos delitos asociados a la corrupción, ya que de lo contrario no podría existir sanción legítima alguna del hecho que se busca reprimir. No obstante, la mera previsión legal en abstracto de un delito asociado a la corrupción es insuficiente, toda vez que se requiere de organismos que efectivamente estén facultados para aplicar la ley penal. En efecto, la falta de sanción efectiva a pesar de la existencia de normas que penalizan los actos de corrupción únicamente contribuye a generar un contexto de impunidad que permite que “actos o sistemas de corrupción operen sobre la base de garantías de que el costo de la corrupción es ampliamente superado por los beneficios obtenidos”<sup>72</sup>. Adicionalmente, y toda vez que los actos de corrupción derivan en violaciones a los derechos humanos, en este punto se ve comprometido el deber de los Estados de investigar con debida diligencia<sup>73</sup>.

Con todo lo dicho, es claro que “[l]a creación de fiscalías especializadas para investigar, perseguir y sancionar delitos relacionados con la corrupción [...] es fundamental en el combate de la corrupción”<sup>74</sup>. Efectivamente, la complejidad de los asuntos investigados torna imprescindible contar con organismos especializados que puedan sustanciar procesos penales que versen sobre esta temática de manera exitosa.

Por último, no es posible soslayar que, por su misma naturaleza, la lucha de la corrupción repercute de manera ineludible sobre los derechos humanos. Esto no solo debido a los efectos propios de la corrupción, sino atento a la misma naturaleza de las investigaciones, y a la necesidad de asegurar en todo momento el cumplimiento de las garantías que constituyen el debido proceso legal. Debido a esto, se requiere asimismo que los organismos encargados de la lucha contra la corrupción incorporen una perspectiva de derechos humanos en su actuación, ya que “la protección de los derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación de casos de corrupción”<sup>75</sup>.

---

72 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 116.

73 El deber de debida diligencia en la investigación de violaciones a los derechos humanos integra la jurisprudencia constante de múltiples organismos y tribunales internacionales de derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha dicho que “[l]a realización de una investigación efectiva es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones” (CORTE IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. § 145. Entre muchos otros del mismo tribunal).

74 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 23 de marzo de 2020, A/HRC/44/47. § 79.

75 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 266.

## 3. Los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción

### 3.1 Sistema Universal de Derechos Humanos

Dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH), el instrumento fundamental a considerar es la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC). Aprobado el 31 de octubre de 2003 (y ratificado por la Argentina en el año 2006 a través de la ley 26.097<sup>76</sup>), se propone tres objetivos principales, a saber: a) la promoción y fortalecimiento de medidas para luchar contra la corrupción, b) el favorecimiento de la cooperación internacional y la promoción de la integralidad, y c) la obligación de rendir cuentas respecto de la gestión de bienes públicos<sup>77</sup>. Excluyendo la cuestión de la cooperación internacional, el documento se divide en dos grandes secciones: la primera, vinculada a medidas preventivas y la segunda a medidas punitivas.

Entre las obligaciones de prevención más relevantes para los Estados parte, en el artículo 5° resalta la importancia de la elaboración de “políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia”<sup>78</sup>. En este punto, se ha dicho que la Convención exige formular un marco normativo que abarque tanto los principios que sustentan a todo el sistema como los respectivos procedimientos y planes de aplicación, todo lo cual requiere:

[...] un enfoque global y coordinado, que vaya desde la recogida y el cotejo sistemático de información cuantitativa y cualitativa acerca de la situación fundamental del país hasta una estrategia en que se fijen metas generales que se conviertan luego en objetivos y planes de acción<sup>79</sup>.

Adicionalmente, a fin de salvaguardar los valores republicanos y democráticos, dicho marco normativo debe contar con el debido respaldo popular. Naturalmente, a tales fines, se requiere la participación activa de la ciudadanía desde un primer momento en la formulación de la estrategia de lucha contra la corrupción<sup>80</sup>. Por lo demás, la participación de la sociedad está exigida por el mismo artículo 13 del tratado.

El artículo 6° requiere de los Estados la creación de órganos destinados a la puesta en práctica de las políticas anticorrupción. La disposición no es sino la continuación lógica del ya reseñado artículo 5°; lo contrario conduciría a la creación de normativa sin vigencia real. En todo caso, debe tenerse en cuenta que los Estados pueden cumplir con esta obligación utilizando “un

76 Publicada en el Boletín Oficial el 9 de junio de 2006.

77 CNUCC, art. 1.

78 *Ibíd.*, art. 5.1.

79 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York: 2010. Consultado el 8 de diciembre de 2020, [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia\\_tecnica\\_corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corrupcion.pdf), p.4.

80 Cfr. *Ibíd.* p. 5: “Es preciso lograr que la sociedad apoye decididamente la estrategia y su desarrollo y ulterior aplicación, para lo cual debe participar activamente desde el principio”.

órgano u órganos ya existentes otorgándoles, de ser preciso, más responsabilidad, o de crear uno nuevo”<sup>81</sup>.

Se exige también la creación y aplicación de “códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas”<sup>82</sup>. La obligación contenida en este artículo se vincula con el artículo 11, referido específicamente al Poder Judicial y al Ministerio Público, que establece que los Estados deben adoptar medidas para reforzar la integridad de los funcionarios de estos organismos, aclarándose que “[t]ales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial”<sup>83</sup>. Conviene señalar que el texto convencional no exige que dichos códigos sean vinculantes –es decir, que prevean mecanismos de aplicación y sanción–. Por ello, el Grupo de trabajo intergubernamental sobre prevención de la corrupción, creado en el marco de la Conferencia de Estados Parte de la CNUCC, ha notado que:

[a]unque varios Estados han aprobado códigos jurídicamente vinculantes sobre el particular, algunos de ellos reforzados por los correspondientes mecanismos disciplinarios, varios Estados indicaron que [...] la mejor forma de abordar el problema era aplicando medidas como la capacitación, la adopción de medidas de concientización y la elaboración de documentos de orientación de carácter no vinculante<sup>84</sup>.

Otro aspecto relevante abordado por la convención concierne al acceso a la información como herramienta en la lucha contra la corrupción. Puntualmente, el artículo 10 requiere que los Estados adopten todas las medidas necesarias para aumentar la transparencia en el sector público; se prevé, entre otras cosas, “[l]a instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público general obtener, cuando proceda, información”<sup>85</sup>, así como también la simplificación de los procedimientos de acceso a la información y la difusión y publicación de información relativa al sector público. En torno a estas disposiciones, relacionadas con la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, debe decirse que son de suma importancia para reforzar “[l]a confianza de la ciudadanía en la administración pública y la obligación de rendir cuentas”<sup>86</sup>.

Es preciso resaltar además el art.33 de la CNUCC, por el cual se somete a consideración de los Estados la adopción en su ordenamiento jurídico interno de todas las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección de los denunciantes o alertadores. Es una nota fundamental y de gran actualidad en la prevención del tipo de delitos abarcados por este Convención. La posibilidad de legislar esta figura y de crear sistemas de protección puede llegar a propiciar la implicación y participación ciudadana en la resolución de los ilícitos u otros hechos irregulares que tengan origen en el seno de la sociedad.

En materia de medidas punitivas, la Convención se dedica mayoritariamente a la enumeración de diversos tipos penales que los Estados parte deben incluir en sus legislaciones locales. En este sentido, el listado de conductas a tipificar se puede clasificar en dos grupos: de un lado,

81 *Ibíd.*, p. 8.

82 CNUCC, art. 8.1.

83 *Ibíd.*, art. 11.1.

84 GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN, “Integridad del poder judicial, la administración de justicia y el ministerio público (Artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción)”, 18 de junio de 2013, CAC/COSP/WG.4/2013/2. § 93.

85 CNUCC, art. 10 inc. a.

86 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Guía legislativa... Op. Cit.* p. 22.

están aquellos delitos cuya tipificación es obligatoria para los Estados. Estos son: el soborno de funcionarios públicos<sup>87</sup> y de organizaciones internacionales<sup>88</sup>, la malversación o el peculado, la apropiación indebida y otras formas de desviación de caudales públicos<sup>89</sup>, el blanqueo del producto del delito<sup>90</sup> y la obstrucción de justicia<sup>91</sup>. Por otro lado, se encuentran aquellos tipos penales respecto de los cuales se otorga a los Estados la libertad de incluir o no en sus legislaciones penales. Ellos son: el abuso de funciones<sup>92</sup>, el enriquecimiento ilícito<sup>93</sup>, el soborno y la malversación de bienes en el ámbito privado<sup>94</sup> y el encubrimiento<sup>95</sup>.

## 3.2 Sistema interamericano de derechos humanos

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el instrumento clave a considerar es la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC).

Adoptada en 1996 (y ratificada por la Argentina en 1997 a través de la ley 24.759<sup>96</sup>) se trata de un instrumento pionero a nivel mundial en la lucha internacional contra la corrupción<sup>97</sup>. Pese a ser sustancialmente más breve que la CNUCC, puede también dividírsela –con exclusión de lo referido a la cooperación internacional– en dos secciones: una referente a las medidas preventivas y otra, a las punitivas. De manera liminar, resulta importante señalar que “su propósito se centra en la regulación de actos de corrupción estatal y, por tanto, excluye la privada”<sup>98</sup>.

Las medidas preventivas se encuentran nucleadas en el artículo 3 del tratado. Al igual que lo reseñado respecto de la CNUCC, se destaca la obligación de los Estados de sancionar normas de conducta para los funcionarios públicos, que “deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos”<sup>99</sup>. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del SUDH, la Convención Interamericana exige la creación de “[m]ecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta”<sup>100</sup>, con lo cual es claro que dichas reglas éticas deben ser jurídicamente vinculantes.

Más todavía, la CICC requiere, como medidas preventivas, la conducción de programas de capacitación de funcionarios públicos, de forma tal de “asegurar la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades”<sup>101</sup>. Estas disposiciones se enlazan con las medidas de no repetición que frecuentemente ha ordenado la Corte IDH, y

87 CNUCC, art. 15.

88 *Ibíd.*, art. 16.

89 *Ibíd.*, art. 17.

90 *Ibíd.*, art. 23.

91 *Ibíd.*, art. 25.

92 *Ibíd.*, art. 19.

93 *Ibíd.*, art. 20.

94 *Ibíd.*, arts. 21 y 22.

95 *Ibíd.*, art. 24.

96 Publicada en el Boletín Oficial el 17 de enero de 1997.

97 Otros instrumentos de la época, tales como el Convenio Europeo contra la Corrupción con Implicación de Funcionarios Públicos y el Convenio de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Internacionales fueron aprobados un año más tarde.

98 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 36.

99 CICC, art. 3.1.

100 *Ibíd.*, art. 3.2.

101 *Ibíd.*, art. 3.3.

que tienen por objetivo la capacitación de funcionarios y agentes estatales –y ocasionalmente de toda la población en general– respecto de los estándares interamericanos en materia de protección de derechos humanos<sup>102</sup>.

Por lo demás, corresponde mencionar otras medidas previstas, tales como la obligación de presentar declaraciones juradas para funcionarios públicos, la creación de sistemas de contratación pública que aseguren la transparencia y equidad y de sistemas de control del gasto público. Entre ellas cabe destacar la obligación de los estados de crear “[m]ecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”<sup>103</sup>.

Asimismo, un instrumento a destacar surgido en el ámbito del mecanismo de seguimiento de la implementación de la CICC, es la “Ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos”, que persigue establecerse como una ley marco de referencia, con la finalidad de que los Estados la incorporen a su derecho interno. En cuanto a su objeto, aborda el hecho de la denuncia y la protección tanto de testigos como de denunciantes de manera integral. Desde medidas, procedimientos previos al hecho y mecanismos tendientes a facilitar e incentivar las denuncias, hasta la creación de programas de protección específicos para quienes denuncien o testifiquen sobre actos de corrupción.

En lo referente a las medidas punitivas, se prevé la necesidad de tipificar<sup>104</sup> el cohecho por parte de funcionarios públicos, la realización por parte de funcionarios públicos de “cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero”<sup>105</sup> y el aprovechamiento doloso o el ocultamiento de bienes derivados de los delitos anteriores. Se prevé, asimismo, la obligación de los Estado de tipificar, “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”<sup>106</sup>, los delitos de soborno internacional y enriquecimiento ilícito. Finalmente, el artículo 11 obliga a los Estados a considerar la tipificación de los delitos de aprovechamiento de información privilegiada, el tráfico de influencias y desvío de fondos públicos<sup>107</sup>.

### 3.3 Otros sistemas regionales

En adición a los tratados en el marco del SUDH y al SIDH, corresponde destacar también a aquellos existentes en los sistemas europeo y africano.

En el ámbito europeo, el instrumento más relevante es el Convenio Relativo a la Lucha contra los Actos de Corrupción con implicación de Funcionarios Públicos<sup>108</sup>, que entró en vigor el 28

102 “Alrededor de cincuenta sentencias de reparaciones han incluido dentro de sus puntos resolutive la adopción de programas de educación en derechos humanos” (LONDOÑO LÁZARO, MARÍA CARMELINA. *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*. México D.F.: Tirant Lo Blanch México, 2014, p. 187).

103 CICC, art. 3.11.

104 Cfr. *Ibíd.*, art. 7.

105 *Ibíd.*, art. 6.1 inc. c.

106 *Ibíd.*, arts. 8 y 9.

107 Cfr. *Ibíd.*, art. 11.

108 Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Diario Oficial n° C 195 de 25/06/1997 p. 0002 – 0011.

de septiembre de 2009. Dicho instrumento, que apunta –obviamente– de manera exclusiva a combatir la corrupción política, se refiere de manera amplia tanto a la corrupción pasiva como activa. Respecto de la primera, el artículo 2 indica que se configura en todos aquellos casos en los cuales

[...] un funcionario [...] solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar promesas de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función<sup>109</sup>.

Por su parte, la corrupción activa se configura en aquellos supuestos en los cuales una persona entrega o se compromete a entregar alguna ventaja a los fines de lograr tal objetivo<sup>110</sup>. De este modo, puede verse cómo, en su descripción genérica sobre la corrupción, el Convenio europeo arriba a una noción en la cual abarca la violación a un marco normativo en búsqueda de un beneficio ilegítimo.

A su vez, el artículo 5 del tratado establece que los Estados deben adoptar las medidas que fueran necesarias para que “las conductas contempladas en los artículos 2 y 3, así como la complicidad e instigación a dichas conductas, sean objeto de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias”<sup>111</sup>. Consecuentemente, puede verse cómo el instrumento le otorga un mayor margen de discrecionalidad a los Estados, quienes no se ven constreñidos a tipificar una serie taxativa de hechos sino que pueden regular un amplio espectro de conductas que encuadren dentro de dicha descripción general.

En adición a este convenio, en el ámbito europeo se cuenta con el Convenio Penal sobre Corrupción<sup>112</sup> y el Convenio Civil sobre Corrupción<sup>113</sup>, ambos del Consejo de Europa.

El primero de estos se destaca por el hecho de referirse no sólo a la corrupción política sino también a la que ocurre en el sector privado. Cabe apuntar que, en lo que respecta a la primera, implica el otorgamiento o la recepción de una ventaja indebida a un funcionario público con el objeto de que “realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones”<sup>114</sup>. Por otra parte, la corrupción privada implica el otorgamiento o la recepción de una ventaja indebida para que una persona “realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes”<sup>115</sup>. Resulta interesante observar cómo la definición que se hace de corrupción política no incluye una referencia expresa al incumplimiento de un marco normativo, mientras que sí lo hace la conceptualización de la corrupción en el sector privado.

Además de ello, y a diferencia del Convenio Relativo a la Lucha contra los Actos de Corrupción con implicación de Funcionarios Públicos, el Convenio Penal del Consejo de Europa contiene una referencia expresa al deber de tipificar ciertos delitos en concreto, tales como el tráfico de influencias, el lavado de activos y la adulteración de los estados contables. Resulta interesante, al respecto, que el Convenio obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para

109 *Ibíd.*, art. 2.

110 *Cfr. Ibíd.*, art. 3.

111 *Ibíd.*, art. 5.

112 ETS No. 173. Entró en vigencia el 1 de julio de 2002.

113 ETS No. 174. Entró en vigencia el 1 de noviembre de 2003.

114 ETS No. 173, arts. 2 y 3, *in fine*.

115 *Ibíd.*, arts. 7 y 8, *in fine*.

[...] garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, tráfico de influencias y de blanqueo de capitales [...] cuando sean cometidos en beneficio de aquellas por una persona física [...] que ejerza un poder directivo dentro de ésta<sup>116</sup>.

También debe destacarse que las personas jurídicas deben responder penalmente, conforme al Convenio, en aquellos casos en los cuales un incumplimiento en el deber de vigilancia o control del superior jerárquico haya redundado en la comisión del ilícito por parte de una persona sometida a su autoridad.

Por su parte, el Convenio Civil sobre Corrupción al que se hizo referencia anteriormente contiene una definición amplia de la corrupción, entendida como la recepción o entrega de una ventaja indebida “que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario [...] de la ventaja indebida”<sup>117</sup>. El Convenio dispone que los Estados tienen el deber de asegurar que las personas perjudicadas por un acto de corrupción puedan ser indemnizadas civilmente, y establece los presupuestos para que sea procedente la acción de daños y perjuicios del damnificado<sup>118</sup>. También se prevé que aquellas personas que fueron perjudicadas por un acto de corrupción política puedan demandar civilmente al Estado por el daño sufrido.

Por su parte, en el ámbito africano se cuenta con la Convención de la Unión Africana para Combatir y Prevenir la Corrupción, que entró en vigencia el 5 de agosto de 2006, la cual se propone, entre otros, crear los “mecanismos necesarios para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y delitos vinculados en el ámbito público y privado”<sup>119</sup>. El tratado parte de los principios democráticos, el respeto por los derechos humanos, y la transparencia y rendición de cuentas en la administración de los asuntos públicos<sup>120</sup>.

A diferencia de sus pares europeas, no contiene una conceptualización de la corrupción sino que se limita a establecer que será de aplicación para determinados actos. Así, se hace referencia a la entrega o aceptación de una ventaja indebida a cambio de la realización de un acto propio de las funciones, a todo acto u omisión por parte de un funcionario público que tenga por objeto la obtención de un beneficio ilícito, al desvío de bienes públicos para beneficio propio o de un tercero, el enriquecimiento ilícito, el ofrecimiento de ventajas indebidas en el sector privado y el lavado de activos provenientes de estos actos<sup>121</sup>. Asimismo, se conmina a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para tipificar estos actos y para crear y reforzar agencias anticorrupción. Además, y a fin de dar respuesta a una situación que suele darse en países en vías de desarrollo, se obliga a los signatarios a “[r]eforzar las medidas de control nacional para asegurar que el establecimiento y las operaciones de compañías extranjeras

116 *Ibíd.*, art. 18.

117 ETS. No. 174, art. 2.

118 El artículo 4 del tratado en cuestión requiere que “el demandado haya cometido o autorizado el acto de corrupción, o no haya tomado las medidas adecuadas para impedir el acto de corrupción”, “que el demandante haya sufrido un daño” y “que exista nexo de causalidad entre el acto de corrupción y el daño”. En definitiva, se trata de una aplicación de los presupuestos comúnmente aceptados para que surja responsabilidad civil (antijuridicidad, daño, relación de causalidad, factor de atribución).

119 Convención de la Unión Africana para Combatir y Prevenir la Corrupción, art. 2.1. Consultada el 21 de abril de 2021, [https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028\\_-\\_african\\_union\\_convention\\_on\\_preventing\\_and\\_combating\\_corruption\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_e.pdf). La traducción es nuestra.

120 Cfr. *Ibíd.*, art. 3.

121 Cfr. *Ibíd.*, art. 4.



en el territorio de un Estado Parte se sujete a la legislación nacional vigente<sup>122</sup>. Por otro lado, deben también destacarse los deberes que tienen los Estados que integran la Convención de “[a]doptar medidas para asegurar que los ciudadanos puedan denunciar instancias de corrupción sin temor a represalias<sup>123</sup> y de educar a sus poblaciones en el respeto al bien común y los intereses públicos.

Además de lo expuesto, la Convención africana contiene una serie de medidas encaminadas a prevenir la corrupción, tales como la obligación de que los funcionarios públicos presenten declaraciones juradas o el deber de sancionar códigos de conducta<sup>124</sup>. En esta línea, se prevé que los Estados deben realizar todo lo necesario para garantizar el “derecho de acceso a cualquier información necesaria para asistir en la lucha contra la corrupción y delitos vinculados<sup>125</sup>. En lo relativo a la transparencia, por su parte, se conmina a los signatarios a “[i]ncorporar el principio de transparencia en la recaudación de fondos de los partidos políticos<sup>126</sup>. También se contienen disposiciones atinentes a la participación ciudadana, tales como el deber de crear un ambiente que “permita que la sociedad civil y los medios sujeten a los gobiernos a los niveles más altos de transparencia y rendición de cuentas<sup>127</sup>.

Por último, resulta pertinente destacar, a los fines de este trabajo, que la Convención africana contiene una cláusula expresa que sostiene las personas imputadas por actos de corrupción deben “recibir un juicio justo [...] de acuerdo a las garantías mínimas contenidas en la Carta Africana de Derechos Humanos<sup>128</sup>. Así, entonces, es interesante observar cómo desde el ámbito africano se pone un énfasis en la necesaria vinculación entre la lucha contra la corrupción y el respeto por los derechos humanos.

### 3.4. Cooperación internacional

Se ha elegido dejar un apartado propio para abordar la cuestión de la cooperación internacional, pues ha tenido un tratamiento preponderante tanto en la CNUCC como la CICC. Notablemente, la CNUCC, en concordancia con lo establecido en la propia Carta de las Naciones Unidas<sup>129</sup>, parte de la premisa de que la corrupción ha dejado de ser un problema local y que se ha extendido a todo el mundo; de ese modo, aparece “esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella<sup>130</sup>. En parejo sentido, la CICC considera que “combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados [...] y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva<sup>131</sup>.

La cooperación internacional tiene ante todo una orientación hacia la punición de la corrupción. Así, la CNUCC, que dedica un capítulo entero al tratamiento de la cuestión de la cooperación internacional, comienza afirmando que los Estados, con arreglo a sus ordenamientos jurídicos, deben considerar “la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y

122 *Ibíd.*, art. 5.2.

123 *Ibíd.*, art. 5.6.

124 Cfr. *Ibíd.*, art. 7.

125 *Ibíd.*, art. 9.

126 *Ibíd.*, art. 10 inc. b.

127 *Ibíd.*, art. 12.2.

128 *Ibíd.*, art. 14.

129 Cfr. Carta de las Naciones Unidas, arts. 55 inc. c y 56.

130 CNUCC, Preámbulo.

131 CICC, Preámbulo.

procedimientos correspondientes a cuestiones [...] relacionadas con la corrupción”<sup>132</sup>. Por su parte, la CICC establece que los Estados deberán prestarse asistencia para dar curso a las solicitudes emanadas de autoridades competentes para investigar y sancionar actos de corrupción “a los fines de obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a [...] actos de corrupción”<sup>133</sup>. A su vez, la CNUCC prevé que los Estados deben prestarse “la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención”<sup>134</sup>, regulando de manera pormenorizada los distintos comportamientos que estos deben asumir a fin de cumplir con su deber de asistencia recíproca.

Ambos tratados internacionales contienen disposiciones relativas a la extradición de personas por delitos vinculados con la corrupción. En los dos se prevé expresamente que la convención puede servir de base jurídica para dar cumplimiento a un pedido de extradición en aquellos casos en los cuales no exista un tratado de extradición entre los Estados en cuestión<sup>135</sup>. También se contemplan las facultades de los Estados para detener a personas en su territorio y adoptar otras medidas cautelares similares ante un pedido de extradición<sup>136</sup> y la obligación de juzgar ante los tribunales locales a aquellas personas a las cuales, por cualquier motivo, no se extradite<sup>137</sup>.

Otro punto que corresponde destacar es el referido a la cooperación internacional en materia de intercambio de información para mejorar estrategias de lucha contra la corrupción. La CNUCC, en esta línea, luego de establecer la obligación de cada Estado de llevar adelante programas de capacitación para sus propios funcionarios<sup>138</sup>, recomienda considerar “la posibilidad de prestarse la más amplia asistencia técnica [...] en sus respectivos planes y programas para compartir la corrupción”<sup>139</sup> así como “de ayudarse entre sí en la realización de evaluaciones, estudios e investigaciones sobre [...] la corrupción”<sup>140</sup>. Se contempla, también, la posibilidad de que los Estados organicen “conferencias y seminarios [...] para promover la cooperación y la asistencia técnica y para fomentar los debates sobre problemas de interés mutuo”<sup>141</sup>. Todo ello se ve suplementado por lo previsto en el artículo 63 de la Convención, referida a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención, la cual –entre otras cosas– tiene la función de facilitar “el intercambio de información entre los Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la corrupción y sobre prácticas eficaces para prevenirla y combatirla”<sup>142</sup>. En este contexto se creó el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la CNUCC y los Grupos de Trabajo sobre Prevención y Recuperación de Activos, que se reúnen periódicamente.

De forma similar, la CICC establece que los Estados se deben prestar asistencia y cooperación sobre las “formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias”<sup>143</sup>. En

132 CNUCC, art. 43.1.

133 CICC, art. XIV inc. 1.

134 CNUCC, art. 46.1.

135 CNUCC, art. 44.5 y CICC, art. XIII inc. 3.

136 CNUCC, art. 44.10 y CICC, art. XIII inc. 7.

137 CNUCC, art. 44.11 y CICC, art. XIII inc. 6.

138 CNUCC, art. 60.1.

139 CNUCC, art. 60.2.

140 *Ibíd.*, art. 60.4.

141 *Ibíd.*, art. 60.6.

142 *Ibíd.*, art. 63.4 inc. b.

143 CICC, art. XIV inc. 2.

consonancia con ello, ha sido creado, en el marco del SIDH, el Mecanismo de Seguimiento e Implementación de la CICC (MESICIC). Tuvo origen en el año 2002 a raíz de una declaración conjunta de los Estados Parte de la convención<sup>144</sup>. Además de promover la implementación del tratado internacional y analizar la forma en la cual las diversas partes lo han implementado, tiene por objetivo “facilitar la realización de actividades de cooperación técnica; el intercambio de información, experiencia y prácticas óptimas; y la armonización de las legislaciones de los Estados Parte”<sup>145</sup>. El MESICIC publica regularmente informes sobre los distintos Estados, así como guías y recomendaciones para elaborar normas referidas a la lucha contra la corrupción<sup>146</sup>. Los Estados Parte de la convención son invitados a compartir las medidas que han adoptado en esta materia, las cuales son publicitadas por el MESICIC con el rótulo de “Buenas Prácticas Anticorrupción”<sup>147</sup>.

---

144 Declaración conocida con el nombre de “Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”, la cual fue adoptada el 4 de junio de 2001.

145 Estados Parte de la CICC, “Documento de Buenos Aires”, 4 de junio de 2001. Pto. 1 inc. c.

146 <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/leyes.html>.

147 <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/buenas-practicas.html> (fecha de consulta: febrero de 2021).

## 4. El marco normativo nacional y comparado

### 4.1 La tipificación penal de la corrupción en Argentina

A partir de la reforma constitucional de 1994, la persecución penal de la corrupción en la Argentina se ha convertido en un objetivo ineludible para el Estado. El texto reformado del artículo 36 establece que atenta contra el sistema democrático “quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”<sup>148</sup>.

Como se mencionó anteriormente, no existe un consenso universal en torno a la definición de la corrupción. Como resultado, no hay un tipo penal que comprenda de manera global a dicho fenómeno –en rigor, tampoco sería conveniente que existiera–. En lugar de ello, y en cumplimiento con compromisos internacionales que prevén específicamente la necesidad de sancionar distintas prácticas corruptas, en Argentina el Código Penal de la Nación<sup>149</sup> incorpora distintos tipos penales asociados a la corrupción.

Así, ha de señalarse que bajo el rótulo de “Delitos contra la Administración Pública” se prevén la mayoría de los delitos exigidos convencionalmente por los diversos tratados internacionales referentes a la lucha contra la corrupción. En este sentido, se reprime penalmente el cohecho –tanto nacional como internacional, con una forma agravada para los casos en los cuales sea cometido por funcionarios del Poder Judicial o del Ministerio Público– y la malversación de caudales públicos, además de tipos penales similares como el peculado y las exacciones ilegales. Adicionalmente, están previstos otros delitos sugeridos convencionalmente, tales como el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito.

Por otra parte, el Título XIII del Código Penal, referido a los “Delitos contra el orden económico y financiero”<sup>150</sup> incorpora el delito de lavado de dinero, el cual previamente existía solo como una forma de encubrimiento, tipificado de acuerdo con las exigencias de la CNUCC. En tal título se prevé, adicionalmente, el cohecho en el sector privado (delito de tipificación recomendada por la convención de Naciones Unidas), y se fijan pautas para sancionar penalmente a las personas jurídicas que hubieran participado en la comisión de ilícitos, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la CNUCC<sup>151</sup>.

### 4.2 Organismos encargados de la persecución penal de la corrupción en Argentina

En la Argentina, el organismo por excelencia destinado a la prosecución de los delitos vinculados con la corrupción es el Ministerio Público Fiscal. Atento al carácter federal del Estado

148 Constitución Nacional, artículo 36 § 5.

149 En particular a partir de la sanción de la ley 25.188 (publicada en el Boletín Oficial el 1° de noviembre de 1999), que reformó el texto legal a raíz de lo previsto en los tratados internacionales.

150 Título incorporado a partir de la sanción de la ley 26.683 (B.O. 21/6/2001).

151 CNUCC, art. 26.1: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias [...] a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

argentino, los procesos penales pueden darse tanto en el ámbito de la justicia federal como en el de las distintas justicias locales<sup>152</sup>, según el delito involucre a funcionarios públicos de la Nación o de las autoridades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o bien afecte al Estado nacional o a alguno de los Estados locales.

En este sentido, en el ámbito federal la persecución penal de la corrupción le compete ante todo al Ministerio Público Fiscal de la Nación, el cual, conforme a su ley orgánica, tiene por función “fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública”<sup>153</sup>. Ello se condice con lo señalado por el Código Procesal Penal de la Nación, el cual prevé que “[l]a acción penal pública se ejercerá por el Ministerio fiscal”<sup>154</sup> y por el Código Procesal Penal Federal<sup>155</sup>, el cual establece que “[l]a acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal”<sup>156</sup>. Es interesante señalar que este último cuerpo legal establece que el Ministerio Público Fiscal, pese a contar con la posibilidad de disponer sobre el ejercicio o no de la acción penal en determinados casos, en ningún supuesto puede hacerlo cuando “el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en ejercicio o en razón de su cargo [...] [t]ampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales”<sup>157</sup>. De este modo, no solo es claro que no puede disponer del ejercicio de la acción penal en los casos de corrupción política, sino que adicionalmente tampoco podría en los casos que involucren exclusivamente a particulares, toda vez que ello iría en contra del espíritu y de las disposiciones de la CNUCC.

El Ministerio Público Fiscal de la Nación cuenta, a su vez, con dos procuradurías especializadas avocadas a la investigación de hechos vinculados con la corrupción, la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) y la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA). La primera cuenta con áreas operativas destinadas a la investigación de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, fraude económico y bancario, delitos tributarios y aduaneros y delitos contra la administración pública<sup>158</sup>, mientras que la segunda –conocida originalmente como Fiscalía de Investigaciones Administrativas– se encuentra avocada a la “investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada”<sup>159</sup>. A fin de deslindar adecuadamente las competencias de cada oficina, se celebró un convenio en virtud del cual la PROCELAC se comprometió a investigar exclusivamente aquellos delitos contra la administración pública cometidos por los integrantes del Poder Judicial y Legislativo, quedando la investigación de los delitos cometidos por los agentes del Poder Ejecutivo a cargo de la PIA<sup>160</sup>.

---

152 En particular, el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional prevé que la aplicación de la ley penal corresponde “a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.

153 Ley 27148, art. 3.

154 Código Procesal Penal de la Nación, ley 23984, art. 5.

155 El cual está destinado a reemplazar al Código Procesal Penal de la Nación, conforme lo establece el art. 2 de la ley 27063.

156 Código Procesal Penal Federal, ley 27063 –texto ordenado por el decreto 118/2019–, art. 25.

157 *Ibíd.*, art. 30.

158 Resolución PGN n° 914/12, art. 2.

159 Ley 24946, art. 45.

160 Cfr. Convenio de Delimitación de Competencias del Área de Delitos contra la Administración Pública de la PROCELAC, aprobado el 1 de noviembre de 2016. Consultado el 25 de febrero de 2021, <https://www.mpf.gov.ar/procelac-ap/files/2019/05/COMPETENCIA-PIA-Y-PROCELAC-Convenio-y-Aprobacion-de-la-PGN.pdf>.

Adicionalmente, dentro de la órbita del Estado Nacional, corresponde destacar a la Oficina Anticorrupción, la cual constituye un organismo desconcentrado de la Presidencia de la Nación y que goza de autonomía técnica, cumpliendo sus funciones “sin recibir instrucciones del Presidente de la Nación ni de ninguna otra autoridad superior del Poder Ejecutivo Nacional”<sup>161</sup>. Dicha dependencia tiene a su cargo la “prevención e investigación de aquellas conductas [...] comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción”<sup>162</sup>, y a tal efecto es competente, entre otras cosas, para recibir denuncias de corrupción, llevar adelante investigaciones preliminares sobre funcionarios públicos, denunciar penalmente los hechos que pudieren constituir delitos y constituirse en parte querellante<sup>163</sup>. A tal efecto, puede requerir informes, recabar declaraciones testimoniales, ordenar la realización de peritajes e inclusive requerir el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus obligaciones<sup>164</sup>. Es preciso señalar, no obstante, que siendo la Oficina Anticorrupción un organismo del Poder Ejecutivo, carece de facultades tanto para ejercer la acción penal pública como para aplicar sanciones. Adicionalmente, su ámbito de actuación se encuentra limitado a la Administración Pública Nacional, con lo cual “sólo tiene competencia sobre el Poder Ejecutivo Nacional, no pudiendo obrar sobre los Poderes Legislativo y Judicial, ni sobre las administraciones provinciales y municipales”<sup>165</sup>.

Dentro del ámbito local, es destacable, por sus particularidades, el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Si bien hasta la reforma constitucional de 1994 el territorio de la ciudad era administrado como territorio federal, a partir de tal fecha se le concedió autonomía legislativa, judicial y administrativa –con un estatus similar al de las provincias– y por ende comenzó el paulatino traspaso de las competencias de la justicia penal nacional con asiento en la ciudad de Buenos Aires hacia el Poder Judicial local<sup>166</sup>. En virtud de ello, en el año 2011 el Congreso de la Nación aprobó la transferencia de los delitos contra la administración pública

[...] ocurridos exclusivamente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se tratare de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales<sup>167</sup>.

Debido a que dicho traspaso de competencias fue aprobado por la legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en el año 2017<sup>168</sup>, en la actualidad la prosecución de los delitos contra la administración pública que cometidos por o contra funcionarios porteños, o bien en perjuicio del Estado local, es obligación del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

161 Decreto 54/2019, art. 2.

162 Decreto 102/1999, art. 1. Posteriormente, mediante el decreto 466/07 se agregó la misión de “velar por el cumplimiento de las Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción ratificadas por el Estado Nacional”.

163 Cfr, Decreto 102/1999, art. 2.

164 Cfr. *Ibíd.*, art. 5.

165 SOSA, OMAR JULIÁN (coord.). *Op. Cit.* p. 18.

166 Ley 26357, que aprobó el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, firmado el 1º de junio de 2004 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

167 Ley 26702, Anexo, artículo segundo.

168 Por medio de la ley 5935.

### 4.3 Medidas preventivas adoptadas por Argentina

En adición a las medidas encaminadas a la sanción de los hechos de corrupción, el Estado argentino ha adoptado una serie de medidas destinadas a su prevención. En esta línea debe destacarse la ley de ética pública, la cual “establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública”<sup>169</sup>. Se entiende por “función pública” toda actividad realizada en nombre o en servicio del Estado. Así, el artículo 2 contiene una serie de obligaciones generales de carácter ético tales como la de comportarse con “honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana”<sup>170</sup> y la de “[v]elar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular”<sup>171</sup>. Se dispone, asimismo, que los funcionarios que incumplan con tales disposiciones son pasibles de las sanciones previstas en el régimen propio del área en la cual se desempeñan.

La ley regula de manera pormenorizada el régimen de presentación de declaraciones juradas a cargo de una serie de funcionarios públicos<sup>172</sup>. En particular, se prevé la obligación de hacer presentaciones dentro de los treinta días hábiles de asumir y de cesar en el cargo, las cuales están disponibles para la consulta de cualquier persona<sup>173</sup>. Adicionalmente, establece una serie de disposiciones relativas a incompatibilidades y conflictos de intereses, y la prohibición expresa de los funcionarios públicos de “recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones”<sup>174</sup>.

Además de las medidas exclusivamente preventivas, dispone la creación de una Comisión Nacional de Ética Pública, la cual tiene la función primordial de realizar investigaciones sumarias a fin de “investigar supuestos de enriquecimiento injustificado en la función pública y de violaciones a los deberes y al régimen de declaraciones juradas e incompatibilidades”<sup>175</sup>. Si en el marco de dichas investigaciones surgen indicios de la comisión de un delito, la Comisión debe ponerlo en conocimiento de un juez o fiscal competente, remitiendo las actuaciones correspondientes.

Por último, contiene medidas destinadas a promover y divulgar sus disposiciones entre los funcionarios públicos, y se prevé asimismo que “[l]a enseñanza de la ética pública se instrumentará como un contenido específico en todos los niveles educativos”<sup>176</sup>.

Corresponde destacar, además, la ley 25246, que, más allá de tipificar el delito de lavado de activos de acuerdo con las exigencias de los documentos internacionales, prevé la creación de la Unidad de Información Financiera (UIF), que consiste en un organismo autónomo con autarquía financiera que opera dentro del Ministerio de Finanzas y que tiene a su cargo el

169 Ley 25188, art. 1.

170 *Ibid.*, art. 2 inc. b.

171 *Ibid.*, art. 2 inc. c.

172 Entre otros, conforme al artículo 5 de la ley, el presidente y vicepresidente de la Nación, senadores y diputados, magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, los embajadores y cónsules, rectores y decanos de universidades nacionales, etcétera.

173 Cfr. Ley 25188, art. 10.

174 Ley 25188, art. 18.

175 *Ibid.*, art. 19.

176 *Ibid.*, art. 41.

análisis de información a fin de prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo<sup>177</sup>. Dicho organismo es competente para recabar información<sup>178</sup> y para colaborar con el Ministerio Público Fiscal en la investigación de hechos de corrupción. Adicionalmente, se encuentra facultado para elaborar sistemas de contralor interno respecto de entidades financieras, personas humanas y jurídicas registradas ante la Comisión Nacional de Valores, aseguradoras y organismos y entidades descentralizadas de la Administración Pública, entre muchos otros<sup>179</sup>.

Finalmente, debe señalarse que, en adición a sus funciones dentro de la prevención de la corrupción, la UIF cuenta con una función punitiva en tanto el artículo 14 inc. 8 de la ley establece su potestad para aplicar sanciones administrativas, de conformidad con lo previsto dentro de esa misma norma. En particular, es interesante señalar que el organismo se encuentra facultado para sancionar a quien “incumpla alguna de las obligaciones ante la Unidad de Información Financiera”<sup>180</sup>.

---

177 En particular, el artículo 6 de la ley pone énfasis, entre otros, al lavado de activo proveniente de los delitos contra la administración pública (cfr. inc. 1.f).

178 Según el artículo 14 de la ley, puede solicitar informes, recibir declaraciones testimoniales y requerir la colaboración de los organismos de información estatal.

179 Cfr. Ley 25246 arts. 14 inc. 7 y 20.

180 *Ibíd.*, art. 24.



## 5. Las Obligaciones del Estado en materia de derechos humanos

---

### 5.1 La triple obligación

Cuando se habla de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, se hace referencia a determinadas obligaciones de carácter general que aquellos tienen frente a la comunidad de las naciones, cuyo incumplimiento pueden acarrear la responsabilidad en el ámbito internacional.

Desde la doctrina, se acepta mayormente que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) reconoce tres niveles de obligaciones estatales: la obligación de promover, la de respetar y la de garantizar los derechos humanos.

La obligación de promover se encuentra expresamente receptada por el artículo 55, inciso c, de la Carta de las Naciones Unidas que dispone: “la Organización promoverá [...] el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos”<sup>181</sup> y por imperio del artículo 56 del mismo ordenamiento los Estados deben cooperar con la Organización para el cumplimiento de tales fines<sup>182</sup>. En todo caso, se ha señalado que esta obligación es “intencionalmente ambigua”<sup>183</sup>, y que abarca una pluralidad de comportamientos. Se ha dicho, así, que no tendría sentido que tal obligación comprenda la posibilidad de compelel e incentivar el cumplimiento de los derechos humanos en otros Estados, si no obligar a respetar los de la propia población<sup>184</sup>. Debido a esto, se han identificado dos niveles de esta obligación, que se proyectan al plano interno, por cuanto cada Estado está obligado a proteger los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción, como al plano externo, en el que cada Estado está obligado a promover el respeto y la efectividad de los derechos de todos en todos los Estados<sup>185</sup>.

En suma, la obligación de promover, con su amplitud e indeterminación, resulta ser una de las más amplias que tienen los Estados en materia de derechos humanos ya que tiene alcances internos y externos, y precisa del desarrollo y la puesta en práctica de una agenda iushumana tanto a nivel local como internacional.

---

181 CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, artículo 55 inc. c.

182 *Ibid.*, art. 56: “Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”.

183 BUERGENTAL, THOMAS y otros. *La protección internacional de los derechos humanos en las Américas*. San José: Instituto de Derechos Humanos, 1983, p. 65.

184 “[N]o es posible considerar que la obligación pueda reducirse al mero significado usual de la palabra “promover” [...] [u]na interpretación en tal sentido conduciría al absurdo de que los Miembros están obligados a promover en otros Estados el respeto y la efectividad de los derechos humanos, pero no a respetar los de su propia población” (PEZZANO, LUCIANO, “Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30 (2014): 303-346. p. 310).

185 PEZZANO, LUCIANO, *Op. Cit.* p. 313.

Por su parte, la obligación de respetar, contenida tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>186</sup> como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>187</sup> constituye una obligación fundamentalmente negativa, que “[e]xige al Estado que se abstenga de tomar cualquier medida que pueda privar a los individuos del disfrute de sus derechos o de su capacidad para satisfacer esos derechos por sus propios medios”<sup>188</sup>. Se ha observado, con acierto, a que en ocasiones “la obligación de respeto implica el deber de realizar una conducta positiva, como en el caso del derecho al debido proceso”<sup>189</sup>. En todo caso, la obligación de respetar se dirige a los actores estatales, en tanto requiere que ellos se comporten de forma tal que no vulneren los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción.

Por el contrario, la obligación de garantizar es una con un contenido netamente positivo, que requiere del Estado la realización de “las acciones necesarias para que las personas sujetas a su jurisdicción puedan gozar y ejercer efectivamente sus derechos y libertades”<sup>190</sup>. Se trata de una acción amplia, que abarca una multitud de comportamientos por parte del Estado tales como el desarrollo de políticas de obra pública, inversiones en el sector sanitario y educativo, puesta en marcha de planes de ayuda social, etcétera. Si bien típicamente se la considera referida a los derechos de contenido económico y social, también alcanza a los derechos civiles y políticos: así, por ejemplo, la plena satisfacción de las garantías judiciales de las cuales gozan los ciudadanos requiere una inversión en la infraestructura tribunalicia.

La obligación de garantizar abarca no solo el comportamiento por parte de actores estatales, atento a que incluye el deber de protección de los ciudadanos contra “los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos”<sup>191</sup>. Parece necesario advertir, también, que la garantía de los derechos humanos implica el deber estatal de “prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos [...] y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”<sup>192</sup>.

## 5.2 La repercusión de la corrupción en las obligaciones estatales en materia de derechos humanos

El impacto de la corrupción en la obligación tripartita de los Estados en materia de derechos humanos únicamente puede verse a través de la repercusión negativa que esta tiene respecto de los derechos en particular. Tal como se adelantó, ello será objeto de un análisis pormenorizado en los capítulos siguientes de este trabajo, en los cuales se evaluarán las consecuencias de la corrupción en las garantías judiciales y el debido proceso, los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la igualdad y la no discriminación y el derecho a la libertad de expresión.

186 CADH, art. 1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”.

187 PIDCP, art. 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar [...] los derechos reconocidos en el presente Pacto”.

188 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (ICHRP), p. 30.

189 NASH ROJAS, CLAUDIO y otros. *Op Cit.* p. 23.

190 *Ibíd.*

191 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación general n° 31”, 26 de mayo de 200, § 8.

192 CORTE IDH. Caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4, § 166.

No obstante, nada impide que se hagan ciertas consideraciones generales en la materia. Así, con respecto a la obligación de respetar los derechos humanos, es claro que esta es incumplida por el Estado en la medida en la cual sus agentes y funcionarios públicos incurren en actos de corrupción. Ello es así siempre que, como se ha expuesto, la corrupción desemboca en violaciones a los derechos humanos. Lo dicho es especialmente cierto en los casos de contextos de corrupción estructural, que pueden desencadenar incluso en violaciones asistemáticas pero generalizadas a los derechos de las personas<sup>193</sup>.

Por su parte, la obligación de garantizar se vincula directamente con las medidas preventivas y punitivas que los Estados están conminados a adoptar en la lucha contra la corrupción, y que han sido expuestas con mayor profundidad precedentemente. De esta forma, la CIDH ha destacado que “los Estados deben tomar las medidas necesarias para adecuar su institucionalidad [...] para erradicar la corrupción del aparato estatal”<sup>194</sup>. Esto incluye no solo aquellas reformas normativas y estructurales tendientes a brindar mayor transparencia al Estado y capacitar a los funcionarios públicos de manera tal de prevenir el surgimiento de prácticas corruptas, sino también a la obligación de investigar con debida diligencia los hechos de corrupción que ya han acaecido.

193 NASH ROJAS, CLAUDIO, y otros. *Op. Cit.* pp. 69 y ss.

194 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 256.

## 6. El impacto de la corrupción en el Estado de Derecho

### 6.1 El concepto de Estado de Derecho

El término Estado de Derecho tiene su origen en la expresión inglesa *rule of law*, que, naturalmente, encuentra su origen en el derecho anglosajón<sup>195</sup>. Sintéticamente, el concepto hace referencia al

[...] sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, que han sido creadas –lo cual es decisivo– según determinados procedimientos de libre y abierta participación popular<sup>196</sup>.

En línea con ello, el reconocido diccionario jurídico estadounidense *Black's* define sucintamente al *rule of law* como “[l]a supremacía del ejercicio regular del poder, por oposición al poder arbitrario”<sup>197</sup>. Similarmente, Finnis apunta que una de las características esenciales del Estado de Derecho consiste en que las personas que ejercen la autoridad dentro de la comunidad política “efectivamente administran la ley de manera consistente y de acuerdo con su tenor”<sup>198</sup>.

El concepto de Estado de Derecho, indudablemente, se vincula a la teoría de la *autolimitación*, para la cual “el [E]stado, por su propia voluntad [...] elabora su orden jurídico, que lo limita y lo sujeta sin posibilidad de evasión”<sup>199</sup>. La idea detrás de ello es que el Estado crea el propio marco normativo que lo constriñe, y conforme al cual debe actuar para actuar legítimamente.

Son comúnmente señalados como hitos fundamentales del desarrollo histórico del concepto la Carta Magna (1215) –en tanto implicó una limitación al poder de la autoridad real–, el *writ of habeas corpus* –al posibilitar la impugnación de detenciones ilícitas– y la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) –que en su artículo 6, establece su estatus como ley suprema de la nación a la cual debe sujetarse la actuación de los actores estatales–. De este modo, se ha señalado que el Estado de Derecho es el resultado de una construcción histórica hecha por “sectores sociales que, frente a poderes despóticos [...] buscaban seguridad para sus personas, sus bienes, sus propiedades y que [...] exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad”<sup>200</sup>.

195 Particularmente, el término suele atribuirse al profesor de Oxford ALBERT V. DICEY, quien lo empleó en su libro *An Introduction to the Study of Law and the Constitution*, publicado en 1885. En todo lo referido al desarrollo histórico del concepto de Estado de Derecho, hemos consultado: BINGHAM, TOM. *The Rule of Law*. Londres: Penguin Books, 2011. Caps. 1-2.

196 DÍAZ, ELÍAS, “Estado de Derecho y democracia”, *Anuarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, N° 19-20 (2001-2002): 201-217, p. 203.

197 GARNER, BRYAN (ed.). *Black's Law Dictionary. Ninth Edition*. St. Paul: West Publishing Company, 2009. P. 1448. La traducción es nuestra.

198 FINNIS, JOHN. *Natural Law and Natural Rights. Second Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 271. La traducción es nuestra.

199 BIDART CAMPOS, Germán José. *Derecho político*. Buenos Aires: Aguilar, 1962, p. 269.

200 DÍAZ, ELÍAS. *Op. Cit.* p. 204.

El Estado de Derecho aparece, entonces, como una construcción típicamente liberal –liberal clásica–, y en este sentido se lo vincula correctamente a las ideas propias de la Ilustración. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la idea del mandato acorde a la ley es muy anterior a estos eventos y a estas ideologías, y que ya Aristóteles en su *Política* afirmaba que “[e]s preciso preferir la soberanía de la ley a la de uno de los ciudadanos; y por este mismo principio si el poder debe ponerse en manos de muchos, se les debe hacer guardianes y servidores de la ley”<sup>201</sup>.

Debe notarse que el concepto de Estado de Derecho no es neutral, en el sentido de que no es predicable respecto de cualquier ordenamiento jurídico que funcione regularmente, sino que por el contrario tiene un componente valorativo. Más específicamente, el término se aplica a los Estados democráticos y republicanos<sup>202</sup>. La Corte IDH ha sido contundente en señalar que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”<sup>203</sup>.

## 6.2 La repercusión de la corrupción en el Estado de Derecho

Con lo dicho, parecen ya evidentes los efectos negativos que el fenómeno de la corrupción tiene en el Estado de Derecho. Esto es particularmente cierto en el caso de la corrupción política, toda vez que esta conlleva un incumplimiento de las normas en virtud de las cuales se le ha conferido una determinada potestad a un funcionario público. Por lo tanto, implica un apartamiento de la ley que debería regular el ejercicio del poder estatal. Se ha señalado que la corrupción es particularmente nociva al sistema democrático y republicano, siempre que “[l]os actos que desvían las decisiones desde el bien común a beneficios privados rompen esa base de convivencia democrática al generar privilegios en el acceso a la toma de decisiones”<sup>204</sup>. En esa línea, se ha puesto también de resalto “de una parte, que una democracia de baja calidad será presa fácil de la corrupción; de otra, el incremento de la corrupción originaría el descenso de la calidad democrática”<sup>205</sup>. Efectivamente, un Estado con un bajo nivel de institucionalidad tendrá menos recursos para combatir eficazmente este fenómeno, el cual con su extensión y generalización obstaculiza al correcto funcionamiento de los organismos estatales.

Por su parte, la corrupción privada también repercute negativamente en la plena vigencia del Estado de derecho. Pese a que podría pensarse que como se da entre actores privados únicamente incide en derechos de los particulares, lo cierto es que “esta clase de comportamientos afect[an] ante todo el sistema de libre competencia, en la medida en que los particulares deb[en] [...] atender la protección de los intereses generales, en este caso la estructura del sistema”<sup>206</sup>. En este sentido, en el caso de la Argentina, al estar los tipos penales asociados a la corrupción privada contenidos dentro del título del Código Penal

201 ARISTÓTELES. *Obras Completas*. Trad. Patricio de Azcárate. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1967. Tomo I, p. 625.

202 CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. Serie C. No. 370, § 181.

203 CORTE IDH, “El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. Serie A. No. 8, § 24.

204 NASH ROJAS, CLAUDIO, “Corrupción, democracia, Estado de Derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias”, en *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos: Manual de casos*, editado por Claudio Nash Rojas y Marie-Christine Fuchs, 15-67. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 21.

205 MORA MOLINA, JESÚS. *Op. Cit.* p. 148.

206 RODRÍGUEZ, LOURDES y VALDERRAMA, FERNANDO, “El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Año IX, No. 35 (2015): 159-178, p. 171.

referido a los delitos contra el orden económico y financiero, se patentiza la repercusión que este tipo de hechos tienen en la organización económica del Estado, y por ende también en el funcionamiento adecuado del ordenamiento jurídico nacional.

Es muy clara, por lo demás, la postura de la Organización de las Naciones Unidas en este tema: el punto 16.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible apunta a la necesidad de “[r]educir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas”<sup>207</sup> como una de las metas a alcanzar para lograr la promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Dicha meta es, al mismo tiempo, inescindible de la inmediatamente posterior, esto es, la enunciada en el punto 16.6, referida a la necesidad de “[c]rear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas”<sup>208</sup>. El fomento de sociedades democráticas –o, lo que es lo mismo, el afianzamiento del Estado de Derecho– exige que se combata la corrupción, lo cual a su vez demanda la existencia de organismos estatales que cumplan con los principios de transparencia y rendición de cuentas.

A continuación, se pasará a evaluar dos sectores claves en los cuales la corrupción –en este caso, la corrupción política– perjudica al Estado de Derecho: el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal.

### 6.3 La corrupción en el Poder Judicial y el Estado de Derecho

Sin perjuicio de que la corrupción en el ámbito del Poder Judicial afecta las garantías judiciales y los principios que hacen al debido proceso, también repercute especialmente en el Estado de Derecho. En efecto, siendo este el poder estatal encargado de velar por el cumplimiento y la aplicación de la ley, cuando se ve vulnerado por hechos de corrupción, las decisiones no serán conformes a derecho. Se ha señalado, en este sentido, que “[l]a corrupción judicial influye de manera indebida en el acceso a y el resultado de las decisiones judiciales. Las decisiones serán injustas e impredecibles y consecuentemente no prevalecerá el Estado de Derecho”<sup>209</sup>. Por lo demás,

[l]a corrupción [...] al disminuir la confianza de los ciudadanos en la administración de la justicia est[á] socavando seriamente la capacidad de muchos Estados para promover sistemas de gobernanza que cumplan las normas de derechos humanos y rindan cuentas en la materia<sup>210</sup>.

La pérdida de confianza en el correcto funcionamiento de la magistratura puede llevar a consecuencias aún peores al dar la impresión de que la ley puede ser vulnerada sin consecuencia alguna y debido a ello, por ejemplo, generar contextos de inseguridad generalizada en los cuales el respeto por el ordenamiento jurídico raya en lo inexistente<sup>211</sup>. En todo caso, ha sido

207 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas”. Consultado el 3 de febrero de 2020, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

208 *Ibíd.*

209 LANGSETH, PETER, “Strengthening Judicial Integrity Against Corruption”, UNODOC, 2001, consultado el 15 de diciembre de 2020, [https://www.unodc.org/documents/nigeria/publications/Otherpublications/Strengthening\\_Judicial\\_Integrity\\_Against\\_Corruption\\_2001.pdf](https://www.unodc.org/documents/nigeria/publications/Otherpublications/Strengthening_Judicial_Integrity_Against_Corruption_2001.pdf), p. 2.

210 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados”, 9 de junio de 2017, A/HRC/35/31. § 115.

211 Así, por ejemplo, la CIDH ha apuntado que “la corrupción menoscab[a] la confianza de la ciudadanía en las autoridades, lo cual también genera impunidad que exacerba el clima de violencia” (CIDH, “Situación de los derechos humanos en México”, 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser/L/V/II. Doc. 44/15, § 41)

señalado que los dos tipos de corrupción que más afectan al poder judicial son “la injerencia política en el proceso judicial por parte del poder ejecutivo y el legislativo y el soborno”<sup>212</sup>.

El primero se da en aquellos casos en los cuales el poder político influye indebidamente en las decisiones judiciales, sea mediante beneficios indebidos o bien a través de amenazas de represalias. Como puede verse, todo esto vulnera los principios republicanos de gobierno, debido a que la división de poderes requiere un control mutuo entre las diversas instituciones del Estado, el cual exige que “aquellos organismos que cuentan con el mandato de controlar la constitucionalidad y legalidad [...] deben operar con apego a las normas, y no basados en intereses privados o corporativos”<sup>213</sup>. De este modo, se pone en riesgo tanto la imparcialidad como la independencia de la magistratura, los dos grandes pilares del sistema de administración de justicia en las sociedades democráticas. Llevada al extremo, esta situación puede derivar en una auténtica *captura del Poder Judicial*, la cual implica que, por la prevalencia de influencias indebidas, el mismo sistema de administración de justicia se encuentra consagrado al servicio de intereses particulares.

Con relación al soborno, cabe apuntar que este es más frecuente en aquellos Estados en los cuales los integrantes del Poder Judicial se encuentran mal pagados. Su prevalencia en determinados casos puede ser tal que derive en que estos sean “indispensables para obtener cualquier servicio”<sup>214</sup>, lo cual obviamente implica además de todo una denegatoria efectiva de acceso a la justicia.

Asimismo, no puede perderse de vista que corresponde a los jueces aplicar las penas que corresponden a los tipos penales asociados a la corrupción. Así, cuando los mismos magistrados se ven involucrados en hechos de corrupción y en consecuencia no aplican las penas que a estos les corresponderían, se generan “situaciones de impunidad crónica, lo cual es uno de los factores esenciales para configurar el fenómeno de la corrupción en la región”<sup>215</sup>.

## 6.4 La corrupción en el Ministerio Público Fiscal y el Estado de Derecho

Otro de los actores relevantes en el sistema de administración de justicia, y que se puede ver perjudicado en su accionar por el fenómeno de la corrupción, es el Ministerio Público Fiscal. En este punto, debe comenzar teniéndose en cuenta “el papel central que [...] el sistema judicial y, *especialmente los fiscales* están llamados a desempeñar en la investigación y sanción a la corrupción”<sup>216</sup>. En esa comprensión es que resulta indispensable contar con Ministerios Públicos en los cuales prevalezcan “altos estándares de conducta, neutralidad, equidad y profesionalismo”<sup>217</sup>.

212 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados”, 25 de julio de 2017, A/72/140, § 54.

213 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 289.

214 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados”, 25 de julio de 2017, A/72/140, § 59.

215 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados”, 9 de junio de 2017, A/HRC/35/31, § 293.

216 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 23 de marzo de 2020, A/HRC/44/47, § 15. Énfasis agregado.

217 *Ibid.*, §29.

De manera similar a lo que se dijo respecto del Poder Judicial, cuando la corrupción afecta al Ministerio Público, inevitablemente conduce a situaciones de impunidad generalizada y a la falta de control de la actuación de los oficiales públicos. Efectivamente corresponde a los fiscales prestar “debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción”<sup>218</sup>. Por eso, cuando estos se encuentran comprometidos en los mismos hechos que deben investigar, o bien cuando son sobornados para no llevar adelante el enjuiciamiento de determinadas personas, incumplen con su tarea fundamental en el marco de la lucha contra la corrupción y contribuyen a que esta socave los fundamentos del ordenamiento jurídico.

Asimismo, por su propia naturaleza y funciones, el Ministerio Público está dirigido a la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Así, por ejemplo, la ley orgánica del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que su función esencial consiste en “promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social”<sup>219</sup>. Por su parte, la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación, sancionada unos diez años más tarde, contiene un texto casi idéntico, disponiendo además que este organismo tiene por función “velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos”<sup>220</sup>. En consecuencia, cuando la corrupción afecta al propio Ministerio Público, inevitablemente incide en su capacidad de cumplir con sus objetivos y por ende de contribuir al funcionamiento adecuado del Estado de Derecho.

---

218 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS EN DERECHOS HUMANOS, “Directrices sobre la función de los fiscales”, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189, 1990, § 15.

219 Ley 1903 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 1.

220 Ley 27148, art. 1.



## 7. Conclusión

---

En este primer capítulo del trabajo, hemos intentado ofrecer un breve resumen de los conceptos teóricos que se utilizarán a lo largo de este trabajo y, también, tratar algunos aspectos generales de la problemática de la corrupción.

Así, comenzamos definiendo lo que entendemos por corrupción y derechos humanos. Examinamos, en este sentido, las complejidades que ambas nociones abarcan, y cuál es la relación entre ambos. Partimos de la premisa, que a la luz de lo expuesto esperamos ya no será controvertida, de que la corrupción conduce a la violación de derechos humanos. También nos permitimos reflexionar sobre el aspecto ético de la corrupción, a la luz de las enseñanzas de la Doctrina Social de la Iglesia.

Seguidamente, analizamos las dos grandes herramientas en el combate internacional de la corrupción: las medidas de prevención y de punición. Luego, abordamos la forma en la cual diversos tratados internacionales –en el ámbito universal, interamericano, europeo y africano– refieren la problemática de la corrupción, y cómo prevén diversas medidas preventivas y punitivas que los Estados deben adoptar. También observamos en qué manera la cuestión es receptada por la normativa penal, administrativa y procesal argentina.

En el último tramo del capítulo, adelantamos el resto del contenido de este marco teórico al desarrollar las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, así como la forma en la cual la corrupción repercute en ellas. Finalmente, evaluamos el impacto negativo de la corrupción en el Estado de Derecho, especialmente como consecuencia de la manera en la cual incide en el desempeño del Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal.

En los siguientes capítulos del trabajo, veremos la relación de la corrupción con el debido proceso legal así como con determinados derechos humanos en particular.

## II. Notas particulares de los derechos humanos cuando se trata de investigar los graves hechos de corrupción

---

### A. DEBIDO PROCESO LEGAL

#### 1. Corrupción y Debido proceso legal

---

La sinergia positiva entre las agendas de corrupción y derechos humanos<sup>221</sup>, permite analizar ambos fenómenos desde diferentes perspectivas. En este sentido Claudio Nash plantea un enfoque metodológico que conlleva analizar ambas temáticas desde:

[...] una relación multidimensional de ambos fenómenos, que se vinculan en distintas formas y grados, generando interacciones de diverso orden, abarcan vínculos conceptuales, sustantivos, estratégicos y de legitimidad, sobre los que se deben desarrollar políticas públicas de anticorrupción con perspectiva de derechos humanos<sup>222</sup>.

En efecto, un aspecto sustancial a destacar de la relación entre ambas temáticas es la noción de debido proceso legal, en la cual cabe destacar dos aspectos relevantes que estarán presente de manera transversal durante la presente sección: por un lado para referir y advertir aquellas situaciones en la cual los actos de corrupción pueden violar los derechos a un juicio justo y a una reparación eficaz<sup>223</sup>, y por otro lado, como una clara herramienta a la hora de plantear una efectiva lucha contra la corrupción en sus diferentes aspectos, es decir desde la prevención contras los hechos de corrupción. Ante dicha situación, cabe definir al debido proceso legal como:

---

221 LE SAUX, MARIANNE, “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva de Derechos Humanos”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional “Las Políticas de Transparencia y Lucha contra la Corrupción en América Latina” organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de Ecuador, Quito, 9-10 de diciembre de 2010.

222 NASH ROJAS, CLAUDIO, “Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional”. *Estudios de Derecho*, Vol. 75 N° 165 (2018): 137-162, p. 159.

223 CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, “La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo”, 2009.

[...] el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera <sup>224</sup>

En este sentido, se hace referencia al conjunto de estándares que se han articulado a partir de distintas legislaciones contenidas en diferentes tratados de derechos humanos. No debe soslayarse que se alude al debido proceso legal cuyo alcance y contenido está, en gran medida, delimitado por la aplicación de estándares que los órganos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos han desarrollado, constituyendo una interpretación autoritativa de los tratados internacionales que son vinculantes para los Estados que los han ratificado<sup>225</sup>. Sin embargo, la presente sección no pretende ser un estudio pormenorizado de las garantías y alcances que comprenden al debido proceso legal, si no que intenta poner de manifiesto las consecuencias que tienen los actos de corrupción, con diversos alcances, en materia de debido proceso legal, como así también las particularidades que adquiere dicha noción cuando se investigan casos de corrupción con y desde una perspectiva de derechos humanos. En otras palabras, cómo aquellos elementos que se encuentran plasmados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en el artículo 26 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DA-DDH); el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) adquieren particularidades cuando se trata de estos hechos en particular.

Ahora bien, es pertinente destacar tres aspectos relevantes al momento de abordar al debido proceso legal en relación con el fenómeno de la corrupción.

Un primer aspecto remite a la noción de corrupción judicial la cual puede ser definida como aquellos “actos u omisiones que llevan al uso de la función pública para el beneficio propio o de terceros y que resultan en decisiones judiciales injustas e inapropiadas. Dichos actos u omisiones pueden incluir soborno, extorsión, intimidación, tráfico de influencias o uso inadecuado de los mecanismos judiciales para beneficio propio.”<sup>226</sup> En efecto, se refiere a aquellos actos de corrupción que afectan de manera grave la administración de justicia y los distintos estándares contenidos dentro de la noción de debido proceso. Es por ello que la primera sección intenta destacar el rol de la administración de justicia, como así también advertir acerca de los peligros de la corrupción judicial en materia de derechos humanos, enfatizando sobre la necesidad de reorganizar la administración de justicia.

Un segundo aspecto de la relación entre ambas temáticas subraya y advierte que la corrupción se presenta como un claro obstáculo para los derechos humanos. En este sentido se desarrollarán principios y garantías vinculados a la lucha y prevención de los hechos de corrupción, ya que “la lucha contra la corrupción es, en sí misma, una forma de prevenir las violaciones de los derechos humanos” pues “al fomentar los componentes necesarios de la buena gobernanza como los derechos civiles y políticos, la transparencia y la rendición de cuentas, los derechos humanos y la labor para combatir la corrupción pueden reforzarse

224 CORTE IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997, § 74.

225 CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, “La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo”, 2009.

226 *Ibíd.*, p. 40.

mutuamente.”<sup>227</sup>. Este segundo aspecto resalta la faz preventiva de la lucha contra la corrupción, es decir, actuar antes de que se perpetúen aquellas violaciones a los derechos humanos. Es por ello que se debe analizar el debido proceso legal como una manera efectiva de prevenir, evitar y controlar la corrupción judicial, es decir un mecanismo que se constituya como un claro límite al ejercicio discrecional y arbitrario por parte de las autoridades judiciales, el cual permita a los ciudadanos el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos, como así también desarrollar algunas herramientas que permitan reforzar las garantías del debido proceso legal.

Por último, un tercer aspecto intentará desarrollar la noción de debido proceso legal como una garantía para aquellas personas acusadas en casos de corrupción, la cual marca un claro límite en el diseño de políticas públicas de lucha contra la corrupción en cumplimiento con las exigencias del debido proceso legal. El principio de debido proceso legal, a su vez, puede constituirse como una herramienta para su abuso en aquellos juicios donde se investigan hechos de corrupción. Es por ello que el tercer aspecto buscará centrar el estudio del debido proceso legal en la faz estructural de la organización judicial como la garantía individual de los imputados en cada uno de los juicios.

---

227 RUTH MARTINÓN QUINTERO, “Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Economía” en *Revista en cultura de la legalidad*. N° 10, abril – septiembre 2016, pp 8-33.

## 2. La necesidad de organizar la Administración de Justicia para resguardar los derechos humanos en la lucha contra la corrupción

### 2.1 El poder judicial y los derechos humanos

Tal como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el propio Poder Judicial como poder del Estado es susceptible de actos de corrupción con la notable consecuencia en su independencia e imparcialidad. Dicho fenómeno es conocido como corrupción judicial e implica“(...) *la desviación de las funciones judiciales, por la autoridad judicial u otros operadores de justicia, para obtener un beneficio material o inmaterial, propio o para terceros*”<sup>228</sup>. En este contexto, interesa poner de manifiesto el rol que frecuentemente desempeña el Poder Judicial en las violaciones a los derechos humanos a través de la corrupción judicial, para luego desarrollar aquellas especificidades que adquiere la noción de debido proceso legal con el fin de limitar situaciones de corrupción.

Al referirse a la función preponderante que tiene el Poder Judicial en la salvaguarda de los derechos humanos, la propia Corte IDH en el paradigmático caso de *Almonacid Arellano* sentenció que:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin<sup>229</sup>.

Lo dicho es particularmente cierto para el caso de Estados tales como la Argentina, en el cual diversos tratados de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia y sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional, han sido incorporados al bloque de constitucionalidad y, por ello, han pasado a ser indiscutiblemente parte fundamental del derecho positivo vigente<sup>230</sup>. En definitiva, nos resulta posible afirmar que, hoy en día, el trabajo fundamental de los jueces consiste en ser los últimos guardianes de los derechos humanos.

Por todo ello, las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos recaen de manera especialmente gravosa en los integrantes del Poder Judicial. No resulta sorprendente verificar que, en una inmensa mayoría de los casos en los cuales un Estado es hallado responsable por violar los derechos humanos de sus ciudadanos, exista un nivel de responsabilidad de parte de su judicatura.

228 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 121.

229 CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C. No. 154, § 124.

230 Cfr. art. 75, inc. 22 de la Const. Nac.

A pesar de lo importante de la temática, cabe destacar que los estudios en torno la responsabilidad del Poder Judicial en las violaciones a los derechos humanos sigue siendo notablemente escasa. Solo en una fecha relativamente reciente se ha afirmado, respecto de las sentencias de la Corte IDH contra el Estado argentino, que “en todos los casos hubo acciones u omisiones del Poder Judicial que constituyeron violaciones a los derechos humanos o [...] no estuvo a la altura de su obligación de garantizar los derechos humanos”<sup>231</sup>.

El problema, claro está, excede el ámbito de la República Argentina y se extiende a todos los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lamentablemente, son contados los casos en los cuales la intervención del Poder Judicial no determinó ningún tipo de responsabilidad internacional<sup>232</sup>. Por el contrario, es posible catalogar los casos en los cuales la actuación de la magistratura incurrió en una violación a los derechos humanos en dos grandes grupos: según la gravedad del incumplimiento, el primer criterio reúne a los casos donde hay *violaciones principales* y el segundo, agrupa a los casos donde se produjeron violaciones complementarias. En estos últimos, la actuación del Poder Judicial se ve reducida a un segundo plano. Es decir, que el Poder Judicial no ha sido el causante principal de la violación a los derechos humanos, sino que por el contrario se limita a convalidarla o, bien, a no hacer nada por impedir que siga sucediendo. Esto ocurre, por ejemplo, si magistrados rechazaron recursos contra decisiones de otros poderes del Estado<sup>233</sup> o si el Poder Judicial no revisó adecuadamente la actuación de otros organismos del Estado<sup>234</sup>.

En oposición, las violaciones principales por el Poder Judicial a los derechos humanos ocurren en aquellos casos en los cuales la primera intervención del Estado se materializa a través de una intervención judicial que, por algún motivo, resulta defectuosa y por ende vulnera las garantías consagradas en los tratados internacionales. Así, por ejemplo, los casos en los cuales un tribunal viola los principios de legalidad y de irretroactividad<sup>235</sup> o no fundamenta adecuadamente sus resoluciones<sup>236</sup>. Dentro de este grupo, son particularmente relevantes aquellos casos en los cuales la violación se debe a un obrar negligente de los órganos de administración de justicia, sea por su desidia o lentitud en impulsar los procesos

231 Prólogo de REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO en: *La jurisprudencia de la Corte IDH en los casos contra la República Argentina: La mirada de sus protagonistas*. Coordinado por MARÍA ROSA ROBLE Y CECILIA VANIN. Buenos Aires: Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, 2015. P. VI.

232 A modo de ejemplo, en el caso *Yarce*, la Corte IDH concluyó que las víctimas “no adujeron las garantías que presuntamente se habían violado en la investigación penal iniciada, la cual duró seis meses y once días, entre la captura de las presuntas víctimas y la preclusión de la investigación” (Corte IDH, Caso *Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, §167).

233 CORTE IDH, Caso *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de mayo de 2016, § 120: “[l]a señora Maldonado presentó los recursos [...] y los tribunales los rechazaron debido a una contradicción entre diferentes cuerpos normativos que regulaban la materia. La señora Maldonado no tuvo acceso efectivo y de manera sencilla a la protección judicial”.

234 CORTE IDH, Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, § 87: “[e]n lo referente al artículo 7.5. convencional, el señor Lapo tampoco fue llevado ‘sin demora’ ante un juez, para que justamente controle la ilegalidad de su detención, lo que acarrea la violación del señalado precepto”.

235 CORTE IDH, Caso *De la Cruz Flores y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, § 74-109.

236 CORTE IDH, Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, § 116: “el Tribunal declara que el Estado, al no haber brindado una motivación suficiente respecto a la consecución de un fin legítimo compatible con la Convención a la hora de decretar la prisión preventiva del señor Barreto Leiva, violó su derecho a no ser sometido a detención arbitraria”.

judiciales, lo cual conduce a una violación del plazo razonable<sup>237</sup>, o sea por su falta en llevar adelante una investigación diligente de un hecho que ha vulnerado los derechos humanos de una determinada persona<sup>238</sup>. Estas dos últimas cuestiones cobran especial relevancia en los casos de corrupción, toda vez que estos tienden a presentar una duración desproporcionadamente larga en relación a otros procesos<sup>239</sup> y suelen involucrar, a su vez, investigaciones deficientes por parte de las autoridades estatales.

En todo caso, es preciso tener en cuenta que la actuación irregular del Poder Judicial, si bien tiene la posibilidad de repercutir en todos los derechos humanos, inevitablemente incidirá en aquellos referidos a las garantías judiciales de las personas. De este modo, y sin perjuicio de otras consecuencias negativas que pueda tener, siempre vulnerará el conjunto de principios que hacen al debido proceso<sup>240</sup>.

Las consideraciones precedentes apuntan a la importancia de incorporar una perspectiva de derechos humanos en la actuación de los órganos jurisdiccionales de los Estados. En este sentido, debe tenerse en cuenta que un enfoque de derechos humanos implica:

[...] determinar quiénes tienen derechos (titulares de derechos) y qué libertades y derechos tienen en virtud de las normas internacionales de derechos humanos, así como determinar las obligaciones de las instancias responsables de garantizar que los titulares de derechos disfruten de sus derechos (garantes de derechos)<sup>241</sup>.

Esto es cierto para todo tipo de procesos, pero lo es especialmente en aquellos casos en los cuales existe un riesgo particularmente grave de que se vean lesionados los derechos humanos de las personas, tales como aquellos que involucran a grupos en situación de vulnerabilidad o, como hemos desarrollado precedentemente, en los referidos hechos de corrupción.

En consecuencia, sería útil, tal como lo han hecho numerosos Ministerios Públicos y Poderes Judiciales de la Región<sup>242</sup>, contar con estructuras especializadas en derechos humanos dentro de los organismos jurisdiccionales y encargados de la aplicación de la ley. Estos no sólo deberían estar encargados de asegurarse que la actuación del Poder Judicial o del Ministerio Público se ajuste a los parámetros internacionales de derechos humanos sino que adicionalmente deberían asumir una actitud proactiva, promoviendo la agenda estatal en esta materia.

237 CORTE IDH, Caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, § 77: “la duración total de los procedimientos [...] sobrepasan excesivamente el plazo que pudiera considerarse razonable”.

238 CORTE IDH, Caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018, § 142-203.

239 Véase en este punto lo dicho en: ACIJ, *Los procesos penales en materia de corrupción*. 2013. Consultado el 16 de octubre de 2020, <https://www.mpf.gob.ar/procelac-ap/files/2013/10/Los-procesos-judiciales-en-materia-de-corrupci%C3%B3n.pdf>, pp. 4-5.

240 El debido proceso se trabajará en profundidad en los capítulos siguientes del trabajo.

241 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Guía de aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos de la salud para el Poder Judicial”. Consultado el 15 de febrero de 2021, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryGuide\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryGuide_SP.pdf), p. 4.

242 Así, pueden nombrarse los casos de los Ministerios Públicos de Argentina, que cuenta con una Dirección General de Derechos Humanos, de Colombia, que cuenta con una Dirección Especializada en Violaciones a los Derechos Humanos o de Guatemala, que cuenta con una Fiscalía en Derechos Humanos. Respecto del Poder Judicial, son destacables los casos de aquellos de Chile, México y Paraguay, los cuales cuentan con Direcciones de Derechos Humanos.

Asimismo, en consonancia con la necesidad de organizar la Administración de Justicia para resguardar los derechos humanos en la lucha contra la corrupción, es pertinente mencionar y destacar ciertos estándares internacionales que se han desarrollado y guardan una estrecha relación con una administración de justicia que garantice y respete los derechos humanos. En este sentido, Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial son un claro ejemplo de un conjunto de estándares internacionales (no vinculantes) formulados por un grupo de miembros de diferentes Cortes y/o Tribunales que fueron adoptados en la Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en La Haya, en el año 2002. Dichos Principios están compuestos por seis valores medulares que deben ser observados fielmente y respetados por los jueces en sus distintas actividades judiciales: independencia, imparcialidad, integridad, igualdad, propiedad y competencia y diligencia. A su vez dichos valores se materializan y tornan operativos en ciertas guías para su aplicación por parte de los operadores judiciales, lo cual permite afirmar que dichos principios son un código de responsabilidad profesional que establece una base para el ejercicio apropiado de la responsabilidad judicial<sup>243</sup>.

## 2.2 Debido proceso legal desde la óptica de la prevención. Especificidades como mecanismo de prevención ante la corrupción judicial

Sin perjuicio de la necesidad de reformar el sistema de administración de justicia, existen en la actualidad múltiples herramientas legales que son útiles a la hora de reducir la corrupción judicial y optimizar la lucha contra la corrupción desde la óptica de los magistrados.

Así, se ha afirmado anteriormente que la noción de debido proceso legal adquiere ciertas particularidades a la hora de analizar el fenómeno de la corrupción desde y con una perspectiva de derechos humanos. Estas actúan como un mecanismo de prevención ante la corrupción judicial, limitando situaciones de arbitrariedad e impunidad por parte de las autoridades.

En este sentido, se desarrollarán algunas aristas del debido proceso legal que limitan la discrecionalidad de los organismos jurisdiccionales, las cuales son: el plazo razonable, el derecho de la sociedad a conocer la verdad, el deber de investigar, el deber de motivar las sentencias, la independencia y la imparcialidad y el sistema de recursos.

### A) Plazo razonable

El derecho a ser oído en un plazo razonable implica que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable”<sup>244</sup>, lo cual razonablemente exige cierta diligencia y celeridad por parte del órgano judicial a la hora de resolver el caso en cuestión. Dicho plazo se toma desde el primer acto procesal hasta la sentencia definitiva, es decir implica todo el proceso y el plazo razonable debe verificarse en la casuística, es decir en el caso concreto y no en abstracto. Esta noción fue complementada por los parámetros de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>245</sup>, receptada por el Tribunal Interamericano y ha considerado cuatro elementos para evaluar la razonabilidad del plazo: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.

243 CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, “La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo”, 2009.

244 CADH, art. 8.1.

245 Cfr., entre otros, TEDH, Caso de Gast y Popp c. Alemania. Sentencia del 25 de febrero de 2000. § 70.



La Comisión IDH ha resaltado que en materia de corrupción judicial son dos los requisitos que adquieren especial relevancia. El primero es la conducta de las autoridades judiciales ya que “el órgano que investiga una violación de derechos humanos debe utilizar todos los medios disponibles para llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias”<sup>246</sup>. En consecuencia, es claro que los magistrados y los restantes organismos públicos involucrados en los procesos que versan sobre hechos de corrupción deben desplegar un comportamiento diligente, no pudiendo dilatar el proceso innecesariamente, lo cual podría desembocar en la generación de situaciones de impunidad. Por tales motivos, es claro que el plazo razonable constituye una garantía en favor de todos los ciudadanos, y por ello “puede ser reclamado por los intervinientes como una garantía del debido proceso”<sup>247</sup>.

Por otra parte el elemento referido a la afectación de derechos de terceros adquiere cierta importancia ya que en ciertos procesos donde se dictan medidas procesales precautorias, tanto personales como materiales, hay lesiones a derechos individuales que no pueden perpetuarse de manera indefinida. Es por ello que la garantía del plazo razonable “(...) obliga a las autoridades a un escrutinio más estricto sobre la duración no solo de las medidas, sino que de todo el proceso”<sup>248</sup>.

A su vez, otra especificidad que adquiere el plazo razonable en materia de corrupción se da sobre casos donde las personas investigadas son funcionarios públicos, donde la evaluación debe ser más estricta y contundente. En ciertas ocasiones la lucha contra la corrupción puede ser utilizada con fines políticos para deslegitimar la figura de un determinado candidato político, con el correlato que esto genera en la opinión pública en general y convirtiéndose en un claro instrumento antidemocrático. Ello ha sido puesto de resalto por la propia Corte IDH, quien ha apuntado que este tipo de casos exigen, inclusive, que “se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho”<sup>249</sup>.

En este contexto, puede afirmarse que la garantía del plazo razonable se encuentra ligada estrechamente con la expectativa que la sociedad deposita en los órganos estatales, específicamente en el Poder Judicial. Los datos con respecto a esta temática son reveladoras de la cuestión, un estudio realizado por la ONG “Corporación Latinobarómetro” ha relevado el nivel de confianza por parte de la ciudadanía en ciertas instituciones durante los años 1995 – 2015. Al comienzo de dicho periodo, el Poder Judicial gozaba de una confianza que rondaba el 37%, al finalizar el periodo dicha confianza mermo su porcentaje en el 30%<sup>250</sup>. En efecto, puede afirmarse que una de las bases de todo sistema democrático es la confianza de los ciudadanos en la ley y, más aún, que obedezcan dicha ley en función de la confianza y legitimidad que gozan las normas. En este sentido, es pertinente introducir el concepto de justicia procedimental desarrollado por Tom Tyler<sup>251</sup>. Dicho autor plantea la necesidad de crear y generar aquellas condiciones para que la sociedad confíe en el sistema de justicia, es decir, estas instituciones deben convencer al conjunto de la sociedad que es menester tomar decisiones que impacten

246 CORTE IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, § 156.

247 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 316.

248 *Ibíd.* § 317.

249 CORTE IDH. *Caso Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, § 178.

250 Latinobarómetro, *La confianza en América Latina 1995-2015*. Santiago de Chile.

251 TYLER, TOM R. “Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law.” *Crime and Justice* 30 (2003): 283-357. Accessed April 19, 2021. <http://www.jstor.org/stable/1147701>.

en la calidad y funcionamiento de las instituciones, es decir, que sus decisiones gozan de legitimidad por parte de la ciudadanía. El plazo razonable como escrutinio a la actuación de los magistrados constituye una clara herramienta para lograr crear y generar las condiciones para reforzar el sistema de justicia.

Asimismo, y a modo de relación con los efectos del plazo razonable en la ciudadanía, resulta pertinente poner énfasis en la relevancia que adquiere en las sociedades democráticas contemporáneas la participación activa por parte de la ciudadanía. Diferentes instrumentos normativos han plasmado dicha cuestión: así puede mencionarse el artículo 3 No. 11 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)<sup>252</sup>, como así también el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)<sup>253</sup>. Ambos subrayan que la participación constituye una herramienta para “prevenir hechos de corrupción, como así también controlar la existencia de los mismos”<sup>254</sup>.

## B) El derecho de la sociedad a conocer la verdad de los hechos de corrupción

El derecho a la verdad consiste en un derecho relativamente novedoso, elaborado por la doctrina y la jurisprudencia de los organismos que componen el SUDH y el SIDH.

Decimos que se trata de una elaboración doctrinaria y jurisprudencial precisamente atento a que no se encuentra plasmado expresamente en los distintos tratados de derechos humanos<sup>255</sup>. Sus orígenes se relacionan fundamentalmente con la comprensión por parte de la comunidad internacional que las investigaciones llevadas adelante con debida diligencia y que elucidaran la verdad real de los hechos son un medio adecuado para prevenir futuras violaciones a los derechos humanos. En este sentido, el *Manual sobre la investigación y prevención eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* destaca que “el objeto general de una indagación es descubrir la verdad acerca de acontecimientos que ocasionaron la muerte sospechosa de una víctima”<sup>256</sup>.

Dentro del SUDH, en el cual el derecho a la verdad no ha recibido un tratamiento extenso<sup>257</sup>, el concepto es nombrado expresamente por primera vez en el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, publicado en el año 2005. En esta se establece que “[...] cada

252 Dicho artículo plantea la importancia de aquellos “mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”.

253 Dicho artículo destaca la necesidad de fomentar una participación activa en la “prevención y lucha contra la corrupción”

254 MARIANNE GONZALEZ LE SAUX y CLAUDIO NASH ROJAS (eds.) TRANSPARENCIA, LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la tercera reunión regional de especialistas 7 y 8 de noviembre de 2011.

255 El único precedente contenido en convenciones internacionales son los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977), los cuales se refieren al derecho de las familias a “conocer el destino de sus miembros”, así como el deber de los Estados a facilitar la búsqueda de personas desaparecidas, tan pronto como las circunstancias lo permitan.

256 Organización de las Naciones Unidas. *Manual sobre la investigación y prevención eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias*. Nueva York: 1991. Capítulo III, Punto B.

257 Véase, en este sentido, el escaso contenido publicado bajo el rótulo “Estado de Derecho - Derecho a la verdad” en el sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/RuleOfLaw/Pages/RightToTheTruth.aspx>.

pueblo tiene el *derecho inalienable a conocer la verdad* acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes<sup>258</sup>, aclarándose que dicho derecho sirve a la manera de una garantía de no repetición de tales hechos. Luego, se prevé que “[...] independientemente de las acciones que puedan entablarse ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de [...] las violaciones y [...] acerca de la suerte que corrió la víctima”<sup>259</sup>. De este modo, lo que podría ser un derecho de contenido más o menos abstracto, previsto en favor de *cada pueblo*, se convierte en una potestad jurídica concreta en cabeza de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

En el SIDH, por otra parte, el derecho a la verdad ha tenido un tratamiento notablemente más extenso, vinculado con las violaciones masivas a los derechos humanos que se produjeron en el continente bajo los gobiernos *de facto*. En este sentido,

[...] el derecho a la verdad comenzó a manifestarse como un derecho de los familiares de víctimas de desaparición forzada, cuya obligación del Estado es la de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer lo sucedido, así como para localizar e identificar a las víctimas<sup>260</sup>.

Desde la primera sentencia contenciosa de la Corte IDH, en el caso *Velásquez*, se destacó que “el derecho de los familiares de la víctima a conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde están sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer”<sup>261</sup>.

En su desarrollo subsiguiente, se indicó que el derecho a la verdad estaba implícitamente contenido dentro de las garantías judiciales consagradas por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es que en la medida en la que tales artículos buscan combatir la impunidad, entendida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos”<sup>262</sup>, el derecho a la verdad entendido como el descubrimiento de lo que realmente aconteció es un componente esencial de tales garantías. Por ello, es clara la vinculación entre el derecho a la verdad y la obligación estatal de conducir investigaciones con debida diligencia, toda vez que la falta de tales procedimientos estatales conllevará que no pueda elucidarse la verdad de los hechos.

Para la CIDH que el derecho a la verdad presenta una doble dimensión, en tanto no solo pertenece a las víctimas de violaciones a los derechos humanos sino también a toda la sociedad, la cual tiene el “irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo sucedido [...] a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”<sup>263</sup>.

258 Comisión de Derechos Humanos, “Conjunto de principios actualizado sobre protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, 5 de febrero de 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1. P. 7. Énfasis agregado.

259 *Ibíd.*

260 CIDH. *Derecho a la verdad en América*. Aprobado el 13 de agosto de 2014, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2. § 11.

261 CORTE IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4. § 181.

262 CORTE IDH. Caso *de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. § 173.

263 CIDH, “Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986”, 26 de septiembre de 1986, OEA/Ser.L/V/II.68 Doc. 8, rev. 1. Cap. V.

Con todo lo visto, es claro que el derecho a la verdad tiene proyecciones prácticas en los procesos vinculados a hechos de corrupción. En particular, los organismos estatales encargados de la investigación y el enjuiciamiento de los hechos de corrupción están obligados a elucidar la verdad real de los hechos y sancionar a los culpables. Por ello, el derecho a la verdad se vincula con el deber de investigar, siempre que

[...] el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer [...] mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos<sup>264</sup>.

## C) El deber de investigar

### C.1. GENERALIDADES

El deber de investigar en casos de violaciones a los derechos humanos es una obligación estatal asentada tanto en el ámbito universal como interamericano. Ya desde su primer caso contencioso, la Corte IDH ha afirmado que los Estados tienen un deber “de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción”<sup>265</sup>.

Este deber, como en múltiples ocasiones ha recordado el tribunal interamericano, se trata de una obligación de medios y no de resultados<sup>266</sup>. No obstante, en el marco de dicha investigación las autoridades no pueden comportarse con absoluta discrecionalidad. Por el contrario,

[...] las garantías del debido proceso permiten controlar a las autoridades judiciales, ya que evitan que [...] las autoridades puedan excluir pruebas, investigar responsabilidades o involucrar y/o excluir autoridades cuando este no es conveniente para los intereses de quien investiga y quien controla al juez<sup>267</sup>.

En particular, el deber de investigar se materializa a través de una serie de comportamientos que deben ser asumidos por los organismos estatales. Efectivamente, existen una serie de principios “que deben ser respetados en cualquier sistema jurídico y orientar las investigaciones para asegurar un efectivo acceso a la justicia: Oficiosidad, Oportunidad, Competencia, Independencia e imparcialidad, Exhaustividad y Participación de las víctimas y sus familiares”<sup>268</sup>.

La independencia e imparcialidad serán tratadas detalladamente en otro apartado. Respecto de los restantes, resultan de particular interés la oportunidad y la exhaustividad.

264 CORTE IDH. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, § 119.

265 CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, § 174.

266 *Ibíd.* § 177. También en este mismo sentido: CORTE IDH, *Caso Baldeón García vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, § 93. Entre otros.

267 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 322.

268 DE LEÓN, GISELA y otros. *Debida diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a los Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2010, p. 21.

La oportunidad puede ser definida como aquella “atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”<sup>269</sup>. Sin embargo, dicho principio adquiere otra relevancia cuando se investigan violaciones a los derechos humanos ya que “deben iniciarse de manera inmediata para impedir la pérdida de pruebas que pueden resultar fundamentales para la determinación de responsabilidades”<sup>270</sup>. Adicionalmente, la oportunidad requiere que los organismos encargados de la investigación y del enjuiciamiento actúen de manera “pronta e inmediata [...] ordenando las medidas oportunas y necesarias”<sup>271</sup>. De este modo, es claro que la oportunidad se vincula de manera estrecha con el plazo razonable, toda vez que la falta de esta implicará una dilación injustificada del proceso.

Por su parte, la exhaustividad exige que la investigación sea “realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los responsables”<sup>272</sup>. Así, exige que todas las alternativas razonables sean consideradas seriamente por las autoridades, y que sean utilizados todos los mecanismos legales destinados a lograr la elucidación de lo que realmente ocurrió.

La Corte IDH, a su vez, ha desarrollado algunos criterios para determinar cuándo las investigaciones son eficaces según la naturaleza de los hechos investigados. Uno de ellos es el de las líneas de investigación e implica controlar de manera rigurosa si la autoridad responsable ha seguido todas las líneas de investigación que conducen al esclarecimiento de los hechos, si se han desarrollado las hipótesis que se desprenden de los hechos investigados.

La CIDH considera que el escrutinio de los mínimos exigibles en una investigación permite limitar la discrecionalidad de las autoridades judiciales y por ende, limitar las posibilidades de actos de corrupción<sup>273</sup>.

Asimismo, puede mencionarse que los Estados han llevado a cabo políticas criminales tendientes a prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción desde el punto de vista de la investigación. En el caso particular de la República Argentina puede mencionarse como un actor relevante en dicho fin a la Oficina Anticorrupción, quien tiene como principal objetivo velar por la prevención y proceder a la investigación de ciertas conductas. Dentro de sus competencias puede mencionarse la de: “b) Investigar preliminarmente a los agentes a los que se atribuya la comisión de alguno de los hechos indicados en el inciso anterior. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Oficina Anticorrupción y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga, así como también “c) Investigar preliminarmente a toda Institución o Asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, ya sea prestado en forma directa o indirecta, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de los mencionados recursos”. Dichas competencias plasmada en el artículo 2 102/99 datan de la relevancia que tiene el

269 CAFFERATA NORES, *El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas, en Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, marzo de 1997, p. 16.

270 *Ibíd.*, p. 24.

271 CORTE IDH. Caso “Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2012. Serie C No. 253, § 241.

272 CORTE IDH. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008, § 144.

273 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 325.

deber de investigar en materia de prevención, como así también desde el punto de vista de la persecución penal, cuando se trata de causas de corrupción.

## C.2. Límites al deber de investigar

Un punto a destacar dentro del deber de investigar se refiere a la razonabilidad de la actividad desplegada por el Estado para reunir elementos probatorios. Efectivamente, si bien existe una obligación innegable de descubrir la verdad de lo acontecido y de sancionar a los eventuales culpables por los hechos de corrupción, para lograr ello no pueden ordenarse medidas de prueba desproporcionadas y lesivas de los derechos humanos.

Una garantía que suele entrar en tensión con la actividad investigativa es el derecho a la intimidad, consagrado por el artículo 11.2 de la CADH. En particular, el texto convencional prohíbe que las personas sean “objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia”. Ello ha sido objeto de interpretaciones amplias por parte de la Corte IDH, la cual llegó a señalar que el contenido de este derecho “no [es] susceptible de definiciones exhaustivas”<sup>274</sup>, y que abarca de manera general a la intimidad, entendida como la posibilidad de “tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de la información personal hacia el público”<sup>275</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha expedido en numerosas ocasiones en referencia a la tensión entre las investigaciones estatales y el derecho a la intimidad, especialmente en lo referido a las requisas corporales. En este sentido, ante todo ha considerado necesario que una ley contemple los supuestos habilitantes y las autoridades competentes para llevar adelante las requisas<sup>276</sup>. Sin embargo, no alcanza con la mera previsión normativa, ya que es preciso que “se acredit[e] el interés de la medida invasora justificando la persecución del delito (mediante la demostración que se está investigando de la comisión de un delito, o la prevención del mismo que se realizará con una alta probabilidad)”<sup>277</sup>. En adición a ello, la medida debe ser proporcionada, lo cual se entiende en el sentido de que respete “el equilibrio entre la intromisión necesaria [...] y la afectación de los derechos fundamentales”<sup>278</sup>. Todos estos estándares, por lo demás, han sido receptados por la Corte IDH en el caso de *Fernández Prieto y Tumbeiro*<sup>279</sup>.

Aplicar estos estándares en materia de requisas a la actividad probatoria del Estado en general redundaría en que se requiera una ley previa que habilite en situaciones debidamente detalladas el allanamiento de la intimidad de las personas, la necesidad de la medida probatoria respecto del ilícito investigado y que se guarde una medida de estricta proporcionalidad entre la afectación del derecho y la consecución del fin legítimo que se persigue. De esta manera,

274 CORTE IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, (Excepción preliminar. Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215. § 119.

275 CORTE IDH, *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238. § 48.

276 TEDH, *Asunto Gillan y Quinton c. Reino Unido*, Demanda No. 4158, Sentencia del 12 de enero de 2010. § 77.

277 VERNET, JAUME, “Los registros corporales en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Núm. 30, (2017): 95-122, consultado el 13 de octubre de 2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6823810>. p. 114.

278 *Ibíd.*, p. 116.

279 CORTE IDH, *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, (Fondo y reparaciones), Sentencia del 1° de septiembre de 2020, Serie C No. 411.

es claro que las autoridades a cargo de la investigación no pueden incurrir en las llamadas *expediciones de pesca*, es decir, en la actividad basada en meras especulaciones y sin ningún elemento objetivo que fundamente la sospecha en torno a una persona determinada<sup>280</sup>.

## D) Deber de motivación

El deber de motivación es una de las garantías que constituyen el debido proceso<sup>281</sup>, e implica la exteriorización del fundamento que permite llegar a una conclusión<sup>282</sup>. Dicho deber es una exigencia relacionada con la correcta administración de justicia ya que por un lado protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y por otro lado otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.<sup>283</sup>

A su vez, la Corte ha operativizado las implicancias que conlleva una sentencia motivada. En primer lugar, permite una defensa adecuada que otorga la posibilidad de controvertir las observaciones efectuadas en el marco de un proceso<sup>284</sup>. También ha ratificado que los problemas vinculados al deber de motivación tienen impacto en el resto de las garantías que conforman al debido proceso legal, en especial el derecho de defensa<sup>285</sup>. En síntesis, a través de su jurisprudencia, la Corte ha dejado claro que el deber de motivación constituye un derecho esencial que tiene como fin tutelar las distintas garantías que componen al debido proceso legal, como lo es la defensa en juicio. Ahora bien, en materia de corrupción judicial, la comisión señala que

[...] la exigencia de una completa y adecuada fundamentación o motivación de las decisiones judiciales se transforma en un límite a la discrecionalidad ante la posibilidad de que dichas motivaciones sean objeto de escrutinio por las partes y por el público<sup>286</sup>.

De este modo, tal escrutinio permite un control por parte de las partes y de la sociedad civil como un actor relevante para combatir la corrupción, ya que, por un lado demuestra a las partes que han sido oídas y, por otra parte en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores<sup>287</sup>. Dicho control se encuentra estrictamente relacionado, en un sentido amplio con el derecho a la verdad y dentro de aquella con el principio de publicidad de los actos procesales. De esta manera, se permite que la sociedad en general

280 Las *expediciones de pesca* han sido por estos motivos objetadas por el Abogado General Mischo de la Corte de Justicia Europea (cfr. Corte de Justicia Europea, Caso 85/87, *Hoehst AG v. Comisión Europea*, Opinión del Sr. Abogado General Mischo, 21 de febrero de 1989, ECLI:EU:C:1989:73).

281 CADH, art. 8.1.

282 CORTE IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrafo 107.

283 CORTE IDH. Caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*. Excepción preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 05 de agosto de 2008. Serie C No. 182. § 77.

284 CORTE IDH. Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2011. Serie C No. 227. § 123.

285 CORTE IDH. Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233. § 147.

286 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 332.

287 CORTE IDH. Caso *Aptiz Barbera y otros vs. Venezuela*. Excepción preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 05 de agosto de 2008. Serie C No. 182. § 78.

pueda presenciar o conocer la actuación de los funcionarios judiciales con numerosas consecuencias prácticas en materia de prevención de la corrupción: permite y fomenta la fiscalización de la conducta de los magistrados; contribuye a la divulgación de conocimientos, ideas y conceptos en materia jurídica, como así también aumenta el grado de legitimidad y confianza por parte de la comunidad en la administración de justicia.

## E) Independencia e imparcialidad

La independencia y la imparcialidad de los organismos jurisdiccionales constituyen garantías que aseguran el correcto funcionamiento del sistema de administración de justicia, y que por ello son “requisitos indispensables para la protección de los derechos humanos y la efectividad del Estado de Derecho”<sup>288</sup>. Dichas garantías se encuentran presentes en el artículo 8.1 de la CADH, el cual prescribe que “(...) toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente y parcial”<sup>289</sup>.

En lo que se refiere a la independencia, y tal como ha resaltado la CIDH, esta tiene dos dimensiones: una institucional y otra funcional. Mientras que la primera hace referencia a que las relaciones que guardan los órganos judiciales con los otros poderes públicos del sistema, la segunda abarca las “garantías [...] para ejercer de manera libre sus labores dentro de las entidades de justicia en el conocimiento de los casos que [...] les corresponde decidir”<sup>290</sup>. De este modo, es claro que contar con garantías que aseguren la independencia de las autoridades judiciales es una manera para combatir la corrupción judicial, ya que esto permite que estas no se vean presionadas o influenciadas indebidamente para asegurar la impunidad de ciertos hechos. En esta línea, la propia CNUCC enfatiza la importancia de la independencia judicial en la lucha contra la corrupción<sup>291</sup>.

Asimismo, con el objetivo de consolidar la existencia de un poder judicial independiente se han esbozado ciertos principios y garantías que es menester desarrollar. En primer lugar pueden mencionarse los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados en 1985 y luego proclamados por la Asamblea General de la ONU. Dichos principios son los criterios que deben seguirse para una efectiva independencia y deben ser estrictamente vigilados por los organismos internacionales, como por aquellas organizaciones no gubernamentales. Dichos principios están compuestos por: (i) independencia de la Judicatura; (ii) libertad de expresión y asociación; (iii) requisitos, selección y preparación; (iv) condiciones de servicio y permanencia en el puesto; (v) secreto profesional e inmunidad; y (vi) disciplina, suspensión y destitución<sup>292</sup>.

Por otra parte, resulta pertinente distinguir aquellas garantías necesarias para asegurar la independencia del poder judicial desde la perspectiva individual. La independencia individual implica que los jueces tienen “tanto el derecho como la obligación de decidir los casos pre-

---

288 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, “La independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y los asesores y la independencia de los abogados”, Resolución 29/6, 2 de julio de 2015, A/70/53. Considerandos.

289 CADH, art. 8.1.

290 CIDH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.44. 5 de diciembre de 2013. § 27.

291 CNUCC, art. 11.1: “Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción [...]”.

292 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Los derechos humanos en la administración de justicia: Un manual de derechos humanos para jueces, fiscales y abogados*. Londres, 2010.



sentados ante ellos de conformidad con el derecho, libres de temor a la crítica personal o a represalias de cualquier tipo, incluso en situaciones en las que estén obligados a proferir juicios en casos difíciles o delicados<sup>293</sup>. Por su parte, dicha independencia se compone de un conjunto de garantías que requieren los jueces para el correcto desempeño de su función jurisdiccional en su “misión de guardianes de los derechos y libertades de las personas”. La Corte Interamericana destaca entre aquellas garantías: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas, las cuales serán desarrolladas a continuación<sup>294</sup>.

Un adecuado proceso de nombramiento remite a un conjunto de reglas y criterios preestablecidos que aseguren que aquellas personas que van a estar encargadas de impartir justicia accedan a sus cargos en función de su idoneidad para desempeñar dicha judicatura y no en función de intereses políticos. La Convención exige ciertos parámetros básicos de objetividad y razonabilidad que evite posibles nombramientos en función de criterios discrecionales. En este sentido, puede destacarse la notable injerencia que en muchos países ejerce el poder político en el poder judicial y que ciertos autores refieren como politización de la justicia entendida esta como la influencia que ejercen y/o intentan ejercer los grupos políticos sobre los jueces con el fin de aumentar su poder político<sup>295</sup>. El proceso de selección debe basarse en: (i) Criterios basados en los méritos y capacidad personal. (ii) Igualdad de condiciones y no discriminación. Dicho criterio se encuentra estrechamente relacionado con la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidad y la no discriminación por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición<sup>296</sup>. (iii) Publicidad y transparencia en el método de selección. Dicho criterio recoge uno de los principios básicos de todo sistema democrático: la publicidad de los actos de gobierno como así también la rendición de cuentas. La publicidad y transparencia en el método de selección debe ser resguardada a través de marcos normativos que la aseguren, entre las cuales puede mencionarse: la realización de audiencias públicas, publicación de listas de candidatos en diarios de circulación.

La garantía de estabilidad e inamovilidad, a criterio del Principio Básico 11 prevé que: “La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.” Asimismo, el Principio Básico 12 estipula que “Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”. En otras palabras, ambos principios garantizan la permanencia y estabilidad en sus funciones como modo de asegurar la independencia judicial individual y específicamente ante eventuales cambios de gobierno. La Corte Interamericana ha destacado que la inmovilidad y estabilidad conforman “(...) una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción.”<sup>297</sup>

293 *Ibid.*, p. 134.

294 CEJIL, *Compendio de estándares internacionales para la protección de la independencia judicial*. San José, Costa Rica. 2019.

295 La Relatoría Especial de la independencia de los magistrados y jueces de las Naciones Unidas ha advertido sobre la relación entre la politización de la justicia y el proceso de selección de los magistrados, con la consecuente afectación del sistema judicial.

296 ONU, Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, *Op. Cit.*, principio 10.

297 CORTE IDH. Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y costas. Sentencia del 30 de junio de 2009. §. 81.

Los Principios Básicos prevén la posibilidad de que el juez se vea sometido a presiones externas que tergiversen e influyen en la decisión que deba adoptar. Es por ello que ante esta situación se dictamina que: “[...] los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”

Por otra parte, al referirse a la imparcialidad ciertos autores señalan que al momento de abordar el fenómeno de la corrupción judicial es menester hacer hincapié en “[...] comportamientos en los que un funcionario judicial decide, en el marco de un proceso, en violación del principio de imparcialidad en beneficio de una de las partes y/o de sí mismo”<sup>298</sup>. De esta manera, se relaciona la falta de imparcialidad con la corrupción judicial como consecuencia se propicia el terreno para la falta de control político entre las instituciones, afectando el principio de división de poderes y socavando al estado de derecho.<sup>299</sup> A su vez, la falta de imparcialidad es terreno fértil para un contexto de mayor corrupción, con su consecuente vulneración de derechos humanos. Es por ello que debe reforzarse la imparcialidad judicial como elemento esencial para una efectiva prevención de la corrupción. Por su parte, la imparcialidad, tal como surge de la jurisprudencia la Corte IDH,

[...] exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad<sup>300</sup>.

De este modo, la imparcialidad incluye un aspecto subjetivo, referido a la manera en la cual deben resolver los casos los magistrados, y uno objetivo, que atañe a la existencia de garantías que permitan que la población no tenga dudas respecto de la imparcialidad del juzgador. Desde el punto de vista subjetivo, la imparcialidad del juzgador debe ser destruida por distintos elementos, los cuales surgirán del caso en concreto, que denoten una aversión personal al caso sometido a su juzgamiento. Por otra parte, el aspecto objetivo protege al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento. Cabe destacar que no se realiza un cuestionamiento a la investidura ni tampoco se pone en duda la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado que se trate, si no que se funda única y exclusivamente en hechos objetivos que puedan generar, en alguna de las partes, duda con respecto a su falta de imparcialidad. El fenómeno de la corrupción repercute de manera altamente negativa sobre la imparcialidad de los órganos de administración de justicia. En esta línea, no sólo es afectada por la existencia de jueces corruptos y susceptibles a ser sobornados sino también por presiones políticas en un sentido amplio, lo cual abarca “la politización del poder judicial, las lealtades partidarias de los

298 FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *Controles y desconroles de la corrupción judicial. Evaluación de la corrupción judicial y de los mecanismos para combatirla en Centroamérica y Panamá*. 2007, Washington.

299 En este sentido la resolución 71/188. Los derechos humanos en la administración de justicia aprobada por la Asamblea General se refiere a dicha cuestión de la siguiente manera: “Convencida de que la independencia e imparcialidad del poder judicial y la integridad del sistema judicial, como también la independencia de la profesión letrada, son requisitos esenciales para proteger los derechos humanos, el estado de derecho, la buena gobernanza y la democracia, así como para evitar toda discriminación en la administración de justicia, por lo que deberían respetarse en todas las circunstancias”.

300 CORTE IDH. Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2009. § 56.

jueces y todo tipo de clientelismo judicial”<sup>301</sup>, así como también por la influencia de grupos de delincuencia organizada.

En este sentido, a fin de resguardar la imparcialidad de las instituciones judiciales, existen diferentes recursos procesales tendientes a hacer cesar situaciones donde haya elementos o sospechas fundadas que den cuenta de la parcialidad de los magistrados, como es el caso de la recusación. Este recurso procesal permite el apartamiento del magistrado en el caso concreto cuando se vea menoscabada su imparcialidad, y este puede obedecer a motivos tanto por su relación con las alguna de las partes intervinientes en el proceso, como así también por una determinada actividad que llevo a cabo durante proceso en cuestión o cuando las partes temen por su falta de parcialidad. En síntesis, dicha institución actúa como una garantía para las partes y también otorga credibilidad a la función que desarrolla la jurisdicción.

Adicionalmente, otra forma de garantizar la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales incluye aquellas medidas orientadas a brindar mayor transparencia y reforzar la rendición de cuentas de los funcionarios judiciales, tales como la sanción de códigos de ética para magistrados o bien el deber de presentar declaraciones juradas de acceso público. La rendición de cuentas implica que los diferentes operadores que conforman el Poder Judicial puedan abrirse a la inspección pública, explicando y justificando sus actos, evitando, de esta manera, actos de impunidad<sup>302</sup>

Así, se ha destacado que “la mayor transparencia y el aumento del flujo de información eliminan los márgenes de discrecionalidad, la corrupción y la arbitrariedad en el comportamiento judicial”<sup>303</sup>, con lo cual contribuye a reforzar la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de la justicia. Resulta oportuno resaltar que el acceso a la información pública es un derecho humano con notable impacto en los demás derechos humanos, a su vez, es un elemento estructural en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas. La Corte ha señalado en su jurisprudencia que el artículo 13 de la Convención contiene el derecho que tiene toda persona de conocer, buscar y recibir información, cuando esta es sea de interés público. Asimismo, ha destacado que la actuación desplegada por los Estados debe regirse por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, ya que, en efecto permitirá que las personas ejerzan un control democrático sobre las gestiones estatales. Puede afirmarse que la Corte defiende un principio de máxima divulgación de la información, en la cual las restricciones a aquella son la excepción y no la regla. En cuanto sus efectos en los hechos de corrupción es interesante el parecer de la Corte y su vinculación con la opinión pública al sostener que:

[...] El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control<sup>304</sup>

301 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, “Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados”, A/HRC/35/31, 9 de junio de 2017. § 44.

302 MARIANNE GONZALEZ LE SAUX y CLAUDIO NASH ROJAS (eds.) TRANSPARENCIA, LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Informe de la tercera reunión regional de especialistas 7 y 8 de noviembre de 2011.

303 FEINMANN, VIRGINIA y ENGHEL, MARIANA (eds.). *Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial: Guía de buenas prácticas en América Latina*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2013, p. 19.

304 CORTE IDH. *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparación y Costas. 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. § 87.

Una opinión pública fortalecida permite el control a las autoridades y funciona como un mecanismo de prevención ante eventuales hechos de corrupción. En relación con el acceso a la información en el ámbito específico del poder judicial, es importante destacar la importancia de la regulación del derecho a la información en dicho ámbito, ya que permitiría fortalecer su transparencia, otorgaría los medios adecuados para su monitoreo, como así también posibilitaría el control de la actuación de los magistrados judiciales. De esta manera, se lograría consolidar “los más altos estándares de transparencia para la función judicial y por el otro, fortalecer el control democrático respecto de los operadores del sistema de justicia.”<sup>305</sup>

## F) Sistema de recursos judiciales

Dicha garantía puede definirse como la posibilidad de que las personas ante una decisión adversa puedan solicitar la revisión por parte de un juez distinto y de diferente jerarquía orgánica. El recurso persigue un nuevo examen por parte de un tribunal jerárquicamente superior que debe realizar un control sobre lo decidido. El fundamento de dicha garantía está determinado por la posibilidad de falibilidad por parte del juez, ya que en ciertas ocasiones sus decisiones pueden apartarse del ordenamiento jurídico y la parte agraviada puede solicitar su revisión. En otros términos, su finalidad es procurar que un órgano distinto pueda analizar las cuestiones vinculada a los hechos, a las pruebas y al derecho aplicado lo cual constituye una forma de control y limite a la discrecionalidad de las autoridades

La existencia de un sistema de recursos y, por ende, de superiores jerárquicos que pueden revisar la actividad de órganos inferiores, se vincula con otro de los principios indispensables para reducir la corrupción en la justicia, el cual es la rendición de cuentas. En este sentido, la CIDH destaca que

[...] [l]a rendición de cuentas tiene una base en los principios anticorrupción. Para que la rendición de cuentas pueda darse es necesario que se den ciertos requisitos: reconocimiento de legitimidad de los estándares fijados, mecanismos y procedimientos claros y establecidos por ley y normas precisas sobre las autoridades supervisoras<sup>306</sup>.

En este sentido es importante destacar que el deber de los Estados consiste en permitir un recurso judicial efectivo, es decir no es suficiente que el recurso exista en la ley procesal vigente, sino que es necesario que adquieran efectividad. En otras palabras, dicha obligación por parte del Estado conlleva que aquel recurso sea idóneo para combatir la violación, como así también efectiva su aplicación por la autoridad competente<sup>307</sup>. En efecto reforzar dicho principio implica prevenir posibles hechos que vulneren derechos humanos en el marco de la corrupción judicial. Así, la Corte en el fallo *Liakat Ali Alibux vs. Surinam*<sup>308</sup> destaca que los funcionarios que son investigados por la justicia penal deben contar con un recurso ordinario y eficaz que permita revisar aquellas sentencias condenatorias y no es compatible con el debido proceso legal que sean juzgados por una única instancia, por más superior que sea. Ello obedece a que no existe garantía alguna de que dicho pronunciamiento se encuentre ajeno de ciertos errores o vicios tanto sustanciales como procesales.

305 COALICIÓN PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. “El rol de la justicia en la lucha contra la corrupción”. Febrero de 2016, Buenos Aires.

306 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 339.

307 CORTE IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 6 de julio de 2009. Serie C No. 200 y Serie C No. 208. § 196.

308 CORTE IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

### 3. Debido proceso legal desde la óptica de la sanción. Personas acusadas de corrupción

#### 3.1. La legitimidad de la respuesta punitiva a la corrupción

Una advertencia preliminar que es menester mencionar al tratar el presente punto es el vinculado a aquella concepción que pregona que la única respuesta posible al fenómeno de la corrupción es su represión penal. La autora Marianne González Le Saux advierte de los posibles efectos negativos de esta postura recordando, de un lado, que el derecho penal debe utilizarse de forma excepcional, cuando no existe otro medio menos lesivo para la protección de un bien jurídico determinado y, del otro, que los procesos vinculados con la corrupción, al igual que todos los procesos penales, deben guiarse por el principio de proporcionalidad entre la lesión al bien jurídico, la participación y la pena aplicable<sup>309</sup>.

Por otra parte, Claudio Nash resalta y pone de manifiesto el aspecto crítico que se da en tanto derechos de los imputados por actos de corrupción. En este contexto señala que

[...] la lucha contra la corrupción puede ser utilizada como justificación para la violación de derechos fundamentales de quienes son investigado o acusados por actos de corrupción. Por otra parte, se ha señalado que el discurso de las libertades individuales, y particularmente los derechos procesales, puede ser mal utilizado para proteger a los responsables de actos de corrupción, especialmente cuando el poder judicial está cooptado por intereses corruptos<sup>310</sup>.

La lucha contra la corrupción es una deuda pendiente en la mayoría de las democracias latinoamericanas y gran parte de la sociedad está disconforme con la actuación judicial. No obstante, la persecución penal debe enmarcarse en el respeto de ciertas garantías mínimas que aseguren al imputado que la condena sea conforme al derecho y justa, toda vez que “sin este requisito se pierde legitimidad y se termina socavando el Estado de Derecho que se pretende proteger”<sup>311</sup>. La CIDH en su informe también es contundente en dicha materia al poner de manifiesto que las garantías del debido proceso legal resultan de obligatoria observancia en casos de corrupción para garantizar los derechos de las personas acusadas. La importancia está dada, por un lado en el hecho de que las causas de corrupción tienen un alto impacto en la opinión pública, y por otro lado debido a la necesidad social de conocer la verdad por parte de la ciudadanía.

Asimismo, Transparencia Internacional, una ONG cuyo objeto es promover medidas contra la corrupción política y distintos crímenes, destaca ciertos puntos centrales entre la lucha contra la corrupción y los derechos humanos que pueden (eventualmente) colisionar. Se pone de manifiesto la necesidad de advertir sobre ciertos aspectos fundamentales: por un lado interesa destacar la actividad desarrollada por ciertos gobiernos, quienes bajo un discurso y agenda destinada a combatir la corrupción, pueden vulnerar derechos humanos de sus oponentes políticos afectando, a su vez, notoriamente la calidad de las instituciones democráticas. A su

309 LE SAUX, MARIANNE, *Op. Cit.*

310 NASH ROJAS, CLAUDIO y otros. *Op. Cit.* p. 57.

311 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 345.

vez se advierte acerca de ciertos instrumentos internacionales que pueden presentar ciertos puntos confusos con respecto a los derechos humanos. En efecto, dicha organización ha mencionado a modo de ejemplo el artículo 20 de la CNUCC que permite a los Estados “considerar delito cualquier incremento significativo del patrimonio de un funcionario con respecto a sus ingresos legítimos que no se pueda justificar de manera razonable, coloca la carga probatoria en el acusado, lo cual podría considerarse que viola el derecho de los individuos a la presunción de inocencia”<sup>312</sup>

En síntesis, los siguientes estándares internacionales de derechos humanos serán desarrollados bajo una perspectiva de las partes en el marco de un proceso, específicamente el imputado. La presente sección implica reconocer la tensión que puede ocasionar el respeto por las normas de derechos humanos, en este caso específico referimos al debido proceso legal, y una investigación eficaz, lo cual lleva a referirse a los usos y abusos del principio de debido proceso legal.

### 3.2. Plazo razonable

Previamente, se hizo referencia al plazo razonable como uno de los principios a considerar para limitar la discrecionalidad del organismo jurisdiccional. No obstante, este también puede ser analizado desde la óptica del imputado, como el derecho que toda persona tiene “a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”<sup>313</sup>.

A los efectos de evaluar el cumplimiento o no de esta garantía, rige el ya mencionado estándar adoptado por el tribunal interamericano, esto es, la consideración de la complejidad del caso, la actividad de las partes, la conducta de las autoridades y las consecuencias en los derechos de las personas investigadas. Como se mencionó anteriormente, en los procesos referidos a hechos de corrupción política muchas veces resultan afectados los derechos políticos de los involucrados, siempre que se afecta su imagen pública y por ende su posibilidad de ser electos en procesos democráticos. Consecuentemente, la exigencia del plazo razonable se vuelve especialmente gravosa.

Por lo demás, en relación al plazo razonable, es también debido considerar aquellos casos en los cuales el imputado se encuentra privado de su libertad durante la sustanciación del proceso. Debido a la obvia afectación a los derechos de las partes en estos casos, es exigible una mayor celeridad y diligencia por parte de los organismos jurisdiccionales. En este punto, la Corte IDH ha entendido que “durante el período en que los acusados est[án] detenidos preventivamente, e[s] exigible del Estado una mayor diligencia en la investigación y tramitación del caso, de modo a no generar un perjuicio desproporcionado a su libertad”<sup>314</sup>.

### 3.3 Presunción de inocencia

Al igual que en todo proceso penal, en los casos que involucran hechos de corrupción rige el principio de presunción de inocencia, con lo cual el acusado tiene derecho “a que

312 RUTH MARTINÓN QUINTERO, *Corrupción y Derechos Humanos*. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Economía. Revista en cultura de la legalidad. N°10, abril – septiembre 2016, pp 8-33.

313 CADH, art. 8.1.

314 CORTE IDH. Caso *Argüelles y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288. § 196.

se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad<sup>315</sup>. Ello requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías legales<sup>316</sup>. En esta línea, algunos autores señalan que la presunción de inocencia implica para el Estado una obligación de resultado, en la medida en que “para condenar no será suficiente que los órganos de persecución penal hayan hecho el máximo esfuerzo para procurar aquellas pruebas de cargo, si estos esfuerzos no fueron coronados por el éxito y la culpabilidad no pudo ser acreditada”<sup>317</sup>.

Debido a lo expuesto, y tal como ha sido expresamente reconocido en el ámbito interamericano, la presunción de inocencia puede valorarse como regla de trato, es decir, como el derecho que tiene todo imputado a ser considerado inocente hasta tanto no recaiga una sentencia condenatoria en su contra, y como regla de juicio y prueba, la cual sitúa la carga de la prueba en la parte acusadora y exige que se resuelva en favor del acusado de no existir plena prueba de su culpabilidad. Con respecto a este último punto, se ha introducido el debate en torno a la ley de “extinción de dominio” (específicamente el decreto reglamentario 62/2019) y los derechos que estaban en juego. Dicha ley prevé la posibilidad de confiscar una cierta cantidad de bienes a partir de una decisión en la justicia civil con anterioridad a la eventual sentencia condenatoria en la justicia penal. Ciertos autores plantean la existencia de una pena sin una culpabilidad demostrada mediante una sentencia firme, a su vez se afirma que dicha ley es violatoria del principio de presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba “al presumir la culpabilidad del imputado y el carácter ilegítimo de los bienes, razón por la cual el particular se encuentra obligado a demostrar su inocencia”<sup>318</sup>.

La Corte IDH, en *Zegarra Marín vs Perú*<sup>319</sup>, aplicó expresamente los estándares en materia de presunción de inocencia a un caso donde se investigaban hechos de corrupción. En lo que aquí interesa, y de conformidad con su jurisprudencia constante, el tribunal interamericano enfatizó la exigencia de que nadie sea condenado salvo prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías. Desde el punto de vista procesal, se recordó que esta garantía se traduce en la obligación de la parte acusadora, sobre quien recae la carga de la prueba, de demostrar de manera fehaciente la culpabilidad del imputado.

Asimismo, las especificidades de los procesos vinculados con hechos de corrupción exigen que se le preste especial atención a la cuestión de las declaraciones de los coimputados como medio de prueba. Estas solo pueden tener un valor indiciario y no conclusivo y, por tanto, es necesario que los hechos sean corroborados por otros medios probatorios. La cuestión mencionada adquiere relevancia en aquellas causas donde aparece aquella figura central conocida como *arrepentido*, lo cual resulta insuficiente para demostrar la responsabilidad penal de un sujeto por los hechos atribuidos y solo adquiere carácter indiciario. Así, la Corte IDH ha

315 CADH, art. 8.2.

316 CORTE IDH. Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. § 120. Entre muchos otros.

317 CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO. *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. Págs. 86-97.

318 LEANDRO A. DÍAS y JOSÉ R BÉGUELIN, Argentina en RESPUESTAS NACIONALES E INTERNACIONALES AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN Particular atención al ámbito iberoamericano. Perspectivas iberoamericanas sobre la justicia. 2020.

319 CORTE IDH. Caso *Zegarra Marín vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331. § 121-126.

afirmado que si bien este tipo de instituciones resultan compatibles con la CADH, no puede soslayarse

la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado [...] cuando es la única prueba en que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia<sup>320</sup>.

Por otra parte, al realizar un análisis de la “ley del arrepentido” pueden desarrollarse diferentes objeciones a dicho instituto vinculadas a su posible ilegitimidad desde el punto de vista del debido proceso legal. Un primer cuestionamiento se vincula a la contradicción con la exigencia convencional mediante la cual toda persona “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”<sup>321</sup>. Dicho instituto tiende a presionar a la persona imputada a declararse culpable, ya que se crea un contexto mediante el cual dicha confesión le trae aparejado ciertos beneficios, es decir la reducción sustancial en el monto de la pena. Un segundo cuestionamiento esbozado por la doctrina se vincula a la violación al principio de igualdad, aquella persona que cuenta con una información relevante parecería recibir un trato distinto por la ley en relación con la persona que no lo cuente<sup>322</sup>

### 3.4 Derecho de defensa

Otra garantía de insoslayable importancia para los imputados está constituida por el derecho de defensa. Consagrado por el artículo 8.2 de la CADH, abarca una multitud de garantías tales como “la comunicación [...] previa y detallada de la acusación formulada”<sup>323</sup>, la concesión del “tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”<sup>324</sup>, el derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor –particular u oficial–, con quien debe poder comunicarse libremente<sup>325</sup> y el derecho a examinar de manera amplia la prueba producida durante la tramitación del proceso, así como de producir aquella que considere necesaria<sup>326</sup>. En suma, representa un “componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como un objeto del mismo”<sup>327</sup>.

En los casos que involucran hechos de corrupción, resulta de particular interés los alcances que pueden tener las declaraciones de testigos protegidos o con identidad reservada. En efecto, debido a que este fenómeno suele involucrar la participación de redes de criminalidad organizada, en múltiples ocasiones las personas que pueden tener declaraciones pertinentes que prestar en torno a los sucesos ocurridos únicamente están dispuestas a testificar si se les ofrecen determinadas garantías de protección de su identidad o de su indemnidad física –la

320 CORTE IDH. Caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303. § 133.

321 CADH, art. 8.2 inc. g.

322 LEANDRO A. DÍAS y JOSE R BÉGUELIN, Argentina en RESPUESTAS NACIONALES E INTERNACIONALES AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN Particular atención al ámbito iberoamericano. Perspectivas iberoamericanas sobre la justicia. 2020.

323 CADH, art. 8.2 inc. b.

324 *Ibíd.*, inc. c.

325 *Ibíd.*, inc. d y e.

326 *Ibíd.*, inc. f.

327 CORTE IDH. Caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303. § 153.



cual en ocasiones se asegura evitando que el testigo se presente durante la audiencia de juicio—. Ello trae, como consecuencia inevitable, que la parte acusada no pueda controlar la prueba al verse vedada de la posibilidad de contra examinar al testigo<sup>328</sup>.

Si bien este tipo de medidas han sido admitidas por el tribunal interamericano, su utilización por parte de las autoridades judiciales exige la adopción de ciertos contrapesos que compensen la afectación al derecho de defensa del imputado. En este sentido, se ha valorado que resulta necesario ante todo que el magistrado conozca la identidad del testigo y tenga la oportunidad de observarlo durante el interrogatorio, de forma de poder formar una opinión acerca de su confiabilidad. Adicionalmente, es preciso que se le conceda “a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso, sobre cuestiones que no estén vinculadas con su identidad o paradero actual”<sup>329</sup>.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el derecho de defensa se integra también por el derecho a recurrir las sentencias, el cual ha sido desarrollado precedentemente como es una garantía para el control de las autoridades encargadas del juzgamiento de hechos de corrupción. En efecto, debe garantizarse al imputado el acceso a un recurso judicial que permita la revisión tanto de hecho como de derecho de las cuestiones debatidas.

### 3.5 La libertad durante el proceso

Un punto especial a considerar es “el derecho de la persona imputada de un delito a permanecer en libertad durante el proceso”<sup>330</sup>, el cual se desprende de la armonización del derecho de toda persona a su libertad personal<sup>331</sup> con la ya mencionada presunción de inocencia de la que gozan los acusados.

Esta garantía, claro está, no resulta absoluta, siempre que el propio ordenamiento interamericano establece que las personas pueden ser privadas de su libertad “por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones [...] o por las leyes dictadas conforme a ellas”<sup>332</sup>. Pese a esto, no toda previsión legal justificaría el encierro preventivo de una persona, toda vez que la CADH prohíbe la “detención o encarcelamiento arbitrarios”<sup>333</sup>. Así, la Corte IDH, en una larga evolución jurisprudencial<sup>334</sup>, ha concluido que la privación de la libertad de una persona durante el proceso “debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la justicia”<sup>335</sup>. De tal forma, las únicas causales de privación cautelar de la libertad obedecen a motivos procesales, no pudiendo por ende entrar en consideración razones tales como las condiciones personales del imputado o la gravedad del hecho que se imputa.

328 CORTE IDH. Caso *Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319. § 205.

329 CORTE IDH. Caso *Norín Catrیمان y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279. § 246.

330 CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO. *Op. Cit.* p. 213.

331 CADH, art. 7.

332 *Ibíd.*, art. 7.2.

333 *Ibíd.*, art. 7.3.

334 La cual, puede decirse, se inicia con el Informe 2/97 de la CIDH, que enumera cinco motivos que justifican la prisión preventiva: el riesgo de fuga, el peligro de comisión de nuevos delitos, la necesidad de investigar, el riesgo de presión sobre testigos y la preservación del orden público (cfr. CIDH, Informe n° 2/97. § 26-37).

335 CORTE IDH. Caso *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187. § 74.

Adicionalmente, el tribunal interamericano ha destacado en reiteradas ocasiones que la prisión preventiva debe ser idónea para prevenir los peligros procesales expuestos y resulta la medida menos gravosa para los derechos de las personas<sup>336</sup> y debe ajustarse a un plazo de duración razonable, para lo cual es preciso que se encuentre “sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción”<sup>337</sup>.

Todo lo mencionado adquiere especial relevancia en los procesos vinculados a hechos de corrupción, en los cuales frecuentemente se relajan los estándares y, por ejemplo, se utiliza a la gravedad de los hechos como un justificativo para la imposición de medidas de encierro cautelar. La CIDH advierte contra ello, poniendo por el contrario el énfasis en que incluso en estos casos la prisión preventiva

[...] debe ser una medida excepcional, y toda decisión por medio de la cual se restrinja el derecho a la libertad personal [...] deberá contener una motivación suficiente e individualizada que permita evaluar si [...] se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación<sup>338</sup>.

Por lo demás, y tal como se ha destacado en el acápite correspondiente al plazo razonable, la evaluación del plazo de duración de estas medidas se torna particularmente estricto en el caso de los hechos que involucran a figuras políticas, siempre que en estos casos se corre el riesgo de interferir con sus derechos a ser electos mediante procesos democráticos.

336 CORTE IDH. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. § 93.

337 CORTE IDH. Caso *Argüelles y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288. § 121.

338 CIDH. *Corrupción... Op. Cit.* § 358.

## 4. Nuevos horizontes de los procesos por delitos de corrupción: el lugar de la víctima y los denunciantes

### 4.1 Derechos de las víctimas

Frente a la comprensión tradicional del derecho penal, que consideraba que las víctimas en tanto no se constituyeran en partes querellantes no formaban parte del proceso, en la actualidad existe una revalorización del rol de la víctima, a la cual se le pretende otorgar un mayor grado de participación e incluso de decisión en el devenir judicial del hecho ilícito que la afectó.

Frente a este panorama, debe señalarse que la Corte IDH ha desarrollado un concepto de víctima a través de su jurisprudencia. La primera concepción “clásica” de víctima consideraba solo a aquellas personas que sufrían por parte del Estado una violación a los derechos humanos, luego, se dio lugar a una concepción más amplia en la cual se diferencian “víctimas directas” y “víctimas indirectas” de las violaciones a los derechos humanos<sup>339</sup>. En un sentido amplio, puede notarse en los últimos años un intento, por parte de las diferentes legislaciones latinoamericanas, de otorgarle mayor entidad con ciertas garantías y protecciones a las víctimas del delito plasmando dicho interés en distintos instrumentos normativos. Asimismo, la legislación argentina en la ley 27372 denominada “ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos”, define y considera víctima:

- “a) A la persona ofendida directamente por el delito;
- b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieron tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.”<sup>340</sup>

En este contexto, resulta menester advertir sobre las dificultades que implicaría reconocer a las posibles víctimas en un proceso penal de una causa de corrupción, como así también con que alcance puede delimitarse a las víctimas en dicha proceso. En efecto, no es objeto de este trabajo delimitar y profundizar acerca de la problemática de la víctima en los casos de corrupción. Sin embargo, interesa plantear el debate en torno al derecho de la sociedad en general como posible víctima de los casos de corrupción, su impacto en el derecho procesal y la posibilidad de constituirse, a través de una institución que resguarde los intereses colectivos, como querellante particular en el caso concreto. Es menester recordar que gran cantidad de la tipificación penal de los hechos de corrupción tutela aquellos bienes jurídicos contra la administración pública, no obstante se ha mencionado la cantidad de efectos que dichos actos producen en materia de derechos humanos: educación, salud, acceso a la justicia, entre otros. La posibilidad de constituirse como querellante trae aparejada enormes consecuencias desde el punto de vista procesal: se traduce en la posibilidad de convertirse en parte acusadora, es decir pasa a ser parte en el proceso. Sus funciones serán impulsar el proceso; proporcionar

339 DPLF, Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas.

340 Ley 27.372 denominada “ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos”, año 2017.

elementos de convicción durante la etapa instructora; argumentar sobre los elementos probatorios; impugnar todas aquellas decisiones que estén previstas como que puede recurrir<sup>341</sup>

Interesa destacar la modificación operada a partir de la Ley 27.063, específicamente el artículo 84 en virtud del cual prescribe que podrán querellar, además de la víctima:

“b. Las asociaciones o fundaciones, en casos de crímenes de lesa humanidad o de **graves violaciones a los derechos humanos** siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren registradas conforme a la ley”<sup>342</sup>(el destacado fue agregado)

De dicha norma puede extraerse que algunas personas jurídicas tienen potestad para ser querellante siempre y cuando no lo tengan prohibido de forma expresa en sus estatutos. Por otra parte, resulta relevante destacar lo sucedido en una causa de corrupción del año 2018 en la cual la Sala II de la Cámara Federal de la Plata permitió constituirse como querellante a la ONG “poder ciudadano” en el marco de causa de corrupción. En su presentación, dicha organización alegó que debería considerarse como víctimas a aquellos ciudadanos que se vieron privados de tener acceso y gozar de diferentes derechos esenciales a partir de las maniobras dolosas perpetuadas por los funcionarios. Además, dicha fundación tenía previsto en su estatuto objetivos como: trabajar por una mayor eficiencia e independencia de la justicia; apoyar la administración de justicia y la plena vigencia del orden jurídico y del estado de derecho; apoyar e impulsar proyectos o investigaciones tendientes a lograr una mayor transparencia y eficiencia de los procedimientos judiciales y/o administrativos, entre otros. Además, uno de los elementos más importantes del caso fue la calificación por parte del tribunal de los hechos de corrupción como graves violaciones a los derechos humanos. De esta manera, el tribunal plantea que “*estamos obligados a efectuar una interpretación amplia y progresiva de las normas que incorporan aspectos relacionados con los derechos humanos. De manera tal, de procurar la máxima protección que nuestro ordenamiento jurídico exige*”<sup>343</sup>. Resulta totalmente novedosa dicha interpretación y a su vez le permite cumplir con la exigencia prevista en el artículo 84 del Código Procesal Penal Federal.

## 4.2. La figura del alertador

### 1. Generalidades

La figura del denunciante, alertador o *whistleblower*, que presenta antecedentes en la legislación anglosajona de larga trayectoria<sup>344</sup>, ha comenzado a ser introducida en diversos Estados de manera paulatina. La repercusión mediática de ciertos casos célebres y una renovada sensibilidad ciudadana hacia la prevención y lucha contra la corrupción, propiciaron un debate en el seno de las sociedades democráticas en torno a la necesaria protección legal de esta figura, derivando en la aprobación de diversos instrumentos legales que protegen y amparan

341 Código Procesal Penal de la Nación. Art. 82.

342 Código Procesal Penal Federal. Ley 27.063. Art. 84.

343 CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA, SALA II. “*Avrutin Suárez, Marcelo E. y otros s/incidente de falta de acción*”, 2018.

344 Algunos ejemplos de antecedentes legislativos de referencia en la materia son la *Public Interest Disclosure Act* (mejor conocida como PIDA por sus siglas en inglés) o la *Whistleblowing Protection Act* de Estados Unidos.

al alertador de forma eficaz<sup>345</sup>. El reconocimiento ciudadano de las personas alertadoras, ha contribuido a forjar una percepción positiva en torno a la figura, en contraposición a la connotación negativa tradicional que tenía la imagen del “chivato”, “delator” o “soplón”.

El debate en torno a la figura del *whistleblower*, se viene centrando con mayor notoriedad en el ámbito europeo y en los denominados países desarrollados. El contexto latinoamericano no permaneció ajeno a la figura<sup>346</sup>, aunque la discusión fue menor y aún no logró calar su efectiva implantación. Hoy en día varios gobiernos en la región comienzan a ser conscientes de la necesidad de amparar a los alertadores, dando lugar a debates parlamentarios en la materia o incluso a la discusión de iniciativas legislativas que pretenden brindar una protección eficaz a dichas personas.

La introducción de la figura legal del *whistleblowing*, pretende la creación de un entramado normativo e institucional complementario a la legislación vigente o integrado en la misma que establezca una serie de medidas de protección específicas dedicadas a personas que denuncien delitos, malas prácticas o irregularidades dentro del ámbito público o privado. Lo que se persigue es dar solución a un problema esencial, la creciente criminalidad no detectada. Y ello es factible conseguirlo a través del establecimiento de ciertas garantías en una norma de ámbito nacional de nuevo cuño o que sirva para unificar, reforzar y dotar de utilidad a las medidas ya existentes en los diferentes ámbitos jurisdiccionales, allí donde las haya. De esa manera la protección no dependerá de la discreción del juez competente tras la interpretación de las diversas normas, ni ésta llegará a la persona denunciante de forma tardía con la sentencia, cuando posiblemente el daño ya esté consumado, tal y como sucede en la actualidad en gran parte del ámbito latinoamericano. La ausencia de una norma de ámbito nacional que coordine e incremente las diversas medidas de protección que potencialmente se podrían llegar a conceder a través de los diferentes órdenes jurisdiccionales en los que una denuncia despliega sus efectos, puede ocasionar que el potencial informante o denunciante desista de manera anticipada y, de no hacerlo, que alcance la fase judicial ya desgastado por el tortuoso proceso previo. Asimismo, la implementación deficiente de un sistema de protección de diseño defectuoso provoca un efecto similar, generando como mínimo el desistimiento precoz por parte del posible denunciante y como riesgo extremo la puesta en peligro de su vida por haberse introducido en un sistema que en la mayoría de los casos ni siquiera garantiza de forma efectiva el anonimato o la confidencialidad<sup>347</sup>.

Hoy está demostrado<sup>348</sup> que los sistemas de protección de alertadores o denunciantes, allí donde son implementados, logran no solo brindar una protección eficaz a personas que deciden dar un paso adelante para prevenir la corrupción u otro tipo de irregularidades, sino también mantener los recursos públicos a salvo de intereses espurios. Los diversos casos que salieron a la luz a partir de denuncias individuales ponen de manifiesto que los *whistleblowers* o alertadores cumplen un rol esencial en la prevención y exposición

---

345 Una de ellas es la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, cuya transposición es obligatoria para los Estados Miembro de la Unión Europea a partir del mes de diciembre de 2019.

346 La incorporación de la figura legal del alertador o denunciante viene siendo debatida y estudiada desde hace años por organismos supranacionales de los cuales forma parte algunos o todos los países del ámbito latinoamericano tales como la Organización de Estados Americanos (OEA), el Grupo de los 20 (G-20) y Organización de Cooperación y Desarrollo económico (OCDE).

347 AMOEDO, DANIEL. *La necesaria introducción de la figura del alertador (whistleblower) en el ámbito legal latinoamericano*. P. 3 (introducción). Disponible en: <https://www.latamleaks.lat/assets/informe-juridico.pdf>.

348 Numerosas estadísticas y datos oficiales avalan la conveniencia de la implantación de un sistema de protección de denunciantes.

no solo de la corrupción, sino también del fraude, la mala gestión o los actos ilícitos que ponen en riesgo la salud, la seguridad, el medio ambiente, los derechos humanos, la integridad corporativa o el estado de derecho<sup>349</sup>. Las denuncias realizadas por particulares, funcionarios públicos o trabajadores privados en el ejercicio de sus funciones dejan a menudo en evidencia las carencias legislativas, la falta de controles o las disfunciones éticas existentes en la Administración Pública o en la empresa privada, encaminando hacia mejoras necesarias en la prevención, detección, investigación y procesamiento de los hechos irregulares. Mediante la revelación de información que conduce a la investigación y persecución de conductas ilícitas, irregulares o éticamente reprochables, los *whistleblowers* han logrado salvar vidas y ahorrar a las arcas públicas una cantidad significativa de recursos económicos, evitando la aparición de nuevos casos de corrupción o previniendo su agravamiento<sup>350</sup>.

## 2. La incorporación de la figura del alertador o *whistleblower* en el ámbito de la sociedad civil

Asimismo, la proliferación de mecanismos y medidas de protección en torno a la figura del denunciante o alertador está teniendo una acogida considerable en el ámbito de la sociedad civil. Ante la falta de una legislación que articule un sistema de protección eficaz, diversas ONG especializadas se están movilizando para poner en marcha herramientas que están cosechando importantes resultados en la revelación de tramas corruptas o ilícitos<sup>351</sup>. Dichas herramientas consisten, básicamente, en crear canales seguros de denuncias, a través de los cuales se pueda recibir y analizar información sobre irregularidades o hechos que pudieran ser constitutivos de delito, con la intención de comunicarla posteriormente a la fiscalía y garantizando el anonimato del denunciante o alertador. Si bien se trata de una mera intermediación, dichos canales en determinados casos resultan esenciales para destapar hechos ilícitos que de otra forma permanecerían ocultos, ya que en determinados países<sup>352</sup> los denunciantes tienen una mayor confianza en las organizaciones de la sociedad civil que en cualquier autoridad del Estado, por temor a las posibles represalias que pudieran derivarse tras poner los hechos en conocimiento de las autoridades. Dichos canales informáticos incorporan la última tecnología en la materia, incluyendo Globaleaks<sup>353</sup> y TOR<sup>354</sup>.

349 Casos como el de Mark Klein, Chelsea Manning o Hervé Falciani entre los más conocidos a nivel internacional.

350 AMOEDO, DANIEL. *La necesaria introducción de la figura del alertador (whistleblower) en el ámbito legal latinoamericano*. P. 4 (introducción). Disponible en: <https://www.latamleaks.lat/assets/informe-juridico.pdf>.

351 La plataforma *Mexicoleaks* otorga un tratamiento integral a la información que recibe, consistente en clasificar, analizar, transmitir a las autoridades y, en su caso, construir campañas de incidencia a partir de la información sobre irregularidades que le llega a través de la plataforma. En todo momento garantizan el anonimato de la persona denunciante. Para más información: <https://mexicoleaks.mx/>.

352 Así ocurre en países como Italia, donde la imbricación de las organizaciones ilícitas en el Estado es una realidad. Allí, la organización *Transparency International* mantiene un canal de denuncias para denunciar la corrupción. Más información en el siguiente enlace: <https://www.transparency.it/cosa-facciamo/supporto-ai-segnalanti>.

353 Aplicación web proporcionada de forma gratuita por el *Hermes Center for Digital and Human Rights*.

354 Navegador *web* o *browser* que no permite identificar la fuente IP de la persona que reporta la información.

### 3. El alertador o *whistleblower* en la legislación argentina

Debe comenzar señalándose que la ley 25.764 no incluye de forma explícita la figura del denunciante, toda vez que se aplica únicamente a testigos, víctimas e imputados arrepentidos<sup>355</sup>.

La omisión de la figura del denunciante o alertador<sup>356</sup> en nuestra legislación, deja fuera del sistema de protección a un amplio espectro de personas que podrían llegar a tener un papel crucial en la persecución de ilícitos, contribuyendo a la lucha contra la corrupción y al fin de la opacidad en nuestras instituciones públicas<sup>357</sup>. Más aún, la incorporación de esta figura podría facilitar la detección de la creciente criminalidad dentro de la empresa, ámbito que en la actualidad resulta de difícil acceso para la justicia<sup>358</sup>, dada la dificultad existente en detectarla desde fuera mediante la utilización de medios judiciales y policiales<sup>359</sup>.

Debido a ello, y atento a la exigencia de protección a los denunciantes establecida por numerosos documentos internacionales<sup>360</sup>, resulta pertinente que el Ministerio Público considere la posibilidad de adoptar ciertas pautas de actuación que eviten la obstrucción de la denuncia y permitan la incorporación paulatina de la figura del denunciante a nuestro derecho<sup>361</sup>, en consonancia con lo establecido por los acuerdos internacionales y de cooperación en materia de corrupción de los que Argentina es parte<sup>362</sup>.

---

355 AMOEDO, DANIEL, “La necesaria introducción de la figura del alertador (*whistleblower*) en el ámbito legal latinoamericano”, Latamleaks, consultado el 8 de agosto de 2020, <https://www.latamleaks.lat/assets/informe-juridico.pdf>. p. 16.

356 Denominación alternativa a la de denunciante que comienza a configurarse a nivel internacional como la más apropiada, dado que carece de la connotación negativa asociada tradicionalmente a la palabra “denunciante”, que a menudo se relaciona con “soplón”, “buchón” y otras.

357 Esta afirmación está alineada con el articulado de la Ley Modelo de protección de denunciantes y testigos de la OEA, que incluye ambas figuras –denunciante y testigo– y establece niveles de protección diferenciados para cada una de ellas. También se ajusta a lo señalado como buena práctica en materia de legislación de *whistleblowing* por la organización *Transparency International*, concretamente con el principio 14 del documento “*A Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation*”, p. 28.

358 Es conocido lo complejo que resulta tener acceso a los ilícitos que se cometen en el seno de las empresas e instituciones públicas, dado que es difícilmente detectable. En dicho contexto, el principal instrumento para contrarrestar de forma eficaz el difícil acceso de la justicia, es la denuncia interna. Para mayor información, ver: <https://almacenederecho.org/la-directiva-ue-de-proteccion-de-alertadores-perspectiva-penal>.

359 Numerosos estudios avalan y recomiendan la conveniencia de regular esta figura en el ámbito interno de la empresa, dado que allí donde existe normativa específica, prácticamente la mitad de los ilícitos cometidos en el ámbito privado solamente son conocidos, sancionados e investigados a partir de denuncias internas.

360 Concretamente, los siguientes: Estudio de la OCDE sobre la Integridad de la Argentina (2019), Informe Argentina MESICIC (2017), Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Art. 33°), G20 *Anti-corruption Working Group Accountability Report 2018* (págs. 18 y 19), entre otros.

361 La conveniencia de la incorporación de esta figura, no solo es aconsejada por los textos internacionales. La experiencia nos indica que gracias a la denuncia interna, es posible descubrir en torno al 40% de los casos de fraude, según un riguroso estudio de la *Global Fraud Study, 2014, de la Association of Certified Fraud Examiners*, que se puede ver aquí: <https://www.acfe.com/rtn/docs/2014-report-to-nations.pdf>.

362 Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Grupo de Trabajo Anticorrupción (ACWG) del G20 y Grupo de Trabajo de Altos Funcionarios de Integridad Pública de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Dado que la competencia legislativa referente a la protección de testigos e imputados no es privativa del Estado Nacional<sup>363</sup>, coexisten junto al *Programa Nacional de Protección a testigos e imputados*, que establece la ley 25.764, otros programas, sistemas y agencias de protección de víctimas y testigos. Algunas provincias, a través de sus legislaciones, han ido incorporando al sistema de protección a las personas que denuncian hechos de carácter delictivo sin necesidad de que éstas ostenten la condición de víctimas o sean testigos directos de los hechos. Las legislaciones a nivel provincial que mejor receptan esta figura son la Ley 5.101 de la provincia de Río Negro del año 2016, que establece la creación de *Régimen de Testigos Protegidos en la Provincia de Río Negro*; la Ley 13.494 de la provincia de Santa Fe del año 2015, a través de la cual se crea el *Programa Provincial de Protección y Acompañamiento de Testigos*; y la ley 6.115 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Ley rionegrina establece en su artículo 1º como finalidad principal “...la protección de personas que pudieran aportar o aporten información o pruebas en hechos delictivos que por su gravedad y/o complejidad en la organización y/o comisión, causen conmoción a la comunidad o a sus instituciones [...]”<sup>364</sup>, lo que supone no solo la receptación de una figura asimilable a la del denunciante o alertador entendida de una forma similar a como la hace el derecho internacional en la materia, sino que además supone la ampliación del ámbito objetivo con respecto a la Ley nacional, ya que no se limita solo a los delitos 142 bis, 170, 204 y los delitos previstos por las leyes 23.737 y 25.24 como lo hace aquella, sino que utiliza un término genérico -hechos delictivos- que podría significar la ampliación de su ámbito de aplicación a cualquier delito tipificado.

Asimismo, es posible encontrar en esta misma ley otra nota novedosa alineada con las buenas prácticas internacionales en materia de *whistleblowing*<sup>365</sup> o protección de denunciantes, concretamente en el artículo 2º. El mismo habilita la posibilidad de que las partes implicadas en el proceso puedan solicitar por sí mismas el ingreso al programa de protección de testigos, lo que supone un claro avance en relación a la legislación nacional, ya que de esta manera se obliga a la valoración de la situación del peticionario cuando la solicitud no se haga de oficio. En la Ley 25.764 no se regula dicha posibilidad y la petición de entrada al programa queda solo a criterio de las autoridades intervinientes, así como las medidas de protección, que “[...] serán dispuestas, de oficio o a petición del fiscal, por el juez o tribunal a cargo de la causa [...]”<sup>366</sup>.

Por su parte, la ley santafesina establece en su art. 2 “el Programa ampara a toda persona que verosímelmente se encuentra en riesgo cierto de sufrir un atentado contra su vida, integridad, libertad, o en sus bienes, como consecuencia de haber sido víctima o testigo de un delito, o bien por haber colaborado en la investigación de un delito o participado en un proceso penal, sea en carácter de Juez, Fiscal, Defensor o funcionario judicial [...]”<sup>367</sup>. En este precepto, si bien la carga de probar esa verosimilitud del riesgo supone una obligación inasumible para cualquier denunciante, también registramos un avance en relación a la legislación nacional, ya que de la frase “[...] por haber colaborado en la investigación de un delito [...]” se deduce la posibilidad de que una persona denunciante pueda beneficiarse del programa de protección sin tener la condición de víctima o testigo, requisito por otro lado indispensable en la legislación nacional.

363 Conforme a los arts. 5, 75 inc. 12, 121, 122 de la Constitución Nacional, que regulan las facultades delegadas y no delegadas al Estado Nacional.

364 Ley provincial 5.101, Río Negro, Argentina.

365 Tal y como se denomina internacionalmente a la protección de denunciantes o alertadores.

366 Ley 25.764 art. 2.

367 Ley provincial 13.494, Santa Fe, Argentina.



Asimismo, en el artículo 6° de esta misma ley, encontramos un nuevo punto destacable y en consonancia con las buenas prácticas internacionales en la materia. En el mismo se insta a resolver con la mayor celeridad posible el ingreso al programa de protección, eliminando cualquier posible traba burocrática, lo que se ajusta a la necesidad de muchas personas denunciadas que se encuentran bajo un riesgo inminente de peligro y por tanto requieren de una actuación inmediata por parte de las autoridades.<sup>368</sup>

Otro avance interesante que se incluye en ambas leyes es la clara intención de aligerar la carga probatoria que recae sobre la persona que solicita la protección, a través de la utilización de fórmulas menos restrictivas tales como “a toda persona que verosímilmente se encuentra en riesgo”<sup>369</sup> o “por las características de la investigación se presume la existencia de peligro cierto”<sup>370</sup>. Estas disposiciones suponen un claro contraste con la redacción de la Ley 25.764, que imponen como condicionante a la concesión de la protección una colaboración “trascendente y eficiente en una investigación judicial”<sup>371</sup>.

#### 4. Recapitulando

Constatada la íntima y nociva relación que existe entre los graves hechos de corrupción y la afectación de derechos humanos, se ha intentado ilustrar en estas líneas el rol que desempeñan las garantías del debido proceso previstas en los tratados internacionales y la interpretación que le han atribuido los órganos considerados *intérpretes autorizados* de los mismos, a efectos de elucidar algunos estándares precisos a la hora de abordar procesos penales por delitos de corrupción.

En ese afán, se abordó en primer lugar la corrupción judicial, y específicamente, aquellos defectos de la administración de justicia que socavan la posibilidad de perseguir con eficacia esta clase de delitos. Para ello alistamos las principales garantías ponderadas por los organismos internacionales destinadas a limitar la discrecionalidad y arbitrariedad judiciales; que a la par, aseguren el castigo y la prevención de estos delitos. Allí destacamos:

- a. la necesidad de resolver dentro un plazo razonable, el cual debe medirse en cada caso concreto identificando la complejidad del asunto, la actividad procesal de las partes, la conducta de la autoridad judicial y la afectación generada en la situación jurídica de los involucrados.
- b. el derecho de la sociedad (y no sólo de las víctimas) a conocer la verdad.
- c. el deber de investigar de modo eficiente (obligación de medios, no de resultados) y con estricto apego a los límites marcados por el principio de proporcionalidad en materia de afectación de derechos humanos, y al derecho a la intimidad de los involucrados.
- d. el deber de motivación de las resoluciones judiciales, como necesaria exteriorización de los fundamentos tenidos en cuenta para arribar a una solución concreta.
- e. la importancia de la independencia e imparcialidad del juzgador como requisito ineludible de legitimidad.

368 Ley provincial 13.494 art. 6, Santa Fe, Argentina.

369 Ley provincial 13.494 art. 2, Santa Fe, Argentina.

370 Ley provincial 5.101 art. 3, Río Negro, Argentina.

371 Ley 25.764 art. 1.

- f. el derecho a acceder a un sistema de recursos judiciales que garanticen la posibilidad de acudir a otro juez revisor ante una resolución adversa.

Desde otro ángulo, también se analizaron las garantías del debido proceso en cuanto protegen a aquellas personas acusadas por la presunta comisión de estos delitos, haciendo hincapié en que más allá de su gravedad, también están amparados por la misma protección legal, constitucional y convencional. Allí se hizo especial mención de: a) el plazo razonable para encontrarse sometido a un proceso; b) la presunción de inocencia, en donde se apuntaron algunas objeciones a la ley argentina de “extinción de dominio” y la declaración de consortes de causa (arrepentidos); c) el derecho de defensa, que a su vez abarca una multitud de garantías durante todo el proceso; y d) la libertad como regla durante el proceso.

Finalmente, se abordaron algunas aristas que pueden considerarse novedosas en el procedimiento penal argentino, en cuanto implicaron la incorporación de dos actores antes ajenos, a saber, la víctima y el denunciante.

Se enunciaron algunos hitos de la paulatina incorporación de las víctimas en el proceso penal, que desembocó en la sanción de la ley nacional 27372 (ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos), y sin perjuicio de la dificultad de identificar con claridad este actor en casos de corrupción se recordaron algunos casos jurisprudenciales que dieron cuenta de su actividad procesal concreta y el reconocimiento de la judicatura, que de algún modo ha revalorizado su rol.

Por último se ponderó el rol del denunciante alertador (el *whistleblower* del derecho anglosajón), cuya incorporación resulta clave en este tipo de investigaciones donde, en general, cabe desbaratar redes organizadas de corrupción. Allí se dejó nota de que en Argentina no se reglamentó con amplitud esa figura (pues la ley 25764 sólo refiere a testigos, víctimas e imputados) pero, al mismo tiempo, se reconoció que encontrándose protegido el denunciante por tratados internacionales de Derechos Humanos, corresponde al organismo acusador elaborar algunas pautas de actuación que, respetando todas las garantías pertinentes (y tomando ejemplos vigentes en el país –en atención a su carácter federal–), implementen mecanismos destinados a lograr una mayor eficacia en la persecución de estos delitos.

De este modo, procuramos puntualizar en estas líneas los temas principales que atañen al debido proceso legal en la investigación y sanción de la corrupción, teniendo en cuenta, por un lado, la corrupción judicial, y, por otro, los derechos de toda persona sometida a un proceso penal. Todo ello con el claro objetivo de elaborar un encuadre teórico que permita enmarcar las aristas salientes de este fenómeno transnacional para elaborar una guía de actuación para el Ministerio Público, el cual tiene a su cargo la persecución de estos delitos, y al mismo tiempo velar por la protección de todos los derechos humanos en juego.

## B. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN<sup>372</sup>

### 1.1. La libertad de expresión y su relación con la democracia representativa

A primera vista parece difícil encontrar una íntima relación entre el fenómeno de la corrupción y la libertad de prensa, más allá de la importancia del acceso a la información pública. Sin embargo, analizado este derecho fundamental en clave de derechos humanos, veremos cómo una desprotección de la libertad de prensa impacta necesariamente en una pobre institucionalización y una endeble democracia.

Nos proponemos analizar aquí las nociones principales de la libertad de expresión, junto con los alcances brindados por los organismos internacionales encargados de su protección, la Relatoría Especial de Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>373</sup>.

De este modo intentamos aportar los elementos emergentes del entrecruzamiento necesario entre la corrupción y la libertad de expresión.

Cabe recordar, a modo ilustrativo, que en toda democracia representativa existe un sistema de división y control del poder, caracterizado por: a) la publicidad de los actos de gobierno; b) la responsabilidad de los funcionarios públicos; c) la periodicidad de los cargos y mandatos electivos; y d) la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley<sup>374</sup>.

De allí se desprende la responsabilidad de los gobernantes ante el electorado y el deber de rendir cuentas periódicamente por su gestión; además del derecho de acceso a toda información que se refiera al manejo de los negocios o asuntos gubernamentales, a temas o personalidades institucionales, y, de modo especial, respecto a aquellas cuestiones de relevancia o interés público.

La forma de conocer esos actos es posible a través de la libertad de los medios técnicos de comunicación social, es decir, la prensa, respecto de la cual rige el principio de restricción de censura previa, con los alcances que en su momento desarrollaremos.

Según define la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) la libertad de expresión comprende el derecho que tiene toda persona a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”<sup>375</sup> y refleja, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) “la virtud que acompaña —y caracteriza— a los seres humanos [...] de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso

372 Agradecemos los comentarios y sugerencias hechas por el Dr. Ignacio Boulin sobre el presente capítulo de Libertad de Expresión.

373 La referencia a la jurisprudencia del TEDH ostenta relevancia en nuestro orden jurídico, no sólo en aras de un diálogo jurisprudencial de tinte especulativo, sino también porque la misma Corte IDH así lo ha entendido a efectos de interpretar la CADH (desde el Caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12/11/1997) y también la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en los Casos *Dieser* y *Movimiento Popular Tres Banderas*, entre otros).

374 GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Bs. As., 2006 (3ra. ed.), La Ley, p. 21.

375 CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Artículo 13.

deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir”<sup>376</sup>.

Se caracteriza por tener dos dimensiones: una individual, consistente en “el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones”; y una colectiva o social, consistente en “el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada”<sup>377</sup>.

Entre la libertad de expresión y la libertad de pensamiento se puede observar una relación instrumental, por cuanto el pensamiento se exterioriza mediante el uso de la expresión o las palabras. Es por ello que “la libertad de expresión es [...] una consecuencia natural al hecho de que el ser humano es capaz de razonar”<sup>378</sup>.

Dentro de este marco, se explica la importancia de garantizar que todas las personas puedan “expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones”<sup>379</sup>.

La libertad de expresión permite deliberar de forma abierta y desinhibida sobre los asuntos que son de interés común, lo cual contribuye a la formación de la opinión pública y al control de la gestión de los funcionarios estatales. De allí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) haya enfatizado, en numerosos casos, que la libertad de expresión es una “condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios”<sup>380</sup> y para que puedan realizarse los controles y las denuncias ciudadanas<sup>381</sup>.

La Corte IDH ha afirmado que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” por cuanto es *conditio sine qua non* para que “quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente” y para que “la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada”<sup>382</sup>. De esta manera, “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”<sup>383</sup>.

---

376 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de los Estados Americanos, 30 de diciembre de 2009, § 7.

377 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de los Estados Americanos, 30 de diciembre de 2009, § 13.

378 CÁRDENAS MARÍN N. y LOZANO REYES J. F., “La función instrumental del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano: perspectivas y retos”; en: AAVV, *Reflexiones sobre la libertad de expresión en el contexto de la democracia: una manifestación de la participación ciudadana*, Bogotá D. C., Colección Textos de Jurisprudencia, Serie Semilleros, pp. 33-58.

379 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de los Estados Americanos, 30 de diciembre de 2009, § 13.

380 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de los Estados Americanos, 30 de diciembre de 2009, § 8.

381 CORTE IDH, *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, § 85; CORTE IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 116; CORTE IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, § 86; Corte IDH, *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, §105; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, § 116.

382 CORTE IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85; La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, § 70.

383 CORTE IDH, OC-5/85, § 69; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Transcritos en: CORTE IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, § 151.

Por otra parte, la libertad de expresión “ayuda a la conservación de la paz y, en el ámbito social, permite corregir los errores de los otros y conseguir acuerdos y soluciones comunes”<sup>384</sup>, imprescindibles para el correcto funcionamiento del sistema democrático.

La Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas tiene dicho que “la libertad de opinión y de expresión no sólo se ve favorecida por un entorno democrático, sino que también contribuye, incluso de manera fundamental, al surgimiento y la vigencia de sistemas democráticos eficaces”<sup>385</sup>. Con esto, se quiere hacer visible un fenómeno innegable, a saber, que por medio de la libertad de expresión se fomenta la rendición de cuentas de los funcionarios o gobernantes, se concretiza la participación de los ciudadanos en las cuestiones de interés público y se fortalecen los ámbitos de discusión.

El mismo Relator, en una oportunidad posterior, explicó que “la importancia del derecho a la libertad de opinión y expresión para el desarrollo y el fortalecimiento de sistemas democráticos efectivos reside en el hecho de que este derecho se encuentra estrechamente ligado a los derechos a la libertad de asociación, de asamblea, de pensamiento, de consciencia y de religión, y al de la participación en los asuntos públicos”<sup>386</sup>.

En otras palabras, la libertad de expresión coopera sustancialmente con la democracia pues “una sociedad civil empoderada porque cuenta con información no restringida está en mejores condiciones de promover la transmisión de información más imparcial y transparente y tiene un mayor sentido de participación y de identificación en el proceso de adopción de decisiones”<sup>387</sup>.

Es interesante notar que el fundamento de la injerencia que tiene la protección de este derecho en la participación ciudadana y demás circunstancias sociales o políticas radica en la dimensión colectiva del derecho a libertad de expresión. Tal vez por esa razón el Relator lo definió como un “derecho colectivo” al expresar que “la libertad de opinión y expresión, si bien es un derecho individual desde un sentido más amplio de su ejercicio, es también un derecho colectivo mediante el cual los grupos sociales tienen la posibilidad de buscar y recibir información plural y diversa, así como de emitir sus opiniones colectivas”<sup>388</sup>.

La síntesis que mejor expresa la estrecha relación entre la libertad de expresión y la democracia corresponde a la Resolución 12/16 del Consejo de Derechos Humanos: “el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática, es propiciado por un entorno democrático que, entre otras cosas, ofrezca garantías para su protección, es esencial para la plena y efectiva participación de una sociedad libre y democrática y resulta decisivo para el desarrollo y fortalecimiento de sistemas democráticos efectivos”, a lo que agregará la Relatoría “y también garantía de unos procesos electorales libres y limpios, así como de discursos públicos y políticos sustantivos y representativos”.

En efecto, la función de la libertad de expresión en los procesos electorales constituyó uno de los tópicos de especial interés de dicha Relatoría que consideró que “la libertad de prensa proporciona a los ciudadanos uno de los mejores medios de conocer y de juzgar las ideas y

384 CÁRDENAS MARÍN N. y LOZANO REYES J. F., “La función instrumental del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano: perspectivas y retos”, p. 38.

385 ONU, ASAMBLEA GENERAL, A/HRC/11/4. 30 de abril de 2009. § 38.

386 ONU, ASAMBLEA GENERAL, A/HRC/14/23, 20 de abril de 2010. § 27.

387 ONU, ASAMBLEA GENERAL, A/HRC/11/4. 30 de abril de 2009. § 60.

388 ONU, ASAMBLEA GENERAL, A/HRC/14/23, 20 de abril de 2010. § 29.

actitudes de sus dirigentes. Otorga en particular a los hombres políticos la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública. Permite a toda persona participar en el libre juego del debate político, que resulta esencial en la noción de sociedad democrática<sup>389</sup> y es que “el funcionamiento eficaz de un sistema político democrático dinámico depende de que un Estado asuma su responsabilidad de establecer un entorno en el que se puedan expresar y debatir libre y abiertamente una amplia gama de opiniones e ideas políticas”<sup>390</sup>.

Una primera mirada de las consideraciones de la Relatoría de las Naciones Unidas lleva a concluir que el derecho de opinión y libre expresión se encuentra involucrado en el tejido de los derechos fundamentales que sirven como pilares de una sociedad justa y democrática.

En el mismo sentido, la CIDH ha asegurado que “la carencia de libertad de expresión es una causa que «contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos»”<sup>391</sup>; toda vez que se trata de una herramienta clave para el ejercicio de la libertad religiosa, de enseñanza, para el desarrollo de la identidad étnica y cultural, para asegurar la igualdad. En el fondo, “si se considera que en la concepción contemporánea los derechos son garantía y muestra de la dignidad humana, puede decirse que la libertad de expresión es un instrumento eficaz para la protección de la dignidad de las personas en las democracias”<sup>392</sup>.

Como se ha dicho, la función de libertad de expresión “desborda de lejos el de ser instrumento último de salvaguarda de las restantes libertades, para convertirla en presupuesto inexcusable del propio sistema político en su conjunto”<sup>393</sup>.

## 1.2. Preceptos internacionales que protegen la libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión (y sus derivados, el acceso a la información y la reserva de fuentes periodísticas) es reconocido y protegido en el derecho internacional. Pero, debido a la subsidiariedad de los sistemas internacionales de derechos humanos, la profundidad y extensión de su protección concreta dependerá de la organización jurídica interna de cada Estado.

En el sistema universal contamos con el artículo 19 de la Declaración (Universal) de los Derechos Humanos que textualmente dice que “todo individuo tiene derecho a la *libertad de opinión y de expresión*”, y que dicho derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, “el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de *difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su artículo 19:

389 TEDH, “*Castells vs. Reino de España*”, sentencia de 23 de abril de 1992, Serie A N° 236, § 43, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57772>, citado en el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/26/30, 2 de julio de 2014, § 21.

390 NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/HRC/26/30, 2 de julio de 2014. § 41.

391 CIDH. Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. *Hugo Bustíos Saavedra vs. Perú*. 16 de octubre de 1997, § 72.; CIDH, DIEZ AÑOS DE ACTIVIDADES 19711981, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1982, p. 326.

392 CÁRDENAS MARÍN N. Y LOZANO REYES J. F., “La función instrumental del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano: perspectivas y retos”, p. 51.

393 FERNÁNDEZ SEGADO F., *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz*. Madrid, 2014, Dykinson, p. 18.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la **libertad de expresión**; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce los siguientes derechos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este **derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones** o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

Y su intérprete autorizado, el TEDH, explicó en los casos del *Observer*, el *Guardian* y el *Sunday Times* contra el Reino Unido, que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, y que **su tutela es especialmente importante cuando está involucrada la prensa**, porque debe poder jugar su vital rol de custodio, ya que le incumbe difundir informaciones e ideas sobre asuntos de interés público, dado que el público tiene derecho a recibirlas<sup>394</sup>.

Desde estas costas del Atlántico la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también tutela el derecho en juego, y es, incluso, más contundente:

#### **Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión**

1. Toda persona tiene **derecho a la libertad de pensamiento y de expresión**. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente **no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores**, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
  - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
  - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares [...]
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

Como puede advertirse, el sistema americano va más allá del universal y expresamente formula que se encuentra vedada cualquier clase de censura previa a una publicación, lo cual ha sido ratificado por la misma Corte Interamericana –intérprete final de la Convención– en su Opinión Consultiva 5/85, al entender que “[...] la prohibición de la censura previa [...] **es siempre incompatible** con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión”.

394 TEDH, “*Observer and Guardian v. United Kingdom*” (1991) Series A n° 216, § 59; “*Sunday Times v. United Kingdom*” (N° 2), (1991) Series A, n° 217, § 50.

Allí mismo dispuso que “en esta materia ***toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad*** garantizada por la Convención”<sup>395</sup>.

Por si quedaban dudas, en un caso contencioso donde se discutían los alcances de este derecho (el de la película “La última tentación de Cristo”) volvió a afirmar que “cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>396</sup>, tesis que fue confirmada también en los casos “*Ivcher Bronstein*” y “*Herrera Ulloa*”.

En el mismo sentido se expidió la CIDH en el caso “Martorell” explicando que la prohibición de la censura se realiza “sin importar la forma en que se efectivice” con lo cual abarcaría también la censura judicial, sin distinguirla de la tutela judicial efectiva.

Recapitulando, podemos adelantar que, según los estándares descriptos la regla general en materia de publicación sería la libertad amplia y el principio de máxima divulgación, encontrándose estrictamente prohibida la censura previa estatal (sin importar de cuál de los tres poderes del Estado provenga, pues se trata, en definitiva, de un derecho individual e inalienable)<sup>397</sup>.

Obviamente, el marco internacional de carácter convencional al que los Estados se han obligado repercute, de distinto modo, en los ordenamientos internos. Asimismo, los principios de derecho internacional serán rectores para las decisiones de los órganos jurisdiccionales supraestatales, entre ellos de la Corte IDH.

En el marco regional podemos destacar que la misma Organización de los Estados Americanos (OEA) aseguró que “El marco jurídico provisto por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se consagra como el más garantista entre los diversos sistemas regionales existentes”.

Esto así por cuanto los diferentes instrumentos reconocen en la libertad de expresión un derecho de altísimo valor —tanto desde una perspectiva individual como colectiva— En efecto, “la lucha por la libertad de expresión y de prensa [...] se trata de una causa esencial para la democracia y la civilización [...]. No sólo es baluarte y antídoto contra todo abuso de autoridad: es el aliento cívico de una sociedad”<sup>398</sup>.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclama el derecho a la libertad de expresión en su artículo 4° bajo los siguientes términos: “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

La Declaración de Chapultepec establece que “toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos”<sup>399</sup> y que “no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de

395 CORTE IDH, *Opinión Consultiva 5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A No. 5, 13 de noviembre de 1985, § 38. El resaltado nos pertenece.

396 CORTE IDH. Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

397 Más adelante analizaremos algunas restricciones a este derecho que pareciera haber sido tildado, en la práctica, de absoluto.

398 CONFERENCIA HEMISFÉRICA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Declaración de Chapultepec*, México, 1994, párrafo final.

399 *Ibíd.*, principio 2.



prensa<sup>400</sup>, asegurando que “el ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo”<sup>401</sup>.

La Carta Democrática Interamericana prescribe en su artículo 4º, primera parte, que “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

En lo que hace a la profundidad o extensión en la regulación, destaca la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión —Washington D.C., 2000— sobre el resto. En sus 13 principios se puede hallar un núcleo de protección de estos derechos.

Efectivamente, desde el comienzo se anuncia que “[l]a libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”. Luego se refiere expresamente al derecho a “a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente” en los términos del art. 13 de la CADH.

Respecto a ello, en los ANTECEDENTES E INTERPRETACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS se anuncia que “el respeto y protección de la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los elementos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los derechos humanos. El derecho y respeto de la libertad de expresión se erige como instrumento que permite el intercambio libre de ideas y funciona como ente fortalecedor de los procesos democráticos, a la vez que da otorga a la ciudadanía una herramienta básica de participación. Asimismo, a través de los comunicadores sociales, la ciudadanía adquiere el poder de participar y/o controlar el desempeño de las acciones de los funcionarios públicos”<sup>402</sup>. Sin embargo, “la libertad de expresión no es un derecho limitado a los comunicadores sociales o a aquellas personas que ejercen este derecho a través de los medios de comunicación”<sup>403</sup>; por el contrario, “el derecho a la libertad de expresión abarca las expresiones artísticas, culturales, sociales, religiosas, políticas o cualquier otra índole”<sup>404</sup>.

En cuanto al derecho de acceso a la información, asegurará, que “el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos” y que “los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho”. Esto así porque “el acceso a la información en poder del Estado es uno de los pilares fundacionales de las democracias”, ya que se encuentra “[...] íntimamente relacionado al principio de transparencia de la administración y la publicidad de los actos de gobierno”<sup>405</sup>. De manera similar, la Declaración de Chapultepec establece en su principio tercero que “las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público”<sup>406</sup>.

---

400 *Ibíd.*, principio 1.

401 *Ibíd.*

402 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios*, Washington D.C, Octubre, 2000, Principio 1, inc. 7.

403 *Ibíd.*, Principio 1, inc. 8.

404 *Ibíd.*, Principio 1, inc. 8 *in fine*.

405 *Ibíd.*, Principio 4, inc. 18.

406 CONFERENCIA HEMISFÉRICA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Declaración de Chapultepec*, México, 1994, principio 3.

El derecho que asiste a los individuos de acceder a la información que se encuentra en “archivos públicos” o que es “procesada” por el Estado, implica la publicidad a los actos del gobierno y que puedan ser sometidos al escrutinio público. Se vislumbra en esto una estrecha relación con la corrupción por cuanto “garantizar el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia de los actos de gobierno y la consecuente disminución de la corrupción en la gestión estatal”<sup>407</sup>.

En cuanto a la “colegiación obligatoria” de periodistas —que es considerada una “restricción ilegítima a la libertad de expresión”— y al derecho que asiste a todo comunicador social a la “reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”. Es interesante notar que le dedica un apartado completo —principio noveno— a declarar que ante hechos de violencia contra los comunicadores sociales o medios de comunicación el Estado debe “...prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada”. Esto es así porque “las agresiones cometidas en contra de los periodistas tienen el objetivo de silenciarlos, por lo que constituyen igualmente violaciones al derecho que tiene una sociedad a acceder libremente a la información”<sup>408</sup>.

En términos igualmente estrictos la Declaración de Chapultepec, sostiene que “el asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad”<sup>409</sup>.

Merece la pena destacar también el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en cuyo artículo 10 establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”<sup>410</sup>, aclarando que “este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”<sup>411</sup>.

En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”<sup>412</sup>.

Sobre este último principio, la Asamblea General se volvió a pronunciar en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estableciendo que dicho derecho no es absoluto sino que, por el contrario, puede estar sujeto a ciertas restricciones. Sin embargo, dichas limitaciones deben responder a la necesidad de asegurar o garantizar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública<sup>413</sup>.

407 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios*, CIDH, OEA, Washington D.C, Octubre, 2000, Principio 4, inc. 19 *in fine*.

408 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios*, Washington D.C, Octubre, 2000, Principio 9, inc. 38.

409 CONFERENCIA HEMISFÉRICA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Declaración de Chapultepec*, México, 1994, principio 4.

410 CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, Roma, 1950, Artículo 10, primer párrafo.

411 *Ibíd.*

412 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, París, 1948, Artículo 19.

413 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en vigor en 1976, Artículo 19, apartado 3. Lo cual se encuentra en consonancia con la CADH, OEA, Art. 13, apartado 2. Sobre esas restricciones nos explayaremos en el acápite 5 de este trabajo.

### 1.3. Legislación argentina sobre la libertad de expresión

En la República Argentina, el derecho a la libertad de expresión se encuentra amparado por el artículo 14 de la Constitución Nacional que —sumado al reconocimiento de otros derechos—, que declama que “todos los habitantes de la nación” gozan del derecho a “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. Previsión que se ve reforzada por el artículo 3, en cuanto dispone que “el Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la Jurisdicción Federal”.

En igual sentido se protege el derecho de acceso a la información mediante varias disposiciones, a saber, al reconocer a los partidos políticos como “instituciones fundamentales del sistema democrático”, y al garantizarle su “acceso a la información pública y la difusión de sus ideas”.

El artículo 43 de la Carta Magna establece la acción *habeas data*, según la cual “toda persona [...] podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes [...]”.

Además de las enumeradas previsiones constitucionales, el derecho al acceso a la información pública se encuentra amparado ampliamente por la ley 27.275, cuyo primer artículo establece como su objeto propio “garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública”, estableciendo para su consecución principios, entre los cuales se encuentran: el principio de máximo acceso, gratuidad, transparencia y máxima divulgación<sup>414</sup>.

En cuanto al derecho a la reserva de las fuentes de información, éste se encuentra receptado en la Constitución Nacional de forma sucinta pero clara. El artículo 43, luego de legitimar a todas las personas a interponer la acción de amparo para “tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad” dirá, punto seguido: “[n]o podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

Asimismo, se reconoce el derecho de reserva de fuente de los periodistas en la ley 25.326 cuando en su art. 1º al establecer su objeto<sup>415</sup>, asegura que “en ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas”<sup>416</sup>.

Sin embargo, la mayor protección a éstos se encuentra amparada por los tratados internacionales que Argentina ratificó y que tienen, en las condiciones de su vigencia, jerarquía constitucional y por lo tanto se entienden complementarios de los derechos y las garantías reconocidos por la Constitución Nacional, a los cuales referimos en el apartado anterior.

Al respecto se puede decir que “[m]ientras que en el art. 14 de la Constitución Nacional se habla sólo de ‘publicar las ideas por la prensa’, el mencionado artículo de la Convención [CADH; artículo 13], entiende que este derecho puede ser subdividido en tres especies distintas de

414 Art. 1º de la Ley 27.275 (Boletín Oficial: 29/9/2016).

415 “La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional”. Ley 25.326.

416 Ley 25.326 (B.O. 2/11/2000), art. 1, *in fine*.

derechos: el derecho de *informar*, el derecho a *informarse* y el derecho a *buscar* información. En concreto, el derecho a informar alude a la expresión pública de ideas y opiniones sin prohibiciones de censura, explícita o encubierta. El derecho a ser informado, por su parte, supone el libre acceso a las fuentes de información desde las cuales es posible la obtención de la noticia u opinión. Finalmente, la libertad de expresión alcanza también a quien investiga o busca información a través de los distintos medios concebidos de expresión<sup>417</sup>.

Es interesante resaltar que en la ley 12.908, por la cual se instituye el “Estatuto Profesional del Periodista”, no se hace referencia al secreto profesional o al derecho de reserva de sus fuentes. Únicamente, se reconoce al periodista el derecho “al acceso libre a toda fuente de información de interés público”<sup>418</sup> y se define al reportero como “el encargado de recoger en las fuentes privadas o públicas las noticias o los elementos de información necesarios para el diario, periódico, revista, semanario, anuario y agencia noticiosa”<sup>419</sup>.

Otra gran fuente de regulación, reconocimiento e interpretación de la libertad de expresión, acceso a la información y del derecho a la reserva de las fuentes, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, como Tribunal Supremo de la República, ejerce la función de salvaguardar la Constitución Nacional y el orden jurídico en ella previsto.

Finalmente, no puede soslayarse otra arista de la libertad de prensa que guarda relación con la responsabilidad de quienes tienen en sus manos la posibilidad de dar publicidad a hechos que muchas veces podrían quedar resguardados en el ámbito de privacidad de las personas.

En este horizonte cabe mencionar, en primer lugar la ley 25.326, cuyo objeto, según su primer artículo, no es otro que “la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos”, en orden a garantizar “el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional”.

Debe tenerse presente que dicha ley, también legisló en materia penal, incorporando dentro del título dedicado a los delitos contra el honor, el artículo 117 bis que disponía lo siguiente:

- 1°. Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales (Inciso derogado por ley 26388, del año 2008).
- 2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.
- 3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.
- 4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.

También se incorporó al Código Penal el artículo 157 bis al capítulo sobre violación de secretos (dentro del título de delitos contra la libertad), que en lo pertinente, dispone: “Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que: 1°. A sabiendas e ilegítimamente, o

417 SCIOSCIOLI, SEBASTIÁN, “Art. 13. Libertad de pensamiento y de expresión”, en AAVV, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

418 Ley 12.908, Apartado I, art.13, inc. b).

419 Ley 12.908, Apartado II, art. 23, inc. b).

violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2°. Revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años”<sup>420</sup>.

Finalmente debemos destacar también la ley 27.483, que aprobó el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, suscrito en la ciudad de Estrasburgo, el día 28 de enero de 1981, que consta de veintisiete (27) artículos y el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos.

#### 1.4. Aportes de la Corte IDH sobre el trabajo de la prensa

La Corte IDH se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la libertad de expresión; y lo ha hecho en ejercicio de sus competencias consultivas y jurisdiccionales. Para estudiar sus desarrollos, conviene distinguir los distintos tópicos abordados y repasar sus pronunciamientos.

Entre las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH cabe destacar “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” (OC-5/85) y la “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (OC-7/86).

En efecto, en la primera de ellas, el gobierno de Costa Rica sometió a consideración del Tribunal la interpretación de los artículos 13 y 29 de la CADH, en relación con la colegiación obligatoria de periodistas, que regía en dicho país. En esa oportunidad, la Corte IDH asentó su doctrina sobre la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión.

Esta doble dimensión consistiría en una de carácter individual que implica no sólo el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino además, inseparablemente, “el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”<sup>421</sup>, así como una dimensión social en la cual la libertad de expresión constituye un “medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos”<sup>422</sup>.

En conclusión, “así como [la dimensión individual] comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias [dimensión social]”<sup>423</sup>.

---

420 La ley de delitos informáticos (26.388) también realizó algunas modificaciones sobre el punto, entre las que vale destacar: modifica, sustituye e incorpora figuras típicas a diversos artículos actualmente en vigencia, con el objeto de regular las nuevas tecnologías como medios de comisión de delitos previstos en el Código. Principalmente incluye temas como: Distribución y tenencia con fines de distribución de pornografía infantil; Violación de correos electrónicos; Acceso ilegítimo a sistemas informáticos; Daño informático y distribución de códigos maliciosos; Interrupción de comunicaciones o DoS.

421 CORTE IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, 13 de noviembre de 1985, § 31.

422 CORTE IDH, OC-5/85, § 32.

423 *Ibíd.*

La protección de ambas dimensiones debe ser simultánea, puesto que una implica a la otra<sup>424</sup>. En varias ocasiones la Corte aseguró que “la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles”<sup>425</sup>.

En esta opinión consultiva se deja asentado que, pese a la enorme amplitud que la Convención Americana confiere a la libertad de expresión<sup>426</sup>, no es un derecho absoluto por lo que está sujeto a restricciones. Sin embargo, estas últimas proceden en supuestos sumamente limitados ya que, como principio, la censura previa está prohibida<sup>427</sup> y la responsabilidad posterior únicamente podrá aplicarse cuando se cumpla con determinados requisitos, a saber: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas y d) que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines<sup>428</sup>.

Dichos fines, por otra parte, ya están señalados por la Convención. De esta forma, la responsabilidad ulterior sólo procederá si, estando fijadas por la ley, resultan necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas<sup>429</sup>. Pero añadirá posteriormente en otro caso que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”<sup>430</sup>. En conclusión, “la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>431</sup>.

En cuanto a la responsabilidad penal ulterior, la Corte IDH afirmó en el fallo “*Kimel vs. Argentina*” que no resultaba contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, aunque “esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”<sup>432</sup>.

Lo cual no implica, por otra parte, dejar de reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información<sup>433</sup> porque las personas tienen derecho a recibir la información sin manipulación<sup>434</sup>. Es decir, que pesa, sobre el medio de comunicación o sobre el periodista, un deber de comportarse según la ética de la profesión. En el caso “*Mémoli vs. Argentina*” agregó:

424 CORTE IDH, OC-5/85, § 33.

425 CORTE IDH, Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, § 72.

426 CORTE IDH., OC-5/85, § 50.

427 CADH, Art. 13, inc. 2, primera parte, con los alcances descriptos en el acápite precedente, otorgado tanto por la CIDH como por la Corte IDH.

428 CORTE IDH, OC-5/85, § 39.

429 CADH, art. 13, inc. 2, *in fine*. En un caso posterior, la CIDH señaló que “hay tres mecanismos alternativos mediante los cuales se pueden imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión: las responsabilidades ulteriores, la regulación del acceso de los menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso” CORTE IDH, Caso *La Última Tentación de Cristo*. 5 de febrero de 2001, § 61, inc. d.

430 CORTE IDH., Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, § 85.

431 *Ibíd.*

432 CORTE IDH, Caso *Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, § 78.

433 CORTE IDH, Caso *Kimel Vs. Argentina*, § 79.

434 CORTE IDH, Caso *Kimel vs. Argentina*, § 79.

“[a]ún cuando están amparados bajo la protección de la libertad de expresión, los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un periodismo responsable, es decir, actuar de buena fe, brindar información precisa y confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de los involucrados en el debate público y abstenerse de caer en sensacionalismos (...)

Con expresa referencia a la jurisprudencia del TEDH también alertó sobre la responsabilidad de los medios de comunicación, señalando que el desarrollo de un periodismo responsable y ético es de particular relevancia en una sociedad contemporánea donde los medios no sólo informan sino también pueden sugerir, a través de la manera cómo presentan la información, la forma en que dicha información debe ser entendida<sup>435</sup>.

Por otra parte, la Corte IDH también se ha referido a las consecuencias legales en el ámbito civil por entender que las sanciones civiles no son de suyo menos gravosas que las penales; en sus propias palabras: “una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público<sup>436</sup>, introduciendo de este modo un concepto que se seguirá en toda consideración sobre la responsabilidad posterior ante el ejercicio de la libertad de expresión: el *chilling effect* o amedrentamiento.

La imposición de ciertas restricciones o de consecuencias lesivas posteriores -ya desde el fuero penal como del fuero civil- puede constituir maneras de amedrentar, sofocar o afectar ilegítimamente el derecho a la libertad de expresión. Sirve de ejemplo la remisión que la propia Corte IDH hace a los fundamentos de la CIDH en el caso “*Usón Ramírez Vs. Venezuela*”: “las sanciones penales y su severidad nunca deberían ser utilizadas como un recurso para sofocar el debate público sobre cuestiones de interés general y para limitar la crítica a los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, al Estado o sus instituciones<sup>437</sup> y que “[e]n una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro; lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado<sup>438</sup>.

Por eso es que la Corte IDH sostuvo que “[l]a necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso<sup>439</sup>, aclarando que “para ello, se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales<sup>440</sup>.

435 CORTE IDH, Caso *Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013, § 122.

436 CORTE IDH., Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009, § 129.

437 CORTE IDH., Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, § 69.

438 *Ibíd.*

439 CORTE IDH, Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, § 74.

440 *Ibíd.*

Sirva para comprender el cuidado que debe tenerse en la imposición de sanciones posteriores el ejemplo del caso “*López Lone y otros vs. Honduras*” en el cual se consideró que el mero hecho de iniciar un proceso disciplinario podía generar el antedicho “efecto intimidante” y, por lo tanto, constituir una restricción indebida de los derechos<sup>441</sup>.

En cuanto a esto último, debe añadirse que la obligación del Estado de no obstaculizar o cercenar el derecho a la libertad de expresión no siempre implicará actos de abstención (por ejemplo, que no aplique sanciones posteriores o medidas indirectas que, del igual modo, obstaculicen la libertad de expresión) sino que, por el contrario, se requerirá también actos de intervención. Así lo declara la Corte IDH al decir que “en el caso de la libertad de expresión, cuyo ejercicio real y efectivo no depende simplemente del deber del Estado de abstenerse de cualquier injerencia, sino que puede requerir medidas positivas de protección incluso en las relaciones entre las personas. En efecto, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluso frente a ataques provenientes de particulares”<sup>442</sup>.

Respecto al *chilling effect* o amedrentamiento, la Corte IDH profundizó, en el caso “*Ríos y otros vs. Venezuela*”, que: “[e]l ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Es posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares”<sup>443</sup>.

Por eso, y “en el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentran en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen”<sup>444</sup>. Porque “si bien es cierto que existe un riesgo intrínseco a la actividad periodística, las personas que trabajan para determinado medio de comunicación social pueden ver exacerbadas las situaciones de riesgo a las que normalmente se verían enfrentadas, si ese medio es objeto de discursos oficiales que puedan provocar o sugerir acciones o ser interpretados por funcionarios públicos o por sectores de la sociedad como instrucciones, instigaciones, o de cualquier forma autorizaciones o apoyos, para la comisión de actos que pongan en riesgo o vulneren la vida, seguridad personal u otros derechos de personas que ejercen labores periodísticas o de quienes ejercen su libertad de expresión”<sup>445</sup>.

Sobre el mismo tópico, en un caso posterior —originado por la muerte impune de un periodista en Colombia, asesinado por su actividad profesional—, la Corte IDH indicó que “una de las formas más violentas de suprimir el derecho a la libertad de expresión es a través de homicidios contra periodistas y comunicadores sociales”<sup>446</sup>. Especificó, incluso que este tipo de actos de violencia contra periodistas “puede incluso tener un impacto negativo en otros periodistas que deben cubrir hechos de esa naturaleza, quienes pueden temer sufrir actos similares de

441 CORTE IDH, Caso *López Lone y otros vs. Honduras*, § 176.

442 CORTE IDH, Caso *Lagos Del Campo vs. Perú*, Sentencia de 31 de agosto de 2017, § 93.

443 CORTE IDH Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, § 107.

444 *Ibíd.*

445 CORTE IDH, Caso *Perozo y Otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, § 155.

446 CORTE IDH, Caso *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*. Sentencia de 13 de marzo de 2018, § 175.



violencia”<sup>447</sup>. El amedrentamiento, en rigor, no se logrará únicamente con otros periodistas que se encuentren en situaciones de riesgo similares sino con los propios familiares de la víctima. Por ello, concluyó que “para esta Corte el respeto y la garantía del derecho a la vida y la libertad de expresión de los periodistas y de los comunicadores sociales se encuentran estrechamente relacionados”<sup>448</sup>.

Mención especial merecen las consideraciones de la Corte IDH sobre las manifestaciones de opinión de los funcionarios públicos de un Estado, cuando estas pueden constituir o incentivar formas de violencia, amenaza o presión sobre los medios de comunicación o sobre los particulares que ejercen su libertad de expresión de forma crítica para el gobierno en turno. Apuntó, así, que en una sociedad democrática “no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público” pues los funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, “sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento”<sup>449</sup>. Naturalmente, “este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado”<sup>450</sup>.

A su vez, hizo propias las observaciones de la Relatoría para la Libertad de Expresión, acerca de las declaraciones de altos funcionarios del gobierno que podrían considerarse amedrentadoras para los periodistas o medios de comunicación<sup>451</sup>, en cuanto a que dichas declaraciones podrían “contribuir a crear un ambiente de intimidación hacia la prensa que no facilita el debate público e intercambio de opiniones e ideas, necesarios para la convivencia en democracia”<sup>452</sup>. Lo cual se encuentra estrechamente unido con aquel deber que tienen los Estados de garantizar los derechos humanos en su jurisdicción, para lo cual deben “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>453</sup>. Justamente, la utilización del aparato gubernamental para los fines contrarios, es decir, para la violación de los derechos humanos, ya que señalará que este indeseable fenómeno “generalmente se ha visto favorecido por situaciones generalizadas de impunidad de esas graves violaciones, propiciada y tolerada por la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontarlas o contenerlas”<sup>454</sup>. Así se puede deducir que un estado de corrupción propicia no sólo la afectación de los derechos humanos, sino el establecimiento de una práctica sistemática y masiva de violación, lesiva/fatal para el sistema democrático.

En el caso “*Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*”, la Corte IDH volvió sobre el tema de las estas prácticas de amenaza. Para ello, se hizo eco de lo establecido por la CIDH y las encua-

447 CORTE IDH, Caso *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*. Sentencia de 13 de marzo de 2018, § 175.

448 CORTE IDH Caso *Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*. Sentencia de 13 de marzo de 2018, § 176.

449 CORTE IDH, Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, § 139. CORTE IDH, Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, § 151.

450 CORTE IDH, Caso *Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, § 139, *in fine*.

451 CORTE IDH, Caso *Perozo y Otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, § 134.

452 CIDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. En Informe Anual, 2000. OEA/Ser./LV/II.111, doc. 20 rev.16 abril 2001.

453 CORTE IDH, Caso “*Perozo y otros vs. Venezuela*”. Sentencia de 28 de enero de 2009, § 149.

454 *Ibíd.*

dró dentro de la palabra “amedrentamiento”. El caso refería a la violencia que había sufrido un periodista mientras intentaba grabar la represión que se estaba haciendo en una manifestación pública. La CIDH, sostuvo, en alusión a que el hecho sufrido por el periodista, no sólo lo había afectado a título personal, sino que incidió negativamente en la sociedad. Este tipo de sucesos de violencia, agregó la CIDH, limitan la libertad de expresión de “todos los ciudadanos porque producen un efecto amedrentador sobre el libre flujo de información”<sup>455</sup>.

Respecto a la relación con la democracia, la Corte se expidió en un caso en que el Estado se encontraba dentro de un proceso anti-democrático, la libertad de expresión y su libre ejercicio comienzan a tener una importancia mayor, por cuanto constituye un medio eficaz para vehicular reclamos y denuncias frente a las irregularidades. En *López Lone Y Otros Vs. Honduras*, enfatizó esta circunstancia, en los siguientes términos: “la Corte ha reconocido la relación existente entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático. En situaciones de ruptura institucional, tras un golpe de Estado, la relación entre estos derechos resulta aún más manifiesta, especialmente cuando se ejercen de manera conjunta con la finalidad de protestar contra la actuación de los poderes estatales contraria al orden constitucional y para reclamar el retorno de la democracia. Las manifestaciones y expresiones relacionadas a favor de la democracia deben tener la máxima protección posible y, dependiendo de las circunstancias, pueden estar vinculadas con todos o algunos de los derechos mencionados”<sup>456</sup>. Esto último, fue retomado por la Corte IDH, con mayor agudeza, cuando señaló que el ejercicio de determinados derechos políticos o de asociación permiten el ejercicio de la libertad de expresión; por ejemplo, la libertad que tiene toda persona a reunirse pacíficamente y sin armas (cfr. art. 15 de la CADH) engloba “[l]a posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos”<sup>457</sup>.

455 CORTE IDH., Caso “Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia”. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, § 146.

456 CORTE IDH, Caso “López Lone y otros vs. Honduras”. Sentencia de 5 de octubre de 2015, § 160.

457 CORTE IDH, Caso “López Lone y otros vs. Honduras”. Sentencia de 5 de octubre de 2015, § 167.

## 2. La libertad de expresión y el interés público

Una consecuencia inevitable de la estrecha relación que existe entre libertad de expresión y democracia, la constituye la posibilidad de acceder al conocimiento de los asuntos de interés público, respecto de los cuales la Corte IDH ha desarrollado una serie de estándares o principios rectores.

Dicho interés público se verifica en diversas cuestiones: I) los discursos o personas de interés público, II) el acceso a información de interés público y a la circulación de dicha información, y III) el interés público que se evidencia en los restantes derechos comprendidos en la libertad de expresión como, por ejemplo, la reserva de las fuentes de información.

### 2.1. Interés público y discursos protegidos

En consonancia con el TEDH, la Corte IDH estableció, en orden a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, que había que distinguir “entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político”<sup>458</sup>.

Este criterio encuentra justificación en que “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual **debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público**”<sup>459</sup>. En un caso posterior, el Tribunal agregó que “al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”<sup>460</sup>.

Se hace evidente, por lo pronto, que verificadas las cuestiones de interés público las restricciones o limitaciones ordinariamente permitidas a la libertad de expresión deberán reducirse, porque el interés público comprometido justifica una mayor permisión en los discursos, incluso aquellos agudamente críticos.

También es dable observar que, según la misma Corte IDH, “aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”<sup>461</sup>. Este fenómeno singular, por el cual las actividades de ciertas personas se trasladan de su natural esfera privada a la pública, justifica un mayor nivel de tolerancia a las críticas no sólo porque hay un mayor riesgo a ser víctima de afectaciones al honor sino porque —debido a su posición de notoriedad en la sociedad— esas personas tienen la posibilidad “de tener una

458 CORTE IDH, Caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 125.

459 CORTE IDH, Caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 127. El resaltado no está en el original.

460 CORTE IDH, Caso “*Palamara Iribarne vs. Chile*”. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, § 83.

461 CORTE IDH, Caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 129.

mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren”<sup>462</sup>.

Ahora bien, las personas que tiene una cierta notoriedad pública en una sociedad están sujetas a soportar un mayor nivel crítico en las expresiones referidas a ellos, no por su calidad subjetiva, “sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones”<sup>463</sup> que realizan.

La Corte IDH, a su vez, considera de interés público “aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes”<sup>464</sup>.

De ese modo, la libertad de expresión protege estas opiniones e informaciones, en virtud de su relevancia para “las cuestiones de interés público”; su calificación no es subjetiva, sino que tal carácter viene dado por la incidencia que esa información tiene en “el funcionamiento del Estado”, “en la afectación de derechos o intereses generales” o porque “acarree consecuencias importantes para la sociedad”. En otras palabras, el criterio para su valoración no es quién lo dice, sino qué se dice.

Sin duda, se pone aquí de manifiesto la dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión, que supone el derecho —ahora de toda la comunidad política— de “conocer la expresión del pensamiento ajeno”<sup>465</sup>.

## 2.2. Interés público e información

Dentro de la dimensión social, “la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias”<sup>466</sup>. Ciertamente, “para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”<sup>467</sup>.

Desde sus comienzos, la Corte IDH ha sostenido que el artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”<sup>468</sup>.

462 CORTE IDH, Caso “*Tristán Donoso vs. Panamá*”. Sentencia de 27 de enero de 2009, § 122.

463 CORTE IDH, Caso “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 129 y CORTE IDH, Caso “*Ricardo Canese vs. Paraguay*”. Sentencia de 31 de agosto de 2004, § 103. Sobre el punto resulta interesante destacar que la CSJN tuvo oportunidad de expedirse respecto a la doctrina de la real malicia a partir de los precedentes “Costa” (Fallos: 310:508) y “Dahlgren” (Fallos 333:2079).

464 CORTE IDH, Caso “*Lagos Del Campo Vs. Perú*”. Sentencia de 31 de agosto de 2017, § 110.

465 CORTE IDH, OC-5/85, § 30.

466 CORTE IDH, Caso “*Ivcher Bronstein Vs. Perú*”. Sentencia de 6 de febrero de 2001, § 148.

467 *Ibíd.*

468 CORTE IDH, OC 5/85, § 30.

Por lo que, siempre se ha reconocido el derecho que asiste a toda persona a “buscar y recibir” información, lo cual también supone una dimensión colectiva o social del derecho a la libertad de expresión en el sistema democrático, en tanto “el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública”<sup>469</sup>.

En palabras de la Corte IDH: “el acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”<sup>470</sup>. Por ese motivo “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”<sup>471</sup>.

Es, precisamente, lo que intentó amparar la ley nacional 27.275, en la medida en que se propuso “garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, además de “promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública”, estableciendo para su consecución principios, entre los cuales se encuentran: el principio de máximo acceso, gratuidad, transparencia y máxima divulgación<sup>472</sup>.

Asimismo, en atención a la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática se afirmó también que el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo<sup>473</sup>, o, salvando las distancias, el *marketplace of ideas* (mercado de ideas) de la jurisprudencia norteamericana<sup>474</sup>.

Este “pluralismo informativo” representa otro signo de la unión entre el derecho a difundir y acceder a la información con el interés público; consecuentemente, toda información de interés público gozará de mayor protección para su difusión o acceso, lo cual fomenta y nutre el pluralismo democrático o la diversidad de fuentes informativas y de opiniones de los miembros de la sociedad.

La Corte IDH ha ahondado en la importancia del “pluralismo informativo” en los siguientes términos:

Este Tribunal desde sus inicios ha resaltado la importancia del pluralismo en el marco del ejercicio del derecho a la libertad de expresión al señalar que éste implica la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. La relevancia del pluralismo ha sido, a su vez, destacada por la Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones, en las cuales ha reafirmado que «los medios de comunicación libres e independientes son fundamentales para la democracia, para la promoción del pluralismo, la tolerancia y la libertad de pensamiento y expresión, y para la facilitación de un diálogo

469 CORTE IDH, “*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, § 84.

470 CORTE IDH, “*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*”, § 86, *in fine*.

471 CORTE IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, § 86.

472 Art. 1 de la Ley 27.275 (Boletín Oficial: 29/9/2016).

473 CORTE IDH, *Caso “Kimel Vs. Argentina”*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, § 57.

474 Metáfora que si bien alcanzó notoriedad en la jurisprudencia de Estados Unidos a partir de la disidencia del juez Holmes en el caso *Abrams vs. United States* (1919), reconoce su génesis en la obra *On Liberty* de John Stuart Mill, de 1859.

y un debate libre y abierto entre todos los sectores de la sociedad, sin discriminación de ningún tipo»<sup>475</sup>.

Más todavía, para el Tribunal existe “un deber del Estado de proteger y garantizar este supuesto, en virtud del artículo 1.1 de la Convención, por medio, tanto de la minimización de restricciones a la información, como por medio de propender por el equilibrio en la participación, al permitir que los medios estén abiertos a todos sin discriminación puesto que se busca que «no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos»<sup>476</sup>.

Todo lo cual, supone que los medios de comunicación —principales encargados de recolectar y divulgar la información— puedan tener un amplio y eficaz contacto con diversas fuentes de información y que cuenten con libertad para hacer su trabajo:

[L]os medios de comunicación son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, que sirven para materializar este derecho y que juegan un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de esta libertad en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones<sup>477</sup>.

Asimismo, “la Corte resalta que el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura”<sup>478</sup>.

### 2.3. Interés público y reserva de fuentes

En relación con la dimensión colectiva de la libertad de expresión y con el derecho a la información, la Corte IDH tiene dicho que es fundamental que los periodistas que laboran en estos medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar “sus funciones a cabalidad”, ya que “son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad”<sup>479</sup>.

El trabajo de los medios de comunicación consiste, en lo ordinario, en recoger o recolectar aquella información que se encuentra en manos privadas y llevarla al ámbito público. Ello presupone que los periodistas e investigadores puedan conectarse con sus fuentes de información y entablar una relación honesta. Muchas veces, por el carácter controversial de la información o por el superlativo interés público que hay en ella, se necesita de una especial confianza, que sólo se logra si el periodista luego no se va a ver compelido a revelar el origen de la información o la identidad del informante.

De allí que sea necesario resguardar en secreto su identidad. La CIDH tiene dicho, sobre este punto, que “[e]ste secreto tiene, adicionalmente, la condición de ser una garantía institucional, en cuanto garantiza el derecho a la información, el cual, a su vez, tiene por fin crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático”<sup>480</sup>.

475 CORTE IDH, Caso “*Caso Granier y otros vs. Venezuela*”. Sentencia de 22 de Junio de 2015, § 141.

476 CORTE IDH, Caso “*Caso Granier y otros vs. Venezuela*”, § 142.

477 CORTE IDH, Caso “*Caso Granier y otros vs. Venezuela*”, § 148.

478 CORTE IDH, Caso “*Caso Granier y otros vs. Venezuela*”, § 170.

479 CORTE IDH, Caso “*Caso Granier y otros vs. Venezuela*”, § 152.

480 CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2016*, Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, Edison Lanza, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 22/17, 15 de marzo 2017, § 90.

El derecho a la reserva de la fuente garantiza el derecho a “recibir y difundir” información que, en tanto fomenten la opinión pública y el pluralismo democrático, será de interés público para toda la sociedad. La libertad de expresión se relaciona con el interés público a través de la protección o guarda de las fuentes de información, puesto que “el *fundamento* del secreto profesional del periodista reside en primera instancia, en el interés colectivo y la dimensión objetiva de su contenido, que facilita un ejercicio más integral del derecho a comunicar información en una sociedad democrática”<sup>481</sup>.

El derecho a la reserva de la fuente de información tendrá una importancia determinante cuanto mayor sea el interés público comprometido en la información obtenida. Cabe recordar que los medios de comunicación, muchas veces, son los que llevan a la esfera pública aquellas cuestiones que involucran actos corruptos o licenciosos de quienes ostentan los mayores cargos públicos o que poseen un alto grado de poder (político, económico, social, etc.) dentro de una sociedad. Al respecto, debe añadirse que “la democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático”<sup>482</sup>.

Por ello mismo, analizaremos más abajo cómo cabe coordinar este principio cuando se trata de echar luz sobre graves hechos de corrupción, a la par que cabrá considerar, también, los derechos a la intimidad y privacidad y la protección de datos personales, del que gozan todos los ciudadanos.

Finalmente cabe recordar lo explicado por el constitucionalista argentino Gregorio Badeni, en orden a que la confidencialidad de las fuentes es “una de las reglas básicas en el arte del periodismo a cuyo estricto cumplimiento está condicionada la credibilidad que pueda merecer el periodista en quienes le suministran la información, y la posibilidad de poder proseguir contando con un caudal importante e interesante de datos novedosos”<sup>483</sup>; y que sólo cabría responsabilidad al periodista ante la obtención ilícita de información cuando el acceso ilegal a la misma provenga directamente del periodista; y, que, por el contrario: “No se presenta, y por ende no hay responsabilidad por parte del periodista, cuando se difunde información obtenida ilícitamente por un tercero”<sup>484</sup>.

## 2.4 Aportes sobre confidencialidad del Relator Especial (ONU)

Recopilamos en este acápite algunos conceptos vertidos por la Relatoría Especial sobre la Promoción y Protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas, quien a su vez recoge algunos estándares del TEDH.

Al respecto se dijo que existe “un hilo conductor que vincula el acceso a la información, la protección de las fuentes y la protección de los denunciantes: el derecho de la sociedad a

481 CARRILLO, MARC, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, en *Derecho a la información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 37, pp. 401-434 [en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/7/21.pdf>].

482 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios*, OEA, Washington D.C, Octubre, 2000, Principio 12, inc. 55, primer párrafo.

483 BADENI, GREGORIO, *Tratado de Libertad de Prensa*, Buenos Aires, 2002, Lexis Nexis, p. 344.

484 BADENI, GREGORIO, *Op. cit.*, p. 351.

saber”<sup>485</sup>. Hilo que atraviesa todos los informes realizados por la relatoría sobre la confidencialidad de las fuentes de información.

El objetivo de este derecho es forjar, a partir del respeto irrestricto de la libertad de expresión y, en particular, la libertad de prensa, “una ciudadanía informada, activa y comprometida”; de allí que se sostenga que un ataque contra un periodista sea “un atentado contra los principios de transparencia y rendición de cuentas, así como contra el derecho a tener opiniones y participar en debates públicos, que son esenciales en una democracia”<sup>486</sup>.

El mismo parecer sostuvo el TEDH en el fallo *Goodwin v. the United Kingdom* (1996) donde se declaró que la protección de la fuente de información de los periodistas es una condición básica para la libertad de expresión por medio de la cual se da a conocer a la sociedad cuestiones de interés público, sin lo cual la vigilancia que ejerce la prensa puede verse socavada junto con la consecuente precisión y confiabilidad de la información<sup>487</sup>.

En este sentido se sostuvo que los ataques contra los medios de comunicación funcionan tanto de manera específica, “para disuadir a los periodistas amenazados de investigar e informar sobre una cuestión o candidato determinado”, como con carácter más general, “disuadiendo a los medios de comunicación de informar libre e imparcialmente [...]”<sup>488</sup>, de forma tal que, necesariamente, afectará el derecho al acceso a la información.

En síntesis, se dijo que:

“[...] la divulgación suele exigir tres elementos básicos: una persona con información que quiere y puede arrojar luz sobre lo que está oculto; un comunicador o una plataforma de comunicación que permita difundir esa información; y un sistema jurídico y una cultura política que protejan efectivamente a ambos. Sin esa combinación —fuente, difusión y protección— lo más normal es que lo secreto se mantenga oculto y, cuanto más oculto permanezca, menos probable será que las autoridades rindan cuentas de sus actos y los ciudadanos puedan tomar decisiones con conocimiento de causa sobre las cuestiones que más les afectan a ellos y a sus comunidades”<sup>489</sup>.

Pero, como se puede notar, luego de que la información llegue al conocimiento de los medios de comunicación o de los denunciantes, resulta crucial proteger a quien la proveyó inicialmente. Esto así, principalmente, por la función social que cumple dicha información y en que “la protección de las fuentes y los denunciantes de irregularidades se basa en un derecho fundamental a la libertad de expresión”<sup>490</sup>.

Las fuentes de información resultan indispensables para que cierta información, muchas veces incómoda, llegue al conocimiento de toda la sociedad. Pero, también es cierto, que si dichas fuentes no contaran con la seguridad de que su identidad quedara en el anonimato no revelarían aquello que conocen por temor a la represalia.

485 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN, A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 58.

486 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/HRC/20/17, 4 de junio de 2012, § 54.

487 TEDH, “*Goodwin v. the United Kingdom*”, sentencia del 27 de marzo de 1996, § 39.

488 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/HRC/26/30, 2 de julio del 2014. § 34.

489 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 1.

490 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 5.



La misma relatoría lo afirma al decir que “las organizaciones profesionales de información subrayan que las fuentes identificadas son preferibles a las anónimas. Sin embargo, los periodistas a menudo dependen de fuentes a las que prometen confidencialidad porque se arriesgan a sufrir represalias u otros daños si son descubiertas. Sin protección, muchas voces permanecerían en silencio y el público no obtendría información”<sup>491</sup>.

La importancia de proteger a las fuentes de información, por lo tanto, no reside tanto en su derecho a difundir la información sino a que el público la conozca. Sobre este punto, el TEDH ha manifestado en el caso “*Nagla v. Latvia*” que el derecho a la reserva de las fuentes no puede ser considerado como un privilegio dependiente de la legalidad o ilegalidad de la fuente, sino como una parte intrínseca del derecho a la información que debe ser cuidadosamente tratado.

Empero, “pese a los avances formales, los gobiernos, las organizaciones internacionales y las entidades privadas a menudo persiguen a quienes revelan información secreta, en particular cuando sacan a la luz denuncias o verdades incómodas”<sup>492</sup>.

De este modo se reconoció que toda restricción debería ser realmente excepcional y cumplir con las normas más estrictas, que solo podrá aplicar la autoridad judicial. Esas situaciones deberían limitarse a la investigación de los crímenes más graves o a la protección de la vida de otras personas”<sup>493</sup>.

Obligar a dichos agentes a utilizar, únicamente, como fuente de sus elaboraciones a aquellas personas que quieran revelar su identidad implicaría cercenar el libre flujo de información que resulta primordial para la democracia. Para evitar este perjuicio, “los periodistas que trabajen en medios convencionales de información y en Internet deben tener libertad para utilizar diversas fuentes de información, incluida la procedente de quienes no quieran ser identificados. Jamás debe obligarse a los periodistas a revelar sus fuentes, salvo en casos excepcionales en que el interés de investigar un crimen grave o proteger la vida de otras personas predomine sobre el posible riesgo para la fuente de la información. Esas necesidades apremiantes deberán ser claramente demostradas y convalidadas por un tribunal independiente”<sup>494</sup>.

Por otra parte, obligar a los periodistas a revelar una fuente que ha querido permanecer anónima puede resultar amedrentador, como lo sostuvo el TEDH en el caso “*Financial Times Ltd and Others v. the United Kingdom*” y en “*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and Others v. the Netherlands*”. No así, por el contrario, en el caso “*Stichting Ostade Blade v. the Netherlands*” donde se sostuvo que no había un tal derecho a la reserva de la fuente cuando se trata de un terrorista que utilizaba el anonimato para obtener mayor publicidad. Tampoco en “*Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*”, en ese caso el TEDH consideró que la interferencia en el derecho a la libertad de expresión del periodista estaba suficientemente justificado debido a que se buscaba prevenir casos graves de pedofilia.

También se ha recomendado la extensión de la protección no sólo a los periodistas sino que debería alcanzar a los editores y demás personas que participan en la labor”<sup>495</sup>, de modo que la Relatoría sugiere que los marcos jurídicos nacionales deberían proteger la confidencialidad de las fuentes de los periodistas “y de otras personas que participen en la divulgación de infor-

491 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 14.

492 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 2.

493 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 21.

494 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/HRC/20/17, 4 de junio de 2012, § 109.

495 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 25.

mación que sea de interés público”; de modo que “la protección debería basarse en la función que desempeñan, y no ceñirse a un título formal”<sup>496</sup>.

Así, el Relator entendió que la falta de protección a la confidencialidad de fuentes, genera el gravamen de que la sociedad no acceda a información sensible sobre su gobierno y las instituciones de seguridad nacional, perdiendo de este modo un verdadero “instrumento de rendición de cuentas”<sup>497</sup>. Bajo esta línea de pensamiento colocó el TEDH en el caso “*Görmüş and Others v. Turkey*” donde resolvió que era el derecho de los periodistas mantener en reserva sus fuentes de información incluso cuando éstas eran, presumiblemente, funcionarios públicos y la información estaba clasificada por el gobierno como “confidencial”. Similar decisorio se produjo en el caso “*Martin and Others v. France*”, en el cual el Tribunal confirmó que hubo una violación a la libertad de expresión cuando por una orden de allanamiento se intentó determinar en qué circunstancias y condiciones ciertos periodistas obtuvieron una copia de un reporte confidencial de la oficina de Auditoría Regional.

Finalmente, cabe hacer referencia a la sostenida doctrina de la Relatoría según la cual “toda restricción que se imponga a la confidencialidad debería ser realmente excepcional y cumplir con las exigencias más elevadas, además de que solo las autoridades judiciales deberían poder aplicarla”<sup>498</sup>.

496 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 61.

497 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 43.

498 ONU, ASAMBLEA GENERAL, RELATORÍA ESPECIAL..., A/70/361, 8 de septiembre del 2015. § 62.

### 3. Libertad de expresión y la lucha contra la corrupción

---

La Corte IDH ha asegurado que “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”<sup>499</sup>. Tanto es así que “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, entre otras, gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático”<sup>500</sup>.

En ese contexto, “el adecuado acceso a información pública es una herramienta clave para garantizar la participación ciudadana en las políticas públicas que implementen derechos económicos, sociales y culturales”<sup>501</sup>. En tal sentido, “es preciso que las personas tengan la capacidad y la oportunidad de usar la información, entiendan cuáles son sus derechos y puedan evaluar la calidad de los servicios, las políticas o los programas en cuestión. La transparencia es básica para que los titulares de derechos tengan plena conciencia de los objetivos y el alcance del proceso, y sepan también qué otros actores participan y cuál es su papel y su nivel de influencia”<sup>502</sup>.

La libertad de expresión, entonces, permite la participación en los procesos de adopción de decisiones que son llevados a cabo por los funcionarios públicos, lo cual, “está ligado indisolublemente al concepto más fundamental del ser humano y al objetivo de los derechos: respeto de la dignidad y ejercicio de la agencia, la autonomía y la libre determinación”<sup>503</sup>.

Asimismo, la CIDH sostiene que “la libertad de expresión es una de las formas más eficaces de denuncia de la corrupción”<sup>504</sup>, máxime cuando “quienes participan de esquemas ilícitos necesitan del secreto para poder actuar, por lo tanto, una de sus prioridades es mantener sus actos ilícitos fuera del escrutinio público. De ahí que la libertad de expresión es un derecho

---

499 CORTE IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 127; CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 30 de diciembre de 2009, § 35.

500 CORTE IDH, *Fontevicchia y D'amico Vs. Argentina*, Sentencia de 29 de Noviembre de 2011, § 47; CSJN, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa *De Sanctis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios*”, 17 de Octubre de 2019, 498/2012 (48-D)/CS1, voto mayoritario, cons. 13; CIDH., *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, Organización de los Estados Americanos, OAS/Ser.LV/II. Doc. 236, 6 de diciembre de 2019, § 193.

501 CIDH., *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA. Ser.LV/II.164. Doc 147, 7 de diciembre 2017, § 489; OEA, *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1/GT/PSSI/doc.2/11, 11 de marzo de 2011, § 43.

502 ONU. *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona. A/HRC/23/36. 11 de marzo de 2013. § 60; HERNÁNDEZ, L. G. (2006). *Corrupción y derecho acceso a la información. Ra Ximhai, Revista de Sociedad, Cultura y Desarrollo Sustentable*. Volumen II, Número 3, 581-609.

503 *Ibíd.*, § 20.

504 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de los Estados Americanos, 30 de diciembre de 2009, § 34.

que incomoda y en general es socavado por quienes dirigen o se involucran en hechos de corrupción”<sup>505</sup>.

Cabe recordar las implicancias sociales de la corrupción, especialmente si se tiene en cuenta que “afecta de distintas formas a los sectores en condiciones de mayor vulnerabilidad, los cuales terminan expuestos a ser víctimas de prácticas fraudulentas por parte de las autoridades”<sup>506</sup>. Es dable, entonces, advertir que “a menudo, el hecho de que las personas que viven en la pobreza dependan económicamente de otras personas o grupos más poderosos puede también impedirles participar o expresar su opinión, aún sin amenazas concretas, por miedo a perder sus medios de vida”<sup>507</sup>. En ese marco, “el pleno ejercicio del derecho de acceso a la información es necesario para crear condiciones de transparencia, rendición de cuentas y un debate ‘sólido e informado’ que prevengan la corrupción”<sup>508</sup>.

### 3.1. Libertad de expresión y el acceso a la información

El art. 13 de la CADH resguarda el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en forma amplia. La particular protección y extensión que se le brindó al derecho a la información, tanto en su dimensión individual como colectiva sugiere la importancia de este derecho. Con el fin de recorrer el marco regulatorio del derecho a la información, conviene detenerse en los aspectos más relevantes de su contenido.

A fin de definir el objeto de análisis, resulta sustancial definir que el derecho de acceso a la información recae sobre la información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones”<sup>509</sup>.

En el mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano estableció en el principio 3°, sobre el derecho de acceso a la información, que este “se refiere a toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio”<sup>510</sup>. Mientras, la Ley Modelo sobre el Acceso a la Información dice que “se aplica en sentido amplio a toda la información en posesión de órganos públicos, incluyendo toda la información controlada y archivada en cualquier formato o medio”<sup>511</sup>.

Asimismo, el derecho de acceso a la información se extiende “a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de

505 CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 236, 6 de diciembre de 2019, § 184.

506 *Ibíd.*, § 181.

507 ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona*, A/HRC/23/36, 11 de marzo del 2013, § 13.

508 *Ibíd.*, § 228.

509 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano*, § 21.

510 COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información*, 7 de agosto del 2008, 73° Período Ordinario de Sesiones, punto resolutivo 3.

511 ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA, AG/RES. 2607 (XL-O/10), *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública*, 8 de Junio de 2010, Preámbulo.

propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas<sup>512</sup>, lo cual tiene como consecuencia que estos serán los sujetos obligados<sup>513</sup>.

En este sentido, en cuanto a la forma de gobierno, se ha sostenido que “El derecho de acceso a la información es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”<sup>514</sup>. Esta afirmación encuentra su fundamento en que el acceso a la información permite, entre otras cosas, un control de la gestión pública y de los actos de gobierno<sup>515</sup> pero también porque “la falta de participación de la sociedad en el conocimiento de información que los afectaría directamente impide el desarrollo amplio de sociedades democráticas exacerbando posibles conductas corruptas dentro de la gestión gubernamental y promoviendo políticas de intolerancia y discriminación”<sup>516</sup>.

Resultan oportunas las palabras de la Corte IDH, que apunta: “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”<sup>517</sup>, porque “este derecho [de acceso a la información] habilita a la ciudadanía de un conocimiento [...] amplio sobre las gestiones de los diversos órganos del Estado, dándole acceso a información relacionada con aspectos presupuestarios, el grado de avance en el cumplimiento de objetivos planteados y los planes del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto, entre otros”<sup>518</sup>.

Es dable aclarar que “el control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas requiere no sólo una abstención por parte del Estado de censurar información sino que requiere la acción positiva de proporcionar información a los ciudadanos”<sup>519</sup>. Corresponde, como es sabido, a los Estados impulsar acciones positivas para la publicación de información que sea de interés público y que refiera a los actos de gobierno; dentro de estas obligaciones, entre otras, deben generar mecanismos adecuados de acceso a la información, adoptar políticas acorde con el principio de “mayor divulgación” y exponer la información en su poder aún cuando no le fue requerida por un particular.

Los deberes del Estado guardan estrecha relación con el principio de transparencia de la administración, que “demanda una posición servicial de la administración, aportando aquella documentación que hubiera sido previa, correcta y claramente solicitada, en la medida en que no se encuentre temporalmente excluida del ejercicio del derecho”<sup>520</sup>.

512 COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información*, resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) de agosto de 2008, ppio. 2.

513 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *El Derecho de Acceso a la Información Pública en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.7/12, § 119.

514 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Informe sobre la Acción de Habeas Data y el Derecho de Acceso a la Información en el Hemisferio*, 2001, § 13.

515 OEA, *Ley Modelo de Acceso a Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción*. Taller Técnico Regional: Guatemala, noviembre 2000, apartado a.

516 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Informe sobre la Acción de Habeas Data y el Derecho de Acceso a la Información en el Hemisferio*, 2001, § 14.

517 CORTE IDH, OC-5/85, § 69.

518 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano*, § 16.

519 *Ibíd.*

520 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *El Derecho de Acceso...*, § 18.

Si se observa con detenimiento, hay una notable función preventiva<sup>521</sup> en el derecho al acceso a la información contra todo secretismo u ocultación por parte de los Estados que, necesariamente, coopera en la prosecución de la transparencia y, en consecuencia, en la lucha contra la corrupción.

### 3.2. Principios que rigen la materia: máxima divulgación y buena fe

Este derecho tiene ciertos principios que lo rigen y que deben ser tenidos en cuenta para establecer su alcance, para juzgar los casos bajo controversia y para establecer el marco jurídico que lo regule. Ellos son: *máxima divulgación* y *buena fe*.

El principio de *máxima divulgación*, también denominado de máxima publicidad<sup>522</sup>, consiste en “que toda la información en poder del Estado se presuma pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones. Igualmente, toda denegatoria de información debe ser motivada y fundamentada, correspondiendo al Estado la carga de la prueba referente a la imposibilidad de relevar la información, y ante la duda o el vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información”<sup>523</sup>.

Esa definición se corresponde con los principios adoptados por el Comité Jurídico Interamericano al establecer en su principio 1º que “el acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto sólo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica”<sup>524</sup>.

Debido a su operatividad práctica, de este principio se siguen las siguientes consecuencias: “(a) el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información; (b) toda decisión negativa debe ser motivada y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada; y (c) ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información”<sup>525</sup>. Según lo antedicho pueden extraerse algunas conclusiones:

Primero, el acceso a la información pública es la regla y el secreto la excepción. Entonces, si bien el derecho al acceso a la información no es absoluto, las excepciones o limitaciones “deben dar cumplimiento estricto a los requisitos derivados del artículo 13.2 de la Convención Americana [...]: verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad”<sup>526</sup>.

En el caso “*Claude Reyes y otros*”, la Corte IDH sostuvo que “la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”<sup>527</sup> que “deben

521 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *El Derecho de Acceso...*, § 20.

522 Tal denominación, por ejemplo, aparece en La Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información citada *supra*.

523 CORTE IDH, Caso “*Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, § 230.

524 COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información*, resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08) de agosto de 2008, ppio. 1.

525 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *El Derecho de Acceso a la Información Pública en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.7/12, § 15.

526 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *El Derecho de Acceso a la Información Pública en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.7/12, § 21.

527 CORTE IDH, Caso “*Claude Reyes y otros*”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. § 92.

estar previamente fijadas por ley<sup>528</sup>, “responder a un objetivo permitido por la Convención Americana”<sup>529</sup> y resultar “necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”<sup>530</sup>.

Segundo, por operatividad del principio de máxima divulgación, la carga probatoria en el supuesto de denegación o limitación en el acceso a la información le corresponde al Estado. Así lo ha establecido la propia Corte IDH cuando, luego de enunciar los requisitos que deben reunir una limitación, advierte que “corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos”<sup>531</sup>. Idéntico criterio fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en su Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información (art. 52)<sup>532</sup>.

Tercero, en caso de conflictos de normas o de falta de regulación, debe prevalecer el derecho al acceso a la información. Sobre esto, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE indicaron que “en caso de discrepancias o conflicto de normas, la ley de acceso a la información deberá prevalecer sobre toda otra legislación”<sup>533</sup>.

El principio de *buena fe* tiene su origen en la certeza de que, para que el derecho al acceso a la información se encuentre garantizado, resulta necesario que los sujetos obligados actúen de buena fe, esto es:

[Q]ue interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional. Es decir, que realicen las acciones necesarias con el fin de que sus actuaciones aseguren la satisfacción del interés general y no defrauden la confianza de los individuos en la gestión estatal<sup>534</sup>.

Asimismo, “en virtud del principio de buena fe, la Ley Modelo adoptada por la Asamblea General de la OEA recomienda que la legislación establezca expresamente que «[t]oda persona encargada de la interpretación de esta Ley, o de cualquier otra legislación o instrumento normativo que pueda afectar al derecho a la información, deberá adoptar la interpretación razonable que garantice la mayor efectividad del derecho a la información».<sup>535</sup>

528 CORTE IDH, Caso “Claude Reyes”, § 89.

529 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *El Derecho de Acceso a la Información Pública en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.7/12, § 22.

530 CORTE IDH, Caso “Claude Reyes y otros”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 91.

531 CORTE IDH, Caso “Claude Reyes y otros”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. § 93.

532 “(...) [L]a carga de la prueba deberá recaer en la autoridad pública a fin demostrar que la información solicitada está sujeta a una de las excepciones [...]. En particular, la autoridad deberá establecer: a) que la excepción es legítima y estrictamente necesaria en una sociedad democrática basada en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano; b) que la divulgación de la información podría causar un daño sustancial a un interés protegido por esta ley; y c) que la probabilidad y el grado de dicho daño es superior al interés público en la divulgación de la información”, cfr. OEA. ASAMBLEA GENERAL. AG/RES. 2607 (XL-O/10), a través de la cual acoge una Ley modelo interamericana sobre acceso a la información, 8 de junio de 2010.

533 Declaración Conjunta de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE (2004).

534 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. *El Derecho de acceso a la Información en el Marco jurídico interamericano*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 1/09. 30 de diciembre de 2009. § 15.

535 RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *El Derecho de Acceso a la Información Pública en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.7/12, § 85.

### 3.3. El rol de los medios de comunicación y el derecho a la reserva de las fuentes

Más allá de las referencias genéricas realizadas más arriba respecto al tema, resulta adecuado precisar bien el alcance este principio fundamental para nuestra materia,

Según establece el principio 8° de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión todo comunicador social “tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”, lo cual supone el derecho “a negarse a revelar las fuentes de información como así también el producto de sus investigaciones a entidades privadas, terceros, autoridades públicas o judiciales”<sup>536</sup>.

En la misma línea, debe tenerse presente que el derecho a la información no corresponde únicamente a quien la difunde sino también a quien la recibe<sup>537</sup>. Su fundamento, según se explicó, se halla en el interés colectivo vinculado con el derecho de comunicar información relevante en un sistema democrático<sup>538</sup>.

Desde este punto de vista, se puede concluir que el derecho a la reserva de fuente es una herramienta clave para la protección de tres elementos esenciales en todo ejercicio de la libertad de expresión: protege a la fuente de información, a quien lo difunde —sea o no periodista— y a los destinatarias de la información, que de otro modo no se divulgaría:

En efecto, sobre todo en aquellos casos en los que están involucradas organizaciones macrocriminales o mafiosas, que no tienen escrúpulos a la hora de intimidar a una fuente para que omita revelar información que puede afectar sus intereses, la reserva de la fuente se convierte en una garantía privilegiada para que el periodismo valiente e independiente pueda realizar su trabajo<sup>539</sup>.

Por tanto, además de la dimensión colectiva, el derecho a la reserva de las fuentes también tiene su fundamento “en el interés subjetivo del periodista, de no desvelar la identidad del sujeto productor de la noticia para preservar su integridad profesional en ésta y en futuras ocasiones”<sup>540</sup>.

Como queda a la vista, también protege a quien difunde la información, más allá de su carácter de reportero, ya que “para la comparecencia ante un tribunal y el ejercicio de las acciones legales tendientes a la protección de los derechos de las personas, éstas deben poder contar libremente los hechos que les constan y, en general, deben poder dar su testimonio a la justicia sin el peligro de ser amenazados o afectados de algún modo por sus afirmaciones. Los juicios públicos, abiertos y la administración de justicia efectiva requieren la libertad de expresión para el esclarecimiento de los hechos y la correcta aplicación del derecho”<sup>541</sup>.

---

536 CIDH. RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios. 2002. § 36; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2016*, Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, Edison Lanza, OEA/Ser.L/V/II.

Doc. 22/17, 15 de marzo 2017, § 87.

537 TOBÓN – FRANCO N. Y VARELA- PEZZANO E., “Libertad de expresión y salvaguardia del anonimato: Panorama jurisprudencial en Colombia”. *Dikaion, Revista de fundamentación jurídica*. ISSN 0120-8942, 2010, Año 24, Número 1, Volumen 19, pp. 121-138.

538 CARRILLO, MARC, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, p. 419.

539 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-289, abril 29 de 2009, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

540 CARRILLO, MARC., “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, p. 419.

541 CÁRDENAS MARÍN N. y LOZANO REYES J. F., “La función instrumental del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano: perspectivas y retos”, p. 51.



Pero cuando el sujeto requerido para que revele una fuente de información trabaja en un medio de comunicación, la importancia de lo dicho se agudiza porque “la reserva de la fuente es una garantía fundamental y necesaria para proteger la verdadera independencia del periodista y para que pueda ejercer la profesión y satisfacer el derecho a la información, sin que existan limitaciones indirectas ni amenazas que inhiban la difusión de información relevante para el público”<sup>542</sup>.

Según sostuvo la Corte Constitucional colombiana, la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas “son derechos específicos integrantes del derecho a comunicar información y constituyen un presupuesto básico para el efectivo ejercicio de este derecho fundamental en el Estado democrático”<sup>543</sup>.

En efecto, se afirmó que “[d]e su pleno reconocimiento y eficaz ejercicio en el seno de la empresa de comunicación (cláusula de conciencia) y, frente a los poderes públicos, en especial frente al Poder Judicial (secreto profesional) depende que el derecho a la información se configure como auténtica garantía de una opinión pública libre”.

A fin de cuentas, “el secreto profesional no es una institución jurídica definida en una sola dirección. Desde una perspectiva teórica se puede construir tanto como un deber (si nos atenemos a su dimensión deontológica) o como un derecho (si nos fijamos en su habitual configuración jurídica). No obstante, la naturaleza del secreto profesional en sentido genérico responde más al binomio derecho-deber”<sup>544</sup>.

De allí la importancia de la libertad de expresión para combatir la corrupción, pues habitualmente estos delitos son cometidos por actores prominentes de la sociedad, cuya posición les permite el ocultamiento de pruebas y silenciar a sus denunciantes. Precisamente, son los periodistas, investigadores e, incluso, los ciudadanos de a pie quienes, muchas veces, desenmascaran y dan a conocer, a través de canales de comunicación masivos a los que tienen acceso, hechos sospechosos.

Por eso resulta tan importante reconocerles un margen de acción y protección a los periodistas, lo cual presupone —como vimos— la libertad para acceder a las fuentes de información y para no ser compelidos a revelarlas.

Se ha indicado, con buen tino, que “[l]a sociedad en su conjunto, posiblemente gracias a la labor de los medios de comunicación, tiene conciencia del flagelo de este particular delito”, por eso la Convención Interamericana contra la Corrupción prevé una serie de medidas destinadas a la implementación de mecanismos o sistemas para proteger a los denunciantes de actos de corrupción; que además resguarden su identidad, de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte<sup>545</sup>.

Combatir la corrupción sería imposible si los denunciantes no pudieran, previamente, acceder a la información que sustente sus investigaciones. Se evidencia aquí, pues, la “convergencia entre la corrupción y otros derechos humanos, tales como el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos”<sup>546</sup> y particularmente con la libertad de expresión y la reserva de fuentes periodísticas.

542 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-289, abril 29 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

543 CARRILLO, MARC, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, p. 401.

544 CARRILLO, MARC, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, p. 420.

545 OEA, *Convención Interamericana contra la Corrupción*, Artículo III, Medidas Preventivas, punto 8.

546 CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, *Preámbulo*, adoptada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y entró en vigor el 3 de junio de 1996. Paraguay ratificó dicho instrumento el 28 de enero de 1997; CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA, Ser./L/VII.110, doc. 52, 9 marzo 200, § 52.

En ese contexto, el derecho que todo comunicador social tiene “a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”<sup>547</sup>, se vuelve sensiblemente esencial a fin de que los medios de comunicación puedan difundir información relativa a la comisión de delitos de corrupción sin riesgo, tanto para ellos como para terceros, y sin disminuir la confianza que puedan tener futuras fuentes de información en su anonimato o confidencialidad. Por eso dice Carrillo, que si, por el contrario, “se exige, como condición *sine qua non*, el conocimiento exacto de la identidad de las fuentes, la consecuencia más probable que puede producir es la devaluación de la credibilidad futura del periodista en los círculos en los que obtuvo la información; cuando, no se olvide, el interés básico de la cuestión debe centrarse en la difusión de la noticia”<sup>548</sup>.

El secreto profesional se torna crucial cuando sirve de protección ante requerimientos de la autoridad pública. En ciertas situaciones, la noticia ha logrado tener suficiente relevancia como para suponer no ya la conveniencia sino la necesidad de conservar la indemnidad de la fuente de información y confiabilidad del periodista a fin de que pueda revelar nuevas noticias que alienten el debate y, con ello, la democracia.

*El secreto profesional puede ser invocado, desde luego, ante poderes públicos y particulares; pero no hay duda que en relación con los primeros, la problemática probablemente más compleja se plantea cuando el titular del secreto hace uso del mismo ante los órganos dependientes del Poder Judicial. Por esta razón, aparece como centro del conflicto jurídico que se plantea entre el derecho fundamental a comunicar (el periodista) y a recibir información (por parte del cuerpo social) y el deber de cualquier testigo de declarar sobre todo aquello que le haya sido preguntado en un interrogatorio*<sup>549</sup>.

Un aspecto problemático del secreto profesional refiere a la situación en la que queda colocada el periodista cuando un órgano jurisdiccional le exige declarar sobre sus fuentes de información<sup>550</sup>. En efecto, “entre la información susceptible de ser transmitida mediante la mecánica descrita, se encuentra aquella que, siendo de interés público, trata de mantenerse oculta por parte del Estado”<sup>551</sup>. Quitarle al periodista el derecho a que mantenga en secreto la fuente de la información, constituye una forma indirecta de cercenar la posibilidad de control que tiene la sociedad contra los abusos de poder mediante una informada opinión pública: “a la postre, una sociedad con periodistas más informados garantizará una sociedad mejor informada, que una sociedad que constriña al periodista a confesar la fuente de información de la cual se valió”<sup>552</sup>.

547 CIDH, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, *Declaración de Principios para la Libertad de Expresión*, OEA, principio n° 8.

548 CARRILLO, MARC, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, p. 423.

549 CARILLO, M. “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, p. 422.

550 Íbid.

551 CÁSERES NIETO, E., “El Secreto Profesional de los Periodistas”, en AAVV, *Derecho a la información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 37, pp. 447-478 [en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/7/23.pdf>].

552 QUIROGA LAVIÉ, H., “La Protección de la Intimidad y la Regulación del Secreto”, en *Derecho a la información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 37, pp. 503-522 [en línea: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/7/25.pdf>].

## 4. Algunas modulaciones de la libertad de expresión

### 4.1. Censura previa y tutela judicial efectiva

La primera aclaración que cabe hacer al respecto, como se expresó más arriba, es que habiendo adoptado la CADH la doctrina de las restricciones previas (*prior restraint doctrine*), cuya paternidad es reconocida a William Blackstone (1723-1780), los órganos de protección (tanto la CIDH como la Corte IDH) han interpretado también que la prohibición de censura previa incluye todo tipo de censura (administrativa, legislativa y judicial) sin distinción, y han sido categóricos en dicho afán.

Así, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva 5/85, de forma tajante afirmó que “[...] la prohibición de la censura previa [...] *es siempre incompatible* con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión”.

Allí mismo dispuso que “en esta materia *toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad* garantizada por la Convención”<sup>553</sup>.

Por si quedaban dudas, en un caso contencioso donde se discutían los alcances de este derecho (el de la película “La última tentación de Cristo”) volvió a afirmar que “cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”<sup>554</sup> (tesis que fue confirmada también en los casos “*Ivcher Bronstein*” y “*Herrera Ulloa*”) y que la única excepción estaba configurada por el inciso 4º del artículo 13 (CADH), en cuanto permitía esta censura en el caso de espectáculos públicos, y únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

En el mismo sentido se expidió la CIDH en el caso “*Martorell*”<sup>555</sup> explicando que la prohibición de la censura se realiza “sin importar la forma en que se efectivice”, de modo que abarcaría todas las formas de restricción (o regulación previa).

Por eso mismo, desde la doctrina se han realizado aportes que procuran eludir la distinción tajante entre restricción previa o responsabilidades ulteriores, para centrarse en el derecho o bien jurídico de relevancia que se intenta proteger. En este sentido, autores como Fernando Toller reconocen que incluso las expresiones que poseen protección constitucional pueden ser impedidas en forma preventiva y por orden judicial, si de ese modo se evita la producción de daños graves e irreparables (a derechos fundamentales o a importantes bienes públicos) que luego tendrán que ser subsanados. Tesis que encuentra su apoyatura

553 CORTE IDH, *Opinión Consultiva 5/85*, § 38. El resaltado nos pertenece.

554 CORTE IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

555 CIDH, “*Martorell vs. Chile*”, Informe 11/96, 22 de mayo de 1996.

en el principio de tutela judicial efectiva, en su faz preventiva, reconocido en el ámbito americano en el artículo 25 de la CADH<sup>556</sup>.

En suma, si el operador jurídico particular procura lograr una medida preventiva destinada a impedir una publicación, debe saber que, en principio cuenta con pocas chances de éxito, y, en todo caso, deberá demostrar, echando mano de la doctrina citada, de qué modo la publicación que intenta impedir afecta gravemente derechos fundamentales y cómo hará primar la tutela judicial efectiva de ellos en desmedro del artículo 13 de la CADH.

## 4.2 Sistema restringido de responsabilidades ulteriores

El acceso a la información, como dijimos, no es un derecho absoluto y tiene ciertas restricciones, cuya justificación reposa en el art. 13, inc. 2, de la CADH, en cuanto sólo reconoce legítimas aquellas necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por lo demás, toda restricción “debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”<sup>557</sup>.

La Corte IDH ha enfatizado con suficiencia la necesidad de que los requisitos se encuentren fijados por ley, pues la previa contemplación legislativa permite asegurar “que no queden al arbitrio del poder público”<sup>558</sup> y que corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos<sup>559</sup>.

En cualquier caso, el principio rector es el de máxima divulgación, pues la negación injustificada o arbitraria al acceso a la información en poder del Estado genera inseguridad jurídica<sup>560</sup>.

El tribunal regional también destacó que a partir de la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, “el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información” sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, “la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando

---

556 Al respecto, véase: TOLLER, FERNANDO. *El formalismo en la libertad de expresión*, Bs. As., 2011, Marcial Pons; y TOLLER, FERNANDO. “Una distinción honrada por el tiempo; revisión crítica de la diferenciación entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores en el ámbito de la libertad de expresión” en *Jurisprudencia Argentina*, cita online: 0003/013516. De hecho, su tesis doctoral versó sobre esta cuestión: *Derecho a la tutela judicial y libertad de prensa; Estudio comparado de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1997.

557 CORTE IDH, Caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, § 91.

558 CORTE IDH, Caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, § 89.

559 CORTE IDH, Caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile”, § 93.

560 CORTE IDH, Caso “Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam”. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, § 266.

el pluralismo informativo”<sup>561</sup>. La referencia a la pluralidad en la información se reiteró en *Caso Granier y otros vs. Venezuela*<sup>562</sup>.

Queda claro, por lo tanto, que el derecho a la información se verá influido por la libertad de los medios de comunicación tanto en relación con la diversidad de fuentes de información a las que puedan recurrir como a la posibilidad que tengan de acceder a ser parte de la red informativa por cuanto los monopolios u oligopolios informativos constituyen una fuente de cercenamiento al pluralismo informativo (cfr. art. 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión).

Ello en la inteligencia de que los medios de comunicación “son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión, que sirven para materializar este derecho y que juegan un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de esta libertad en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones”<sup>563</sup>. Cabe aclarar, que aunque los medios de comunicación son creados por medio de una persona jurídica, todo lo dicho aplica igualmente a las personas humanas que se encuentran empleada o bajo la órbita de dicho medio ya que “las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados. Igualmente, la Corte IDH ha resaltado, como lo había afirmado la CIDH, que para determinar si una acción estatal que afectó al medio como persona jurídica también tuvo, por conexidad, un impacto negativo, cierto y sustancial sobre la libertad de expresión de las personas naturales, se debe analizar el papel que cumplen las presuntas víctimas dentro del respectivo medio de comunicación y, en particular, la forma en que contribuían con la misión comunicacional del canal”<sup>564</sup>.

Sin embargo, esa pluralidad no constituye una carta blanca para cometer delitos por medio de la prensa o difamar impunemente.

Por ello, en el orden interno, sigue vigente la doctrina “*Campillay*” (CSJN)<sup>565</sup>, en tanto elaboró un pequeño test práctico destinado a evaluar las diligencias que deben tener presente quienes tienen la tarea de publicar informaciones.

561 CORTE IDH, Caso “*Kimel vs. Argentina*”. Sentencia de 2 de mayo de 2008, § 57.

562 “Este Tribunal desde sus inicios ha resaltado la importancia del pluralismo en el marco del ejercicio del derecho a la libertad de expresión al señalar que éste implica la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. La relevancia del pluralismo ha sido, a su vez, destacada por la Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones, en las cuales ha reafirmado que “los medios de comunicación libres e independientes son fundamentales para la democracia, para la promoción del pluralismo, la tolerancia y la libertad de pensamiento y expresión, y para la facilitación de un diálogo y un debate libre y abierto entre todos los sectores de la sociedad, sin discriminación de ningún tipo”; aclarará también que existe “un deber del Estado de proteger y garantizar este supuesto, en virtud del artículo 11 de la Convención, por medio, tanto de la minimización de restricciones a la información, como por medio de propender por el equilibrio en la participación, al permitir que los medios estén abiertos a todos sin discriminación puesto que se busca que “no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos”; CORTE IDH, Caso “*Caso Granier y otros vs. Venezuela*”. Sentencia de 22 de Junio de 2015, § 141 y 142, respectivamente.

563 CORTE IDH, Caso “*Granier y otros Vs. Venezuela*”, § 148.

564 CORTE IDH, Caso “*Granier y otros vs. Venezuela*”. Sentencia de 22 de Junio de 2015, § 151.

565 CSJN, “*Campillay, Julio c/La Razón y otros*”, 15 de mayo de 1986 (Fallos 308:789).

En el caso concreto la CSJN hubo de sopesar el interés público por obtener información (en el contexto de su trascendencia sociopolítica) y la honra de la persona involucrada en el reporte informativo.

Así, entendió, en prieta síntesis, que el actuar de los periódicos demandados había implicado “un ejercicio imprudente de su derecho de informar”, pues “un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas -admitida aun la imposibilidad práctica de verificar su exactitud imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito” (considerando 7º).

Explicó, a renglón seguido la CSJN, que el hecho de que las publicaciones se hubieran limitado a transcribir prácticamente el comunicado policial respectivo no los excusaba de responsabilidad, en la medida en que éstos hicieron suyas las afirmaciones contenidas en aquél, “dándolas por inexcusablemente ciertas”, pese a que “un prudente examen de tal memorándum evidenciaba que la versión respectiva daba cuenta de que el actor no había sido oído ni juzgado por la autoridad judicial interviniente, la que concluyó, a la postre, con un sobreseimiento definitivo a su respecto” (Considerando 8º).

En suma, se entendió que un medio periodístico no respondería por la difusión de información que pudiera resultar difamatoria para un tercero, si cumple con alguna de las siguientes pautas: a) Cuando se propale la información atribuyendo –de modo sincero y sustancialmente fiel- su contenido directamente a una fuente identificable; b) Cuando se utilice un tiempo de verbo potencial, o mejor dicho “un discurso meramente conjetural que evite formas asertivas”; o c) Cuando se omita la identidad de los presuntamente implicados, y se evite suministrar datos que permitan conducir a su fácil identificación.

### 4.3. Estándares en casos de personas públicas

En la misma línea que la doctrina de la real malicia, de origen anglosajón, la Corte IDH también ha distinguido aquellos casos en que las restricciones a la libertad de expresión tienen relación con personas de prominencia en el ámbito público.

El tribunal regional desarrolló al respecto una posición similar a la del TEDH. De ese modo, estableció que deben distinguirse las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública como, por ejemplo, un político<sup>566</sup>.

La justificación la encuentra en que “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público”<sup>567</sup>. De este modo, lo que se procura, a partir del ejercicio del control democrático, es fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad<sup>568</sup>.

566 CORTE IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 125.

567 CORTE IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, § 127.

568 CORTE IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, § 83.

Ello no implica *per se* el desconocimiento del derecho a la honra de las personas que son públicas, sino que su tutela debe ser acorde a los principios del pluralismo democrático<sup>569</sup>; aunque, obviamente en estos casos, la valoración de los dichos que afecten la honra exigirá la aplicación de un criterio más estricto.

Se entiende así porque aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público “se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”<sup>570</sup>. Este fenómeno singular por el cual las actividades de ciertas personas se trasladan de su natural esfera privada a la pública, justifica un mayor nivel de tolerancia a las críticas, pues estas personas tienen la posibilidad debido a su posición de notoriedad en la sociedad de ejercer su derecho a réplica<sup>571</sup>.

Para la valoración, sin embargo, el acento no está puesto en la calidad del sujeto o en el sujeto en sí mismo, “sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”<sup>572</sup>. Para la Corte IDH: “es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública gocen, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de una mayor protección que permita un margen de apertura para un debate amplio, esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”<sup>573</sup>.

Según la Corte IDH, son de interés público “aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes”<sup>574</sup>.

Resulta interesante, asimismo, lo dicho en ocasión del caso *Kimel Vs. Argentina*. Los hechos del caso referían a las críticas realizadas por un periodista respecto de la labor de un juez en el marco del caso judicial conocido como “Masacre de San Patricio”.

En su intervención, la Corte IDH sostuvo que proteger la libertad de expresión era necesario pues “en la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población<sup>575</sup>” ya que “en una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios [deben] rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas”<sup>576</sup>.

569 CORTE IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, § 128; este criterio será reiterado en CORTE IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004, § 100.

570 CORTE IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 129.

571 Estas personas, como dijimos, tienen una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación (Cfr. CORTE IDH, Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*” § 122).

572 CORTE IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004, § 129 y CORTE IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004, § 103.

573 CORTE IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, § 82.

574 CORTE IDH, Caso Lagos Del Campo vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017, § 110.

575 CORTE IDH, Caso *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, § 88.

576 CORTE IDH, Caso *Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, § 88.

En otro caso interamericano que involucró a la Argentina (*Fontevicchia y D'amico*), la CIDH intentó fijar el estándar que debía utilizarse para ponderar la contraposición entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra en un caso concreto, cuando la persona que se amparaba en su derecho a la privacidad era un alto funcionario público del Estado (en el caso el entonces presidente Carlos Saúl Menem).

La CIDH, en esa oportunidad, sostuvo que para resolver el conflicto entre el derecho a la vida privada de un alto funcionario público y el derecho a la libertad de expresión, en primer lugar, “es necesario verificar si realmente se produjo un daño cierto sobre el derecho supuestamente afectado”, poniendo como ejemplo de no ocurrencia del daño en aquellos casos en los cuales la información difundida “ya se encontraba en el dominio público o si la persona dio su autorización tácita o explícita para publicar dicha información, pues en esos casos no existe una expectativa legítima de privacidad”.

En segundo lugar, corresponde al juez evaluar en el caso concreto la presunta vulneración de la vida privada; y en tercer lugar, debe ponderarse el factor decisivo para resolver este conflicto es la relevancia pública de la información, es decir su capacidad para contribuir a un debate de interés general.

Entre otras circunstancias, identificó la información sobre un funcionario es de relevancia pública cuando: a) de alguna manera, a pesar de tener un componente de vida privada, tiene que ver con las funciones que esa persona ejecuta; b) se refiere al incumplimiento de un deber legal como ciudadano; c) resulta un dato relevante sobre la confianza depositada en él, y d) se refiere a la competencia y las capacidades para ejercer sus funciones”<sup>577</sup>.

Por ello, la Corte IDH, acogió el planteo de la CIDH, al entender que se había demostrado la satisfacción de los dos criterios relevantes, para habilitarse esta intromisión en la vida privada de una persona pública, a saber: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan<sup>578</sup>.

## 4.4 El derecho a la intimidad y la privacidad

Finalmente, cabe realizar algunas consideraciones sobre los límites de la libertad de prensa cuando se encuentra en juego la intimidad y la privacidad de las personas, como consecuencia del principio de dignidad humana, y que alcanza también a aquellos que se encuentran imputados por graves delitos de corrupción o, en verdad, cualquier tipo de delitos.

En primer lugar debemos distinguir someramente a la intimidad de la privacidad.

El primero de ellos, la *intimidad*, encuentra asidero en el artículo 18 de la Constitución en cuanto prevé un ámbito de exclusión de terceros, y una protección especial al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, requiriéndose una ley previa y una orden judicial a efectos de allanar esa barrera. La CSJN ha abordado esta cuestión, entre otros, en los casos *Fiorentino* y *Vega* (inviolabilidad del domicilio y su relación con presuntos consentimientos),

577 CORTE IDH, Caso *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, § 17.

578 CORTE IDH, Caso *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, § 59-63.



*Quaranta* (intervenciones telefónicas) y *Baldivieso* (confidencialidad del paciente como una faceta de la intimidad)<sup>579</sup>.

Sobre la *privacidad* en particular, debe predicarse que emana del artículo 19 de la Constitución nacional, en cuanto exime de la autoridad de los magistrados todas aquellas acciones (privadas) que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. En consecuencia, son acciones cuya interpelación sólo es reservada a Dios.

La CSJN tuvo oportunidad de expresarse en un caso de gran notoriedad pública, *Ponzetti de Balbin* (Fallos 306:1892), en el que entendió que el derecho a la privacidad comprende:

[...] no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen<sup>580</sup>.

Otra definición sobre la privacidad puede encontrarse en el voto del Dr. Petracchi en el famoso caso *"Bazterrica"*, en el que se entendió que no podía castigarse la tenencia de consumo de estupefacientes para consumo personal mientras no afecte a terceros, en aras de proteger los valores de la intimidad y la autonomía personal.

El ministro entendió en lo pertinente, que como contrapartida de esa esfera de reserva, correspondía al Estado garantizar el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás<sup>581</sup>.

La Corte IDH también se ha encargado de este punto, en especial relación con la libertad (artículo 7 CADH) en *"Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina"* (1/9/2020) y en *"Azul Rojas Marin vs. Perú"* (12/3/2020), al destacar la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado, en la medida en que no haya exteriorización que afecte a terceros.

En este sentido adquiere relevancia la ley 25.326 (Protección de Datos Personales y el Convenio 108 para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, aprobado en nuestro país por ley 27.483), que si bien no prohíben el monitoreo de la ubicación de las personas, a través de medios de geolocalización o tracking, exige que tratamiento de datos que se implementen se realice respetando la privacidad de las personas.

579 CSJN, "Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes", 27/11/1984 (Fallos 306:1752); "Recurso de hecho deducido por Santiago B. Kiernan (fiscal ante la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia) en la causa Vega, Fabián Alberto y otros s/ robo en perjuicio de la Escuela Nacional Especial N° 12 General Mosconi –causa n° 1472–", 26/10/1993 (Fallos 316:2464); "Quaranta, José Carlos s/ inf. Ley 23.737 –causa n° 763–", 31/8/2010 (Fallos 333:1674); y "Baldivieso, César Alejandro", 20/04/2010.

580 CSJN, "Ponzetti de Balbin, Indalia c. Editorial Atlántida, S.A. s/ Daños y Perjuicios", 11 de diciembre de 1984 (Fallos 306:1892), considerando 8.

581 CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefaciente", 29/8/1986 (Fallos 308:1392), voto del Dr. Petracchi, considerando 12.

Es del caso resaltar, por tanto, que el artículo 5 de la ley 25.326 establece en qué casos puede recopilarse información que es considerada *dato personal* (entre la que cabe incluir aquella referida a la ubicación de una persona y/o sus desplazamientos): a) El titular de los datos haya prestado su consentimiento libre, expreso e informado. b) El consentimiento podrá ser obtenido a través de la aceptación de términos y condiciones en una aplicación o plataforma web. c) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto. d) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal. e) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento.

## 4.5 El derecho a réplica o respuesta

Otra prevención que puede interpretarse como una modulación de la libertad de expresión es el instituto de la libertad de rectificación o respuesta, que en nuestro medio se ha traducido como derecho a réplica, aunque según los estándares de derechos humanos sería imprecisa esta última acepción.

En la CADH se encuentra contemplado en el artículo 14 en cuanto prevé:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

La Corte IDH ha tenido oportunidad de aclarar los alcances de este derecho en su Opinión Consultiva dictada al efecto<sup>582</sup>. En primer lugar entendió que los bienes que intenta tutelar la Convención no son otros que el *honor* y la *dignidad* de las personas (§ 23), en cuanto interpretó armónicamente los incisos 1 y 3 del artículo 14. El primero que alude a la afectación “por informaciones inexactas o agraviantes” -emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados-, y el tercero, que especifica la efectiva protección de la honra y la reputación.

Por ello se ha afirmado en doctrina que es esa “la versión más ajustada de los bienes tutelados por este derecho”, pues “no toda la dignidad de la persona está atendida por la rectificación o respuesta, sino la parcela de la dignidad humana conectada con su honra y reputación. Por ejemplo, no refiere al respeto de la dignidad en el trabajo forzoso (art. 6.2. de la CADH)”<sup>583</sup>.

En dicha Opinión Consultiva, la Corte IDH destacó la correspondencia del artículo 14 con otros preceptos de la CADH. Así, al referirse a la libertad de pensamiento o expresión (artículo 13.2) entendió que debía sujetarse a los derechos o a la reputación de los demás; de modo que enfatizó la necesaria comunicación entre la rectificación o respuesta y la libertad de expresión.

582 CORTE IDH. OC-7/86, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A n° 7.

583 NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, “Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta” en: STEINER, CHRISTIAN, FUCHS, MARIE-CHRISTINE (eds) y URIBE GRANADOS, G. PATRICIA (coord., académica) (2019). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario, Segunda edición*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, p. 434.

En sus propias palabras:

La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 (§23, con cita de la OC 5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, §18).

También precisó el tribunal regional que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre libertad de expresión.

Al verificar su relación con la honra y la dignidad (artículos 11.1. y 11.3), destacó que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y a su dignidad, y el derecho a la protección de la ley contra injerencias o ataques a las mismas.

Y, por último, al analizar la ponderación de derechos, en los términos del artículo 32.2 de la CADH, dejó sentado que los derechos de cada uno están limitados “por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (§ 23).

Según autores como Badeni, esta última remisión armonizadora de derechos resulta vital para aventar las fuertes objeciones planteadas en diversos escenarios jurídicos, donde se intentó sostener que la réplica (rectificación o respuesta) era incompatible con la libertad de prensa, por implicar una suerte de censura sobre el medio de difusión afectado, al que se le obligaría, contra su voluntad, a incluir en su programación los textos de la réplica<sup>584</sup>.

Una segunda salvedad que cabe realizar es que este derecho no incluye la “réplica ideológica” y por tanto, las acciones que se encuentran sujetas a rectificación o respuesta no parecerían ser las opiniones o los juicios de valor, sino las **informaciones** vertidas a través de la prensa y que ponen en jaque la honra y la dignidad de las personas.

La CSJN también tuvo que interpretar las prescripciones convencionales, antes y después de su jerarquía constitucional.

En el famoso caso “*Ekmekdjian c/Sofovich*”<sup>585</sup>, que se pronunció sobre la operatividad de este instituto pese a su imprevisión legislativa local, la CSJN, hizo extensible el derecho en trato ante las palabras especialmente ofensivas contra las creencias del demandante -en su carácter de católico (las expresiones se referían a la Virgen María)-, pronunciadas en un programa de televisión; aunque aclarando el alto tribunal que no procedería, en cambio, ante opiniones políticas o electorales.

Años más tarde, en el caso “*Petric*”<sup>586</sup>, la CSJN volvió a expresarse sobre el punto, y si bien convalidó la regla según la cual no es procedente la rectificación cuando se trata de la emisión de opiniones políticas pero sí es admisible si se expresan “hechos y actividades” más allá de que tengan trascendencia política.

584 GREGORIO BADENI, *Libertad de prensa*, Bs. As., 1991, Abeledo Perrot, pp. 161-164.

585 CSJN, *Ekmekdjian c/Sofovich*, Fallos 315:1492, 1992.

586 CSJN, “*Petric, Domagoj Antonio c/Página 12*”, Fallos 321:885, 16/4/1998.

He aquí la cuestión que resulta aplicable al presente trabajo, pues indiscutiblemente, cuando de causas de corrupción se trata, la significación política es innegable, pero el límite se encuentra debidamente marcado por la afectación del honor y el buen nombre –como lo veremos también en el próximo apartado–.

De allí la importancia de recordar el estándar trazado por la Corte argentina, que en perspectiva implicó “un correcto ajuste” respecto de la tesis amplia adoptada en “*Ekmekdjian*”, y cuya mayoría “trazó con acierto –dice María Angélica Gelli– la delgada línea divisoria entre opiniones políticas y hechos y actividades de trascendencia política”, precisándose al respecto que “estos últimos, por pertenecer al mundo de lo comparable y no a lo meramente valorativo u opinable, habilitan la réplica y pueden ser objeto de prueba judicial, ya sea que se trate de noticias inexactas o agraviantes”<sup>587</sup>.

En suma, si bien el desarrollo jurisprudencial en materia de derechos humanos no ha abordado con la debida profundidad el derecho de rectificación o respuesta (aunque sí en orden a la libertad de expresión), debe aclararse que este derecho reconoce su origen, por un lado, en la doble dimensión de la libertad de expresión (en su faz individual como derecho a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y en la faz colectiva o social como derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada, es decir, verazmente); y al mismo tiempo, en la debida protección de la honra y la reputación de toda persona, más allá del delito que se le impute.

587 MARÍA ANGÉLICA GELLI, “El Caso Petric ¿valor agregado de la rectificación o respuesta?” en *La Ley*, 1998F-53.

## 5. A modo de conclusión

---

Luego de haber repasado las aristas principales de la libertad de expresión y su relación con los graves delitos de corrupción, podemos hacer un pequeño balance en perspectiva de derechos humanos, que será útil a modo de resumen final.

A modo introductorio, revelamos la importancia que ostenta la libertad de expresión para toda democracia representativa, con un sistema de división y control del poder, caracterizado por: a) la publicidad de los actos de gobierno; b) la responsabilidad de los funcionarios públicos; c) la periodicidad de los cargos y mandatos electivos; y d) la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

De ella vimos desprenderse, precisamente, la responsabilidad de los gobernantes ante el electorado y el deber de rendir cuentas periódicamente por su gestión; además del derecho de acceso a toda información que se refiera al manejo de los negocios o asuntos gubernamentales, a temas o personalidades institucionales, y, de modo especial, respecto a aquellas cuestiones de relevancia o interés público.

Identificamos, ambas dimensiones de este derecho: una individual, consistente en “el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones”; y una colectiva o social, que le agrega a la anterior la aptitud para procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada.

En esa primera parte recordamos también tratados internacionales que consagran la libertad de expresión en su catálogo de derechos, destacando el rol de custodio que se le ha asignado a la prensa por parte del TEDH y la adopción tajante de la doctrina de las restricciones previas (*prior restraint doctrine*) que hizo el sistema interamericano de DDHH al momento de sopesar este derecho con la tutela judicial efectiva de otros derechos importantes.

Dedicamos un capítulo a la legislación argentina sobre la materia, al tiempo que se trajeron a colación algunos aportes específicos de la Corte IDH sobre el rol de la prensa en general y los periodistas, en particular.

La segunda parte estuvo dedicada a las tres aristas enunciadas por la Corte regional en orden al interés público, a saber: los discursos protegidos (referidos a personalidades públicas -expuestas voluntariamente a un escrutinio público más exigente-); la publicidad y transparencia en la gestión de la cosa pública, como parte del pluralismo informativo; y la confidencialidad de las fuentes periodísticas como contracara del control ciudadano al poder.

En la tercera parte nos enfocamos en la íntima relación existente entre la libertad de expresión como requisito necesario para luchar contra la corrupción, abordando los principios que rigen la materia (máxima divulgación y buena fe); el rol esencial que cumplen los medios de comunicación en este afán y la importancia del derecho a la reserva de las fuentes.

Finalmente, enunciaremos algunos matices que se le han reconocido a los principios generales, sobre todo cuanto está en juego el derecho a la intimidad o el derecho a la privacidad, que perviven incluso ante imputaciones de graves delitos de corrupción, aunque con ciertas salvedades cuando se trata de personalidades públicas.

De este modo, hemos intentado abarcar, al menos someramente, los hitos principales que deben tener en cuenta quienes tienen a su cargo investigaciones sobre graves delitos de corrupción en que se asoma la libertad de expresión, más allá de las directrices concretas que se postulan en la segunda parte de este trabajo.

Ello en la convicción de que en un Estado Constitucional (y Convencional) de Derecho la acción de incomodar al poder resulta connatural al principio republicano de división de poder, pues como propuso con estética literaria Thomas Gordon en las *Cato's Letters*, el poder es como el fuego, que para ser beneficioso debe ser controlado:

**El poder es como el fuego; calienta, quema o destruye, de acuerdo a cómo es vigilado, provocado o alimentado.** Es tan peligroso como útil. Su única regla es el bien del pueblo; pero como es capaz de violar sus límites, en todos los buenos gobiernos nada, o tan poco como sea posible, debe ser dejado a la casualidad, o a los humores de los hombres que son autoridad: todos deben proceder por reglas fijadas y establecidas (...)<sup>588</sup>.

---

588 “Letter N. 25, April 15, 1721, Consideration on the destructive spirit of arbitrary power”, en *Cato's Letters, or Essays on Liberty, Civil and Religious, and Other Important Subjects*, edited and annotated by Ronald Hamowy, Liberty Fund, Indianapolis, 1995, vol. 1, p. 186; en: TOLLER, FERNANDO, “Fundamento democrático de la libertad de prensa; el poder es como el fuego” en: *LA LEY*, 2013-C, 1283, 03/06/2013; cita online: AR/DOC/2018/2013.

## C. CORRUPCIÓN Y DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

### 1. Corrupción y DESC: planteamiento general

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) encuentran su fundamento en la dignidad humana, aseguran un cierto nivel de bienestar material y social y son, por ende, indivisibles y complementarios de los derechos civiles y políticos<sup>589</sup>. Los clásicos ejemplos aluden al derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda y a un nivel de vida adecuado. En los siguientes párrafos, se utilizarán las expresiones “DESC” o “derechos sociales” en referencia al catálogo de derechos contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

La exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos ha sido ampliamente debatida<sup>590</sup>, aunque no corresponde aquí desarrollar los términos de esa discusión. Lo cierto es que la Corte IDH ha sostenido que los DESC “deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”<sup>591</sup>. A su vez, la CIDH admitió la existencia de una efectiva vulneración de los DESC como producto de los actos de corrupción. Señaló que “la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a *los derechos humanos en su integralidad* —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—”<sup>592</sup>. En igual sentido se expidieron el Consejo

589 NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Estudios Constitucionales de Chile*, año 7, N° 2, 2009, p. 148.

590 Sobre el particular, puede verse ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, España, Ed. Trotta, 2002; ABRAMOVICH, C. y COURTIS, C., *Op. Cit.*, cap. 1.; “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en ABREGU, M. y COURTIS, C., *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto/CELS, Bs. As., 1997, pp. 283-350; ARCIDIÁCONO, P. y GAMALLO, G., “Política social y judicialización de los derechos sociales”, *Revista Temas y debates*, N° 22, 2011. Recuperado de: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1853-984X2011000200005f](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-984X2011000200005f); Pinto, M., “Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales”, *Revista IIDH*, vol. 56, 2012. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30351.pdf>; Rossi, J. y Filippini, L., “El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales en Latinoamérica”, 2008 Recuperado de: [https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Rossi\\_Filippini\\_Sep2008.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Rossi_Filippini_Sep2008.pdf).

591 CORTE IDH, Caso *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 198, sentencia del 1 de julio de 2009, § 198; Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21/5/2013, Serie C N° 261, § 130.

592 CIDH, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019, § 150, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>, último acceso 31 de marzo de 2021. El destacado no pertenece al original. Allí, a su vez, se cita CIDH, “Situación de los derechos humanos en Venezuela”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 31 diciembre 2017, § 412 y de CIDH, Resolución 1/18 “Corrupción y Derechos Humanos”, Bogotá, 2 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>, último acceso el 31 de marzo de 2021.

Económico y Social de las Naciones Unidas<sup>593</sup>, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>594</sup>, el Consejo de Derechos Humanos<sup>595</sup>, la CIDH y su Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)<sup>596</sup>.

Debido a la naturaleza de estos derechos, su relación con la existencia de corrupción dentro de un Estado puede diferir de la que se configura en el caso de los derechos civiles y políticos. Si bien es cierto que todos los derechos humanos importan costos<sup>597</sup> y exigen del Estado acciones positivas, mientras que la directriz general en los derechos civiles y políticos es que el Estado se abstenga de actuar y respete las libertades —es decir, su obligación principal reside en un “no hacer”—, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, se espera del Estado un rol activo, acciones concretas —es decir, tienen como obligación principal a cargo del Estado un hacer—. Específicamente, se exige que el Estado participe en la financiación y provisión de recursos tendientes a satisfacer estos derechos en alguna medida, en especial respecto de aquellos que se encuentran en posiciones desventajosas<sup>598</sup>. La malversación de recursos provoca, por ende, un impacto negativo profundo en la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones de hacer del Estado referidas a los DESC, las cuales, justamente, exigen el desembolso de grandes sumas de dinero.

En otras palabras, el papel que el Estado asume frente a los DESC los vuelve más endeblés a las consecuencias de la corrupción, pues esta impacta sobre aquellos de manera directa: si partimos de la base de que los recursos disponibles del Estado son limitados, se evidencia que aquellos recursos que fueran desviados por actos de corrupción reducirán los disponibles para la promoción y garantía de los DESC. Es así que muchas veces se utiliza el argumento de la falta de recursos para justificar la insatisfacción de los derechos sociales cuando lo que realmente sucede es que tales recursos existen, pero son utilizados en beneficio privado<sup>599</sup> o mal administrados en políticas públicas atravesadas por la corrupción.

593 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, “La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales”, E/CN.4/Sub.2/2004/23, 7 de julio de 2004, párrs. 22-26.

594 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “Observaciones Finales (Paraguay)”, UN Doc. E/C.12/PRY/CO/4, 20 de marzo de 2015, § 11; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observaciones Finales (Venezuela)”, UN Doc. E/C.12/VEN/CO/3, 7 de julio de 2015, § 12; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observaciones Finales (Guyana)”, UN Doc. E/C.12/GUY/CO/2-4, 28 de octubre de 2015, párrs. 18 y 19; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observaciones Finales (Honduras)”, UN Doc. E/C.12/HND/CO/2, 11 de julio de 2016, párrs. 17 y 18; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observaciones Finales (Colombia)”, UN Doc. E/C.12/COL/CO/6, 19 de octubre de 2017, párrs. 21 y 22; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observaciones Finales (México)”, UN Doc. E/C.12/MEX/CO/5-6, 17 de abril de 2018, § 16 y 17.

595 Naciones Unidas, Asamblea General, “Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos”, A/HRC/28/73, 5 de enero de 2015.

596 CIDH, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019. Además, en el “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas”, se alude a la corrupción como obstáculo para la eficacia de los Programas de Transferencia Condicionada. Cfr.

597 Lo demuestran HOLMES, S. y SUNSTEIN, C. R., en *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

598 Esto, claro está, sin perjuicio del respeto por el principio de subsidiariedad y de la necesidad de que cada individuo o cuerpo intermedio sea por sí mismo quien primero satisfaga, en la medida de sus posibilidades, sus derechos económicos, sociales y culturales. Y sin perjuicio de que se deben tener en cuenta, como lo prevé expresamente el PIDESC, las circunstancias nacionales, pues no siempre los estados cuentan con los recursos necesarios para satisfacer íntegramente los DESC de todos sus habitantes.

599 Sobre esto, véase CARRASCO, M., “Los derechos sociales frente al argumento de la falta de recursos”, *Solonik. Revista Digital de Políticas públicas y derechos humanos*, 2019, N° 6, p. 77 y ss.



Por lo demás, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en relación con los DESC genera un escenario lamentablemente propicio para la corrupción. En efecto, los grandes contratos que celebra el Estado para proveer o regular la provisión de servicios relacionados con la salud, la vivienda, el agua y la educación son ocasión idónea para la comisión de actos de corrupción a gran escala<sup>600</sup>.

Por un lado, todo ello significa un incumplimiento de parte del Estado del principio del “máximo de los recursos disponibles”, al que queda obligado en virtud del artículo 2.1 del PIDESC<sup>601</sup>. Así lo ha reconocido la CIDH, al afirmar que:

la falta o desvío de recursos públicos por actos de corrupción afectan no solo las obligaciones inmediatas de los Estados para la realización de tales derechos, además tienen un correlato particular con la obligación de progresividad para su realización plena, e incluso, pueden significar la existencia de regresiones concretas en su disfrute. De allí que un primer acercamiento al tema de corrupción y DESC se da en el ámbito del cumplimiento del deber de los Estados de destinar “el máximo de los recursos disponibles” a la realización y satisfacción de tales derechos<sup>602</sup>.

En relación con esto, cabe mencionar que la Corte Suprema argentina ha hecho alusión explícita a la obligación del Estado de adoptar medidas para la efectividad de los derechos hasta el máximo de sus recursos disponibles, con relación al derecho a la salud, en el caso “Campodónico de Beviacqua”<sup>603</sup>. Asimismo, respecto del derecho a una vivienda digna, en “Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”<sup>604</sup> el ministro Petracchi señaló que el Estado debe “realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes”.

Por otro lado, la corrupción también configura un apartamiento del deber de asignar prioridad a la promoción de los derechos humanos en la distribución de los recursos<sup>605</sup> y del principio de progresiva efectividad de los DESC. Se impone recordar, respecto de esto último, que el Comité DESC entiende que los estados tienen una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible para lograr la plena efectividad de los derechos sociales<sup>606</sup>.

600 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2009, p. 51. Recuperado de: [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021.

601 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2009, p. 69. Recuperado de: [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021. El artículo 2.1 del PIDESC establece que “[c]ada uno de los Estados Partes (...) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

602 CIDH, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019, § 154. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e2f1b384.pdf>, última visita el 31 de marzo de 2021.

603 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN), Fallos 323:3229, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carolina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, sentencia del 24 de octubre de 2000.

604 CSJN, Fallos 335:452, “Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 12 de abril de 2012.

605 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (2009): “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, p. 54. Recuperado de: [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021.

606 COMITÉ DESC, “Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, 14/12/1990, § 9.

Finalmente, es unánimemente reconocido que los actos de corrupción impactan especialmente sobre los derechos sociales de las personas más vulnerables<sup>607</sup>, entendiendo por estos aquellos que se encuentran en una posición desventajosa por circunstancias ajenas a su voluntad o fuera de su esfera de control. Ellos son quienes más necesitan de la asistencia del Estado para alcanzar su satisfacción, pues por un motivo u otro se encuentran impedidos de satisfacerlos en parte o en todo por sí mismos y quedan sujetos a prestaciones estatales en materia de salud, educación, vivienda y otros supuestos. Además, por estar en una situación apremiante o de debilidad, son blancos fáciles para los actos de corrupción, pues no constituyen una amenaza de denuncia para el corrupto o no cuentan con medios para defenderse. Uno de los casos típicos de tal escenario es el del migrante a quien se le exige un soborno para acceder a determinada prestación o programa o a quien se lo extorsiona para que entregue dinero bajo amenaza de deportación<sup>608</sup>.

Respecto de aquellos grupos vulnerables es que se dan, frecuentemente, las violaciones estructurales de derechos humanos, que la Comisión IDH ha definido como aquellas vinculadas “con complejos entramados institucionales y culturales (...) cuya resolución requiere de un actuar coordinado de todo el aparato estatal”<sup>609</sup>.

En tal contexto, y en el marco de la “internacionalización de la lucha contra la corrupción”<sup>610</sup>, entendemos que es necesario detenerse en la especial relación que existe entre la corrupción y los derechos sociales, económicos y culturales.

---

607 Cfr. punto 20 del “Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos”, Consejo de Derechos Humanos, 5 de enero de 2015. A/HRC/28/73 y punto 3 b) de la Resolución 1/18 “Corrupción y Derechos Humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En la misma línea, véanse POSADAS, A., “Estado del arte en investigación sobre corrupción”, en *Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia. Debatiendo las fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad*, México, Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 22; Consejo Internacional de Políticas de Derechos, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2009, p. 9 y ss.; Consejo internacional para el Estudio de los Derechos Humanos e Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*. año 2009, p. 9.

608 Es uno de los ejemplos que proporciona la CIDH en “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019, § 454, *in fine*. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e2f1b384.pdf>, última visita el 31 de marzo de 2021.

609 CIDH, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019, § 140, con cita de NASH, C.; AGUILÓ BASCUÑÁN, P. & BASCUR CAMPOS, M. L., “Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Centro de Derechos Humanos, 2014.

610 BURNEO LABRÍN, JOSÉ A., “Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n° 63, pp. 334-335.

## 2. Corrupción y DESC: modalidades de impacto y escenarios posibles

Cuando se hace referencia a la relación entre corrupción y derechos humanos surge el interrogante de si el acto de corrupción constituye una violación directa de los derechos humanos o si es, más bien, un obstáculo o amenaza para su efectivo goce. En principio, los tratados de derechos humanos y los que abordan la corrupción no establecen una relación directa entre aquellos y esta<sup>611</sup>. Sin embargo, se sostiene que en determinados casos puede darse por configurada, a raíz del caso de corrupción, una vulneración directa de derechos protegidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, ante lo cual podrían generarse reclamos internacionales<sup>612</sup>. El reciente informe de la CIDH<sup>613</sup> y el del Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos<sup>614</sup> parecen ir en esa línea.

Con los DESC sucede lo mismo que con el resto de los derechos: hay ocasiones en que el vínculo con la corrupción y la vulneración efectiva del derecho es más directo que en otras. Las modalidades a través de las cuales la corrupción puede impactar sobre los derechos sociales varían, y ello puede ocasionar mayor o menor causalidad entre el acto de corrupción y el impacto sobre un DESC en particular. En general, se clasifica el impacto de la corrupción sobre los derechos humanos en tres categorías: (i) violaciones directas; (ii) violaciones indirectas (cuando la corrupción es condición necesaria); (iii) violaciones remotas (cuando la corrupción es un factor entre muchos otros)<sup>615</sup>.

Otra perspectiva para el análisis de la relación entre la corrupción y los DESC son los cuatro niveles de interacción o vínculos sustantivos descritos por Nash: (i) “afectaciones directas de la corrupción en los derechos humanos; (ii) actos de corrupción como antecedentes de violaciones de derechos humanos; (iii) obligaciones generales del Estado y su relación como parte

611 BURNEO LABRÍN, JOSÉ A., “Corrupción y Derecho internacional de los derechos humanos”, p. 344; NASH, C.; AGUILÓ BASCUÑÁN, P. & BASCUR CAMPOS, M. L., “Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Centro de Derechos Humanos, 2014, p. 26.

612 BURNEO LABRÍN, JOSÉ A., “Corrupción y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Derecho PUCP*, N° 63, 2009, pp. 344 y ss. En contra, es decir, con una visión más escéptica entre la relación directa entre corrupción y derechos humanos, Bryane, M. & Habit, H., “What Does Kosovo Teach Us about Using Human Rights Law to Prosecute Corruption Offences?”, *European Human Rights Law Review*, 7, 2010, pp. 1-8.

613 CIDH, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019, § *in fine*. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e2f1b384.pdf>, última visita el 31 de marzo de 2021.

614 En efecto, tal documento distingue entre “(1) las prácticas corruptas que directamente violan un derecho humano, (2) las prácticas corruptas que conducen a la violación de un derecho humano (pero que, en sí mismas, no violan un derecho) y (3) las prácticas corruptas en las que no puede establecerse un vínculo causal con una violación de derechos específicos”. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2009): “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), p. 28; p. 32 y ss.

615 Pueden consultarse ejemplos de estas tres modalidades en Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2019, p. 32 y ss. Disponible en [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021.

de la respuesta ante la corrupción y (iv) contextos de violaciones de derechos humanos y su interacción con el fenómeno de corrupción”<sup>616</sup>.

Los ejemplos concretos en que la corrupción impacta sobre los DESC van desde el supuesto en el que las partidas presupuestarias destinadas a prestar un servicio se desvían hacia el bolsillo de un funcionario público, hasta el caso en el que la política pública se instrumenta, pero el acceso al beneficio está corrompido (pues se exige, por ejemplo, el pago de sobornos para acceder a un plan, programa o prestación<sup>617</sup>). En el medio, puede concebirse el supuesto de que el servicio se prestase con una calidad inferior o a un costo exagerado, en virtud de que el contrato hubiera sido fraudulentamente otorgado a un prestador que no era el más idóneo o el que había formulado la oferta más conveniente.

Un escenario estructural de corrupción en relación con los DESC es el de la “captura del Estado” por parte de empresas privadas<sup>618</sup>. Se da cuando estas empresas tienen la influencia suficiente para moldear las políticas públicas y las reglas del juego en su interés y beneficio exclusivo. Ello genera a la larga, más allá de la implementación de la política pública, una profundización de la desigualdad, la baja en la calidad de los servicios o erogaciones innecesarias al Estado que implican retracciones presupuestarias de otros servicios o políticas públicas.

Finalmente, dentro de los ejemplos proporcionados por la CIDH en los que la corrupción afecta directamente un derecho, pueden mencionarse:

cuando una persona debe realizar pagos irregulares para estudiar o acceder a atención sanitaria, cuando una empresa ejerce presión política e influencia indebida sobre las autoridades estatales para beneficiarse de tierras y recursos indígenas, cuando se desvían fondos destinados a programas y políticas públicas sociales particulares, o cuando en beneficio de intereses privados se debilita o anula el ejercicio de funciones regulatorias y supervisoras de los Estados en materia ambiental y laboral<sup>619</sup>.

Mientras que el impacto indirecto de la corrupción se da cuando esta es una condición que:

contribuye a la ocurrencia de alguna violación de los DESC indirectamente o de forma más sutil o encubierta, por ejemplo, cuando las autoridades se ven influenciadas a priorizar intereses privados dentro de su política fiscal disminuyendo la disponibilidad de sus recursos públicos en general, cuando evitan recuperar activamente recursos desviados a causa de actos de corrupción, cuando distorsionan los precios en procesos de contratación, o cuando priorizan intereses privados en concursos públicos de plazas educativas o sanitarias, poniendo en riesgo la calidad de los servicios de educación y salud, entre muchos otros<sup>620</sup>.

616 NASH, CLAUDIO, “Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional”, *Estudios de Derecho*, N° 165, pp. 139-140.

617 CARRASCO, M., “Los derechos sociales frente al argumento de la falta de recursos”, *Revista Solonik. Políticas públicas y derechos humanos*, 2019, n° 6, p. 79.

618 MARTINÓN QUINTERO, R., “Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 10, 2016, p. 13.

619 CIDH, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019, § 163, *in fine*. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e2f1b384.pdf>, última visita el 31 de marzo de 2021.

620 CIDH, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019, § 164, *in fine*. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e2f1b384.pdf>, última visita el 31 de marzo de 2021.

De lo analizado en este acápite se desprende que, en algunos casos, la corrupción provoca que la política pública no se implemente o que la calidad del servicio se vea claramente deteriorada. En otros, los programas sociales existen, pero la corrupción los distorsiona<sup>621</sup>.

---

621 GRUENBERG, C., "Los derechos humanos como táctica anticorrupción ¿Una reforma en la que todos ganan?", en O. ORSI y N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, 2011, p. 33.

### 3. El impacto de la corrupción en algunos DESC en particular

---

Tanto la CIDH<sup>622</sup> como el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos<sup>623</sup> se han referido al impacto que puede tener la corrupción sobre determinados derechos económicos, sociales o culturales. A continuación, se proporcionarán algunos ejemplos específicos.

#### a) Derecho a la salud

Es indudable que la corrupción obstaculiza el goce del derecho a la salud e impide que los estados puedan garantizarla de conformidad con los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y calidad<sup>624</sup>. La alteración de medicamentos, la falta de insumos o equipamiento por desviación de los recursos, los pagos indebidos que se exigen para acceder a prestaciones de salud o a ciertos medicamentos y la presión de las industrias farmacéuticas para favorecerse del marco regulatorio son solo algunos ejemplos.

Como ejemplo verídico de actos de corrupción que afectan directamente el derecho a la salud de la población puede mencionarse la venta de remedios adulterados o en mal estado en Honduras<sup>625</sup>, debido a la corrupción de la institución nacional de seguridad social. Es inevitable, en el contexto actual de pandemia, la relación de este supuesto con la posible corrupción en el reparto de vacunas contra el COVID-19. Desde luego que la vida y la salud de la ciudadanía se vería perjudicada si los funcionarios utilizaran su situación de poder para hacerse de vacunas destinadas a la población (en especial, a la de riesgo). Ello se está investigando en varios países de la región.

El terremoto de México del 2017, donde se derrumbó una serie de edificios construidos con permisos obtenidos de modo ilícito, también dejó expuesta la relación entre corrupción y derecho a la vida y a la salud e integridad física de las personas<sup>626</sup>.

---

622 CIDH, “Corrupción y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, 6 de diciembre de 2019. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5e2ffb384.pdf>, última visita el 31 de marzo de 2021.

623 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2019. Disponible en [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021.

624 Estos son los estándares básicos para la medición de la actuación del Estado en relación con los DESC, en especial, con la provisión de servicios públicos. Cfr. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2019, p. 55. Disponible en [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021.

625 Reporte MACCIH N° 6. Análisis y Recomendaciones al Proyecto de Ley del Seguro Social: “Para que los hechos no se repitan”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sap/dsdme/maccih/new/docs/Reporte-MACCIH6-26-09-FINAL.pdf>, cit. en NASH, CLAUDIO, “Derechos Humanos...”, pp. 143-144.

626 Referido también por NASH, CLAUDIO, “Derechos Humanos y Corrupción...”, p. 144.

## b) Derecho a la educación

Algo similar sucede con el derecho a la educación bajo los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Aquí la corrupción puede filtrarse en los procesos de designación docente, en la habilitación de establecimientos educativos, en el otorgamiento de becas o certificados y en la desviación de recursos destinados a construir o financiar dichos establecimientos<sup>627</sup>. Todo ello impactará, en alguna medida, en el derecho a la educación de algunos o de muchos.

## c) Derecho a la alimentación

En cuanto al derecho a la alimentación, la corrupción ha existido tangiblemente en casos como “*Tibi vs. Ecuador*”<sup>628</sup>, en el que los reclusos debían pagar sumas exorbitantes a los oficiales a fin de que les provean de alimentos, lo cual es atentatorio de la dignidad humana.

Por otro lado, aunque es evidente que el derecho a la alimentación no significa que el Estado deba proveer de comida a todos sus habitantes, es de orden natural el deber del Estado de garantizar el nivel mínimo de alimentación necesario para estar protegido contra el hambre. A su vez, si el Estado no puede cumplir con el empleo del máximo de sus recursos para garantizar que ningún habitante pase hambre, debe probar que ello fue por razones ajenas a él y que no cuenta con apoyo internacional para garantizar los alimentos necesarios<sup>629</sup>.

Desde ya que la corrupción se entromete en los programas sociales destinados a proveer de alimentos a los más vulnerables: genera clientelismo y aprovechamiento político de estos programas, desde el momento en que la repartición se convierte en un privilegio al que solo acceden quienes adhieren al partido político que está en el poder. En este sentido, se señala que los programas de alimentación “son muy vulnerables a la corrupción porque tienen grandes presupuestos y un número elevado de beneficiarios (casi siempre anónimos), lo que crea muchas oportunidades y alicientes para el abuso”<sup>630</sup>.

Al mismo tiempo, la desviación indebida de recursos impide que estos sean suficientes para garantizar la disponibilidad y accesibilidad del alimento. En efecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación señaló que la corrupción es uno de los siete principales obstáculos económicos que frenan o previenen la plena efectividad de tal derecho<sup>631</sup>.

---

627 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2019, p. 63 y ss. Disponible en [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021.

628 CORTE IDH, “*Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, serie C 114, sentencia del 7 de septiembre de 2004.

629 COMITÉ DESC. Observación General N° 12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 12 de mayo de 1999, § 17.

630 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2019, p. 67. Disponible en [http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobalcostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021.

631 E/CN.4/2001/53, párrafo 69.

## d) Derecho a la vivienda

Finalmente, la corrupción también constituye una amenaza para el derecho a la vivienda<sup>632</sup>. Ello sucede cuando se otorgan permisos ilegítimos a cambio de sobornos, cuando se paga para acceder a los cupos limitados de viviendas o cuando se desvían recursos en la construcción de viviendas (que, de por sí, conlleva una cantidad considerable de dinero destinado a tal fin).

---

632 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, “La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo”, 2019, p. 57 y ss. Disponible en [http://www.pactoglobacostarica.org/sites/default/files/documentos/131\\_report\\_es.pdf](http://www.pactoglobacostarica.org/sites/default/files/documentos/131_report_es.pdf), última visita el 31 de marzo de 2021.



## 4. La lucha contra la corrupción y los DESC: retroalimentación positiva

---

Es importante destacar que la relación entre la corrupción y los derechos humanos puede visualizarse también desde un aspecto positivo, siempre y cuando las agendas sobre lucha anticorrupción y sobre derechos humanos se alineen debidamente. Ello permitiría una retroalimentación interesante, puesto que cuanto más se luche contra la corrupción, más se promoverán los derechos humanos y viceversa, es decir, cuanto más se respeten los derechos humanos, más se reducirá el contexto favorable a la corrupción<sup>633</sup>.

Por eso se afirma que existe una relación inversamente proporcional entre la corrupción y el respeto por los DESC. Esta relación ha sido acreditada en un estudio que evaluó el vínculo entre la corrupción y la educación de calidad: se arribó a la conclusión, sobre la base de datos estadísticos, de que “a menor percepción de la corrupción en un país corresponden mejores resultados en la evaluación de su calidad educativa”<sup>634</sup>.

---

633 NASH, “Derechos Humanos y Corrupción”, p. 152. En igual sentido, CIDH, Informe temático, Resolución 1/18, párrs. 141, 142, 146.

634 NGUGI, J., “Making the Link Between Corruption and Human Rights: Promises and Perils”, *P. American Society of International Law*, 2010, 104, p. 243. Esta relación ha sido explorada —y explicitada— respecto de la corrupción y la calidad educativa de un país en BÁEZ CORONA, JOSÉ FRANCISCO; JONGITUD ZAMORA, JAQUELINE DEL C., “La influencia de la corrupción sobre el derecho a una educación de calidad. Un estudio de correlación”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2014, vol. 17, N° 33, pp. 123-142.

## 5. Conclusión

---

El impacto de la corrupción sobre los DESC es profundo, no solo por la naturaleza de estos derechos y las acciones que requieren de parte del Estado, sino también porque su implementación, respeto y garantía generan escenarios propicios para la corrupción.

El vínculo entre un acto de corrupción y la vulneración de los DESC puede ser directo, indirecto o remoto, según la relación de causalidad que se configure entre la corrupción y el derecho humano en cuestión. Dicho vínculo de causalidad debe ser evaluado respecto de cada derecho en particular y en cada caso concreto. Asimismo, deberá ponderarse la posible responsabilidad del Estado por la omisión de disponer del máximo de los recursos; obligación asumida a través del artículo 2.1 del PIDESC.

Visibilizar la relación existente entre los DESC y la corrupción es, ante todo, necesario para encarar políticas públicas destinadas a luchar o prevenir esta última<sup>635</sup>. Además, la alineación entre la lucha contra la corrupción y la agenda de derechos humanos puede generar una re-orientación interesante.

En suma, la corrupción constituye por sí misma una violación a los derechos humanos o favorece el escenario para que ella se concrete, a la vez que atenta contra el derecho fundamental a la buena administración e impide que los Estados cumplan con las obligaciones internacionales asumidas en relación con el respeto y la promoción de los derechos humanos. La corrupción aparece entonces como un obstáculo estructural para el disfrute de todos los derechos humanos en general y en especial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales cuya efectividad depende —en general— de políticas y servicios públicos<sup>636</sup> (también denominadas medidas de acción positivas). Ello es así por cuanto la corrupción como hecho y como fenómeno impacta sobre el nivel de cumplimiento y satisfacción de estos derechos e importa, en muchas ocasiones, una desafectación ilícita de los recursos que originariamente podrían estar destinados a hacer frente al gasto que demanda su protección.

---

635 INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, “Integrating Human Rights in the Anti-Corruption Agenda: Challenges, Possibilities and Opportunities”, (October 1, 2010). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1705396> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1705396>, último acceso el 31 de marzo de 2021.

636 CIDH. Resolución 1/17, sobre los Derechos Humanos y la Lucha contra la Impunidad y la Corrupción, del 12 de septiembre de 2017; CIDH, Informe temático, Resolución 1/18, § 148.

## D. LA CORRUPCIÓN Y SU (INEVITABLE) IMPACTO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

### 1. Introducción

---

Todo ser humano, por su mera razón de tal, posee dignidad, el fundamento último y verdadero de los derechos humanos. De ello, se desprende también la igualdad de todos los miembros de la especie, cuya contracara es la ilegitimidad de las distinciones arbitrarias. La igualdad es, en este aspecto, una suerte de condición necesaria para la protección de los derechos humanos, y por lo tanto una violación de los derechos humanos supondrá una afectación a la igualdad. Desde antiguo se ha señalado que la justicia es una relación de igualdad entre dos términos; solo habrá verdadera igualdad cuando cada uno tenga *lo suyo*; por otra parte, determinar qué es de cada uno implicará la adopción de criterios adecuados de reparto, asentados en aspectos objetivos<sup>637</sup> y racionales.

La corrupción constituye una alteración arbitraria e injusta de los criterios de reparto de bienes en beneficio de unos pocos, que impacta en los derechos humanos y su protección, erosiona la justicia y también el principio de igualdad. Conviene entonces, aunque sea brevemente, afrontar cuál es su vínculo. Para eso, proponemos efectuar un repaso de su recepción en el derecho internacional de los derechos humanos; para luego sí poder abordar propiamente su vinculación. Advertimos que estos párrafos no pretenden agotar exhaustivamente el tema. Nuestro objetivo es plantear algunos puntos de partida que puedan dar lugar a futuros desarrollos e investigaciones.

---

637 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Trad. J. Palli, Editorial Gredos, Madrid. 1985.

## 2. Recepción en el derecho internacional de los derechos humanos

---

El principio de igualdad y no discriminación, en cuanto primordial para el desarrollo y protección de los derechos humanos, se encuentra reconocido en la gran mayoría de los instrumentos de derechos humanos.

Su resguardo en el ámbito universal puede rastrearse en la Carta de las Naciones Unidas<sup>638</sup> que enuncia, entre los propósitos de la organización, la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de diversa índole y en el respeto a los derechos humanos, sin distinciones arbitrarias.

La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>639</sup>, en su artículo 1, declama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”; y, seguidamente, en el artículo 2 dispone que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>640</sup>, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resguardan la igualdad<sup>641</sup>. Con mayor especificidad, se establecieron obligaciones para los Estados parte en materia de igualdad en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>642</sup>, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>643</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>644</sup>.

---

638 Carta de las Naciones Unidas [ONU] (1945). Primera parte: Capítulo 1: Naturaleza y propósitos. oas.org. Recuperado de [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf).

639 Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). París. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

640 *Vide* arts. 2.1, 3, 26 y cc del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. aprobado por la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966.

641 *Vide*. Preámbulo, arts. 2.2, 3 y cc del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966.

642 Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de Diciembre de 1965.

643 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979.

644 Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.

En el ámbito regional, la igualdad aparece consagrada en varios documentos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>645</sup>, primera en el mundo en su especie, anuncia en su Preámbulo que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”; mientras que el artículo II prevé la igualdad ante la ley.

Por su parte, el derecho a la igualdad y la no discriminación constituye un “principio transversal”<sup>646</sup> para la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>647</sup> (CADH). Se ha señalado, así, que su consagración se ha efectuado mediante referencias implícitas (cuando se alude a “toda persona” o “todo niño”; v.gr. art. 4.1, 5.1, 6.1, entre otros); referencias explícitas vinculadas con ciertos derechos (v.gr. 8.2<sup>648</sup>) y, finalmente, a través de dos disposiciones referidas particularmente al principio de igualdad<sup>649</sup>.

De ese modo, en su artículo 1.1 expresa que “[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Se trata de una “cláusula subordinada de la igualdad”<sup>650</sup>, por su referencia a otros derechos, “(...) cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado”<sup>651</sup>.

A su vez, el artículo 24 de la CADH contiene una “cláusula autónoma” -pues la igualdad, en cuanto derecho comporta obligaciones y deberes específicos para los Estados-<sup>652</sup>: “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. A su vez, en esta norma se vislumbran dos caras de la igualdad: una primera noción refiere a la igualdad formal ante la ley; una segunda, nos introduce dentro del concepto de igual protección de la ley, sin discriminación, es decir, de igualdad material<sup>653</sup>.

645 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

646 STEINER, CHRISTIAN, FUCHS, MARIE-CHRISTINE (eds) y URIBE GRANADOS, G. PATRICIA (coord., académica) (2019). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario, Segunda edición*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, p. 709.

647 Adoptada por la Asamblea General de la OEA entre el 7 al 22 de noviembre de 1969.

648 Allí se dispone que “(...) [d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...)” y, a continuación, se las explicita.

649 STEINER, CHRISTIAN, FUCHS, MARIE-CHRISTINE (eds) y URIBE GRANADOS, G. PATRICIA (coord., académica) (2019). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario...op. cit.*, p. 709.

650 *Ibíd.*, p. 711.

651 CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, *Op. Cit.*, § 53.

652 STEINER, CHRISTIAN, FUCHS, MARIE-CHRISTINE (eds) y URIBE GRANADOS, G. PATRICIA (coord., académica); (2019). *Convención Americana sobre Derechos Humanos... op. cit.*, p. 711.

653 STEINER, Christian, FUCHS, Marie C. (eds) y URIBE GRANADOS, G. Patricia (coord., académica) (2019). *Convención Americana sobre Derechos Humanos... Op. Cit.* p. 712 – 715.

Otros instrumentos más específicos dentro del Sistema Interamericano resguardan el derecho a la igualdad. Primero, el “Protocolo de San Salvador”<sup>654</sup> obliga a los Estados parte a garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales “(...) sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (cfr. art. 3º). Obviamente, también se prevén obligaciones específicas respecto a la prohibición de discriminación en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”)<sup>655</sup>, en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>656</sup> y en la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia<sup>657</sup>. Recientemente, ha comenzado a regir la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia<sup>658</sup>. A nivel doméstico, los Estados latinoamericanos reconocen el principio de igualdad ante la ley, que prohíbe las distinciones arbitrarias. En algunos casos, también se prevén medidas de acción positiva<sup>659</sup>.

La evolución normativa en la protección de los derechos humanos se produjo en forma paralela a las elaboraciones de los órganos del Sistema Interamericano, la CIDH y la Corte IDH. Su estudio permite advertir cómo, paulatinamente, la igualdad se constituyó en un punto central. No es el objetivo de este trabajo analizar en forma exhaustiva las vastas elaboraciones en la materia<sup>660</sup>, pero valgan las siguientes referencias para situar la importancia del tema.

---

654 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); adoptado por la Asamblea General de la OEA, el 17 de noviembre de 1988.

655 Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994.

656 Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 7 de junio de 1999.

657 Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 06/05/2013

658 Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 06/05/2013; su entrada en vigor se produjo el 20/2/2020; hasta el momento solo hicieron el depósito de ratificación México y Uruguay. Argentina la ha firmado, pero por el momento no ha procedido a su ratificación.

659 El artículo 16 de la Constitución Argentina, desde 1853, dispone que “[l]a Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. En la última reforma (1994), se facultó al Congreso Nacional a “legislar y promover” medidas de acción positiva, “(...) que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” y a “dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”(cfr. art. 75, inc. 23). Asimismo, se reconoció jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos, “en las condiciones de su vigencia” (cfr. art. 75, inc. 22).

660 Una buena recopilación del tema se encuentra en: Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 14: Igualdad y no discriminación*, publicado en 2019, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf> (fecha de consulta 4/3/2021).

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte IDH dejó establecido que<sup>661</sup>:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”<sup>662</sup> Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana (...)”<sup>663</sup>.

Posteriormente, el Tribunal intensificó el impulso inicial y propició elaboraciones cada vez más complejas sobre el principio de igualdad y sus proyecciones concretas en materia de derechos humanos, muchas de las cuales plantean verdaderos desafíos. Así, en ocasión de analizar la condición jurídica de los migrantes en México, sostuvo que el principio de igualdad formaba parte del *jus cogens*<sup>664</sup>. Estas elaboraciones fueron objeto de reconsideraciones en casos contenciosos. De ese modo, en *Yatama Vs. Nicaragua* (2005), se dejó en claro que sobre el principio de igualdad y no discriminación descansa “(...) el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y [que este principio] permea todo el ordenamiento jurídico”<sup>665</sup>. Ese criterio fue reiterado una y otra vez por la Corte IDH<sup>666</sup>.

---

661 Sobre las elaboraciones de la CIDH, resulta ineludible considerar el material bibliográfico publicado en: CIDH, *Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 12 de febrero de 2019.

662 CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, *Op. Cit.*, § 55.

663 *Ibid.* § 56. En esa oportunidad, también se resaltó la diferencia entre el art. 1.1 y el 24 de la CADH, según se explicitó antes, en estos términos: “Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”, § 54.

664 Más todavía: indicó que hoy en día no es admisible ningún acto jurídico “(...) que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”. CORTE IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18-. § 101.

665 CORTE IDH, Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, Excepciones, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005, § 184.

666 Entre otros, CORTE IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010., § 269; CORTE IDH, Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012; CORTE IDH Caso *Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014., § 205; Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015 § 215;

En los últimos años, asimismo, la Corte IDH enfatizó la dimensión material de la igualdad. Se abocó, primero, en sus elaboraciones respecto a la protección de ciertos grupos desaventajados<sup>667</sup> y, luego, a asegurar la igualdad de aquellos que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad estructural, que los coloca en desventaja frente a los demás miembros de la sociedad<sup>668</sup>. En ambos casos, ha destacado la importancia de las medidas de acción positiva, para “revertir” esas desigualdades preexistentes.

---

667 CORTE IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, § 292. CORTE IDH, Caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No 111, § 170.

668 En esta línea, se ha dicho: “La Corte se ha pronunciado en el sentido de establecer que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación”. Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de octubre de 2016. § 337. En esa oportunidad, reiteró lo ya establecido en: CORTE IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, § 154.



### 3. El vínculo entre la corrupción y el derecho a la igualdad

---

Hasta aquí con las referencias de sus desarrollos. Retomaremos entonces el punto que nos convoca: trazar la relación entre la corrupción y el derecho a la igualdad.

Mencionamos ya que la corrupción puede ser conceptualizada como “(...) una conducta motivada por el beneficio privado que se aparta de la normativa vigente o que se cree vigente en un contexto determinado”<sup>669</sup> o, bien, como “el abuso de poder en beneficio propio”<sup>670</sup>, en franca contradicción al ordenamiento jurídico (demás está decir que no habría corrupción si la búsqueda del beneficio se realizara dentro de los márgenes de la ley). En fin, ya sea que la corrupción tenga lugar por la actuación de funcionarios públicos o privados o de ambos a la vez, en todos los casos habrá un desvío de bienes (materiales o inmateriales) -que correspondían por derecho a la sociedad o a ciertos individuos en particular-.

Ese desvío (habitualmente de fondos públicos) implicará que en el reparto de bienes escasos reciban algunos, sobre la base de criterios arbitrarios, más que lo que es suyo y otros, por contraposición, menos de lo que merecen, cualquiera fuera el título por el cual eran acreedores de dichos bienes.

Pongamos algunos ejemplos: el funcionario público que, en vez de contratar la propuesta más favorable en una licitación, utiliza su influencia para favorecer en la compulsa a un empresario amigo que acaba como adjudicatario: no sólo habrá perjudicado a aquel que objetivamente ha ofrecido una mejor opción, sino también a la comunidad, destinataria final de la obra a realizar; en cambio habrá reconocido más de lo que merecía el oferente beneficiado. Del mismo modo, un funcionario que, para obtener favores políticos, ofrece asistencia a un grupo social afín ideológicamente y la niega a otro lejano a sus ideas, no estará tampoco dando a cada quién lo que le corresponde en el reparto; algo similar ocurre con los funcionarios, administrativos o judiciales, que “miran para otro lado” ante un hecho ilícito que los enriquece por haber recibido beneficios indebidos de sus perpetradores y también cuando agentes públicos o privados usan para sí o sus amigos bienes de la comunidad, en perjuicio de lo demás integrantes. Podríamos destinar hojas y hojas a relatar supuestos; empero, los esbozados alcanzan para mostrar el punto: el acto corrupto implica *per se* un desconocimiento de la igualdad, la adopción de criterios de distribución injustos y, consecuentemente, un “rebajamiento” de aquellos

---

669 NASH ROJAS, CLAUDIO y otros. *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014. Pág. 16.

670 Transparencia Internacional. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009, disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf> (consultado el 3 de agosto de 2020). P. 23.

que no participan o se benefician de esos actos<sup>671</sup>. Dentro de las prácticas corruptas, se ha subrayado el peligro que entraña la exigencia de sobornos, el clientelismo político y la discriminación por razones políticas, como supuestos de corrupción que atentan contra la igualdad y que deben ser combatidos<sup>672</sup>.

La corrupción supone una afectación de la igualdad ante la ley, es decir de la igualdad en sentido formal, en tanto la ruptura del marco normativo para la obtención de beneficios propone un trato privilegiado e injustificado para algunos; pero también la corrupción daña la igualdad material, pues el desvío de recursos en forma arbitraria, redundando en una discriminación injustificada en el acceso a los bienes de la comunidad<sup>673</sup>; pues esos recursos capturados por la corrupción, no van a ser utilizados en fines acordes al bien común. En resumidas cuentas, según afirmó la CIDH:

“[L]a corrupción afecta el principio de igualdad en sus dos dimensiones, como una afectación tanto a la igualdad formal como a la igualdad material. Por una parte, es una forma de afectación ilegítima del principio de igualdad formal, ya que a partir de actos o situaciones de corrupción, una persona o sector social recibe un trato privilegiado. Por otra, la corrupción también afecta la igualdad material y, particularmente, la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa para superar las desigualdades estructurales propias de nuestra región”<sup>674</sup>

Cabe destacar, a su vez, que la afectación de la igualdad material, provocada por la corrupción, impacta especialmente en los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que imponen a los Estados parte la obligación de implementar el máximo de sus recursos disponibles para tales fines<sup>675</sup>. Esas consecuencias serán más gravosas respecto de quienes se

---

671 Sobre este punto, el Papa Francisco ha alertado que: “[l]a escandalosa concentración de la riqueza global es posible por la connivencia de responsables del ámbito público con los poderes fuertes. La corrupción es ella misma también un proceso de muerte: cuando la vida muere, hay corrupción (...). Más todavía: “La corrupción se expresa en una atmósfera de triunfalismo porque el corrupto se cree un vencedor. En ese ambiente se pavonea para rebajar a los demás. El corrupto no conoce la fraternidad o la amistad, sino la complicidad y la enemistad. El corrupto no percibe su corrupción. Se da en cierto sentido lo que sucede con el mal aliento: difícilmente quien lo tiene se da cuenta de ello; son los demás quienes se dan cuenta y se lo deben decir. Por tal motivo difícilmente el corrupto podrá salir de su estado por remordimiento interior de la conciencia”. Francisco, Papa, *Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, sala de los Papas, jueves 23 de octubre de 2014, disponible en: [http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/october/documents/papa-francesco\\_20141023\\_associazione-internazionale-diritto-penale.html](http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_associazione-internazionale-diritto-penale.html) (fecha de consulta 5/3/2021). Ciertamente, el tema de la corrupción ha sido recurrente en sus discursos; también aparece presente en sus encíclicas referidas al cuidado del medio ambiente y de los seres humanos, respectivamente. Cfr. Francisco, Papa, *Laudato si': carta encíclica sobre el cuidado de la casa común*, Buenos Aires, Ágape Libros, 2018 y *Fratelli Tutti*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina Oficina del Libro, 2020.

672 *Ibid.*, párrs. 160-162.

673 Entre los principios para la lucha contra la corrupción, se ha reconocido que: “[l]a corrupción tiene estrechos vínculos con la discriminación. Por una parte, la corrupción suele desviar recursos públicos, lo que provoca una administración y distribución de bienes y servicios arbitraria o discriminatoria”, CIDH *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*; aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, § 120, a).

674 CIDH *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*; aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, § 272. y racionalesel,nces.idastinciones arbitrarias es seres humanoscar en el centro de los debates los perjuicios que la corru

675 CIDH *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*; aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019, § 154 y ss.

encuentren en situación de vulnerabilidad, en tanto cooperan al mantenimiento de círculos de exclusión social, tan dañinos para la justicia y la paz. Se ha destacado, en esta misma línea, que “[l]a corrupción al propiciar la concentración de recursos, desdibujar los fines públicos de las instituciones estatales y desviar el poder hacia intereses privados, estimula el mantenimiento de la discriminación y exclusión social. Es decir, estas prácticas impiden a estas personas en situación de vulnerabilidad gozar en general de los elementos de accesibilidad, disponibilidad, calidad y aceptabilidad de los DESCAs, disminuyen sustancialmente sus oportunidades de realizar su derecho al desarrollo y amenazan directamente las condiciones de una vida digna”<sup>676</sup>.

La injerencia de la corrupción en la igualdad, tanto material como formal, ha sido reconocida por la comunidad internacional. Puntualmente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>677</sup>, en su preámbulo menciona entre otras cuestiones, la preocupación de los Estados por la cantidad de recursos estatales desviados en la corrupción, que afectan su desarrollo sostenible. Indica también allí que su combate requiere tener presente “los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción”. Asimismo, la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>678</sup>, firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos, reconoce que “ (...) la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos” y también que “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

Es cierto que la igualdad no ha sido objeto de tratamiento exhaustivo en los pactos mencionados, sin embargo parece un presupuesto subyacente y un principio fundamental para su combate.

Hemos planteado en estas líneas algunas aristas sobre la corrupción y la igualdad, en miras a que puedan servir de guía y base para futuros desarrollos. Pero, fundamentalmente, queremos señalar que la corrupción no es un fenómeno aislado, sino que acarrea consecuencias sistémicas en materia de igualdad. El reconocimiento de estas circunstancias debe colocarse en el centro de los debates; la corrupción no es tolerable, por cuanto constituye una verdadera afrenta para la justicia y la paz.

---

676 *Ibíd.*, § 160.

677 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003.

678 Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos, celebrada el 29 de marzo de 1996.

## Conclusión

---

Al inmiscuirnos en algunas nociones teóricas para comprender el complejo mundo de la corrupción, no puede soslayarse el estudio de la noción de igualdad de trato como corolario del principio de dignidad humana.

Por ello se partió del hecho de que la corrupción constituye una alteración arbitraria e injusta de los criterios de reparto de bienes que impacta en los derechos humanos y su protección, erosiona la justicia y también el principio de igualdad; he allí el fundamento de haber dedicado algunas líneas a profundizar la relación que existe entre la corrupción y la indefectible vulneración de la igualdad cada vez que se comete esa clase de hechos.

En ese horizonte se realizó un *racconto* de los instrumentos internacionales que abordaron la igualdad, pudiendo identificar que su tratamiento no fue pasible de cuantiosas líneas en los mismos, aunque sí le han prestado importancia los organismos que velan por la protección de los derechos humanos, destacándose en nuestro continente la CIDH y la Corte IDH.

Seguidamente, se intentó trazar las conexiones entre la corrupción y el derecho a la igualdad, acudiendo, precisamente, a la jurisprudencia en derechos humanos que podía ser de utilidad al efecto.

Destacamos, en esa línea, que la corrupción afecta el principio de igualdad tanto en su dimensión *formal* como *material*. En el primer caso, pues a partir de actos o situaciones de corrupción, una persona o sector social recibe un trato privilegiado; mientras que se resiente la igualdad material cuando el trato diferencial impacta especialmente en los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), recayendo las consecuencias más gravosas sobre aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, pues se hacen subsistir los círculos de exclusión social, tan dañinos para la justicia y la paz.

Es por ello que no puede eludirse el hecho de que la corrupción no es un fenómeno aislado, sino que acarrea consecuencias sistémicas en materia de igualdad, y que la obligación de los Estados de adoptar medidas de acción afirmativa resulta irrenunciable, en aras de superar las desigualdades estructurales, y erradicar la corrupción, como dos caras de una misma moneda.



# SEGUNDA PARTE

Recomendaciones  
para los fiscales a la  
luz de los derechos  
humanos

# 1. Generalidades

---

## 1.1. Objetivos

1. El presente protocolo ofrece a los integrantes del Ministerio Público Fiscal pautas para conducir las investigaciones y los procesos que involucren hechos de corrupción. Se propone asegurar que la actuación del organismo de investigación se encuadre dentro de los estándares internacionales de diligencia debida y de respeto a las garantías del debido proceso y los derechos de las víctimas.

## 1.2. Ámbito de aplicación

2. El presente protocolo se aplica a todos aquellos casos que comprendan hechos de corrupción bajo cualquier modalidad, que involucren o no funcionarios públicos, desde el inicio de la investigación hasta la conclusión del proceso judicial.

## 2. Los hechos de corrupción

### 2.1. Definición

3. Debido a sus características y la pluralidad de formas que puede asumir, “no existe una definición comprensiva y universalmente aceptada de la corrupción”<sup>679</sup>. No obstante sobre la base de la mayoría de las opiniones modernas, puede conceptualizarse como “una conducta motivada por el beneficio privado que se aparta de la normativa vigente o que se cree vigente en un contexto determinado”<sup>680</sup>. En esta misma línea, se encuentra la conocida definición de Transparencia Internacional, que la conceptualiza sucintamente como “el abuso de poder en beneficio propio”<sup>681</sup>.
4. De este modo, la corrupción presupone el quebrantamiento de un marco normativo que asigna un rango diverso de competencias y deberes a los agentes encargados de velar por intereses ajenos. Los hechos de corrupción importan el apartamiento de ese marco normativo, con la finalidad de obtener un beneficio que no podría obtenerse de cumplir con los deberes impuestos.

### 2.2. La corrupción como fenómeno complejo

5. En todo caso, debe tenerse presente que “la corrupción es un fenómeno complejo que afecta a los derechos humanos en su *integralidad* –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–”<sup>682</sup>.
6. Este último punto resulta fundamental, ya que si bien antiguamente se entendía al fenómeno de la corrupción como un mero asunto de política criminal, con poca o nula repercusión en el ámbito del derecho internacional, tal concepción debe considerarse definitivamente superada. Así, se ha dicho que “[e]l impacto de la corrupción en los derechos humanos es un asunto lacerante que está mereciendo ya creciente atención”<sup>683</sup>.

### 2.3. Corrupción pública y privada

7. Por mucho tiempo, el fenómeno de la corrupción estuvo conceptualmente restringido a la llamada “corrupción pública”, es decir, únicamente a aquellos hechos que implicaban la

679 ONU, *Manual de medidas prácticas anti-corrupción para fiscales e investigadores*, Viena: 2004. p. 23.

680 NASH ROJAS, CLAUDIO y otros. *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014. p. 16.

681 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción, 2009, <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>, consultado el 3 de agosto de 2020. p. 23.

682 CIDH, Resolución 1/18.

683 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 23 de marzo de 2020, A/HRC/44/47. § 22.



participación de funcionarios públicos. Para esta postura, entonces, la corrupción se vinculaba, exclusivamente, al ámbito público e importaba un mero abuso de poderes.

8. Empero, más modernamente se ha expandido el concepto para abarcar también a la “corrupción privada”. Bajo esta mirada, quedan comprendidos dentro del concepto de corrupción todos esos actos que importen un apartamiento del orden normativo para obtener un beneficio privado, sin importar los sujetos que los realicen. Esta concepción entiende a este fenómeno no por los bienes que afecta, sino por la forma en la cual se materializa, vale aclarar, mediante la transgresión de los deberes asignados al agente en cuestión. Así, la OCDE ha dicho que “[l]a corrupción puede asumir muchas formas, pero todas implican el abuso de un cargo público o *privado* para obtener beneficios personales”<sup>684</sup>. La ventaja de esta postura es que incluye a todos aquellos hechos que se dan en el ámbito privado y que, por sus características, pueden tener amplias repercusiones en la vida social (v.gr. la distorsión en los mercados generada por las prácticas corruptas de altos directivos empresariales).
9. Las dos concepciones de la corrupción pueden ser consideradas en simultáneo: algunos autores hablan de corrupción política, cuando los actos conllevan la violación de deberes impuestos con miras al bien común; mientras que refieren a corrupción no política, cuando los actos conllevan a la violación de deberes impuestos a particulares en atención a intereses privados.

## 2.4. Corrupción “grande” y “pequeña”

10. Numerosos instrumentos internacionales diferencian entre la corrupción “grande” (*grand corruption*) y la “pequeña” (*petty corruption*). La diferencia entre ambos conceptos es relevante a la hora de examinar la repercusión y la gravedad del acto de corrupción.
11. Así, se ha definido a la corrupción grande como aquella que “permea los más altos niveles de gobierno, provocando grandes abusos de poder”<sup>685</sup>. Por tales motivos, suele involucrar a una gran cantidad de bienes y afectar el planeamiento de políticas públicas y la formulación de normas. Naturalmente, conlleva grandes ganancias para los oficiales públicos involucrados y grandes pérdidas para el Estado y sus ciudadanos<sup>686</sup>.
12. Por su parte, la corrupción pequeña, también llamada “baja” o “de calle”, es la que “afecta a las personas que interactúan con las y los funcionarios del Estado al usar los servicios públicos”<sup>687</sup>. Suele implicar sumas de dinero más modestas y, si bien en principio solo perjudica directamente a las personas a quienes les es exigido el dinero, de manera indirecta repercute en toda la comunidad, en la medida en la que afecta el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

684 OCDE, *Manual para la detección de cohecho y corrupción para inspectores fiscales y auditores fiscales*, 2013. p. 6. Énfasis añadido.

685 ONU, *Manual de medidas...* Op. Cit. p. 23.

686 Definición de “Grand corruption” en el Glosario de Corrupción del Centro de Recursos Anticorrupción, disponible en <https://www.u4.no/terms#>; consultado en febrero de 2021.

687 NASH ROJAS, CLAUDIO y otros, Op. Cit. p. 17.

## 2.5. Corrupción sistémica

13. La “corrupción sistémica” ha sido entendida como aquella que “se ha arraigado en un determinado sistema administrativo”<sup>688</sup>. En estos casos, los actos individuales dejan de ser actos aislados, para convertirse en manifestaciones de una “práctica endémica, una forma de interacción generalizada alojada en el interior del aparato institucional”<sup>689</sup>.
14. Esta concepción de la corrupción permite apreciar su impacto en los derechos humanos, pues siempre que una práctica corrupta se generaliza la repercusión que cada acto individual tiene se ve amplificada. Asimismo, el aumento de la impunidad de los agentes de corrupción socava la administración de la justicia y el estado de derecho.

## 2.6. La corrupción en los instrumentos internacionales

15. Vale la pena señalar que los diversos tratados aplicables en la materia, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) o la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación el Desarrollo Económico (Convención OCDE), no brindan una definición de dicho fenómeno, sino que se limitan a enumerar aquellos actos que lo constituyen.
16. En este sentido, la CICC, en su artículo 6, hace referencia al cohecho activo y pasivo y a todo acto u omisión de un funcionario público para obtener un beneficio indebido. En adición, los artículos 8 y 9 refieren al soborno transnacional y al enriquecimiento ilícito, respectivamente. Esta Convención únicamente recepta el concepto de corrupción pública, toda vez que todos los tipos penales de referencia involucran a un funcionario público. Es preciso señalar que la CICC cuenta con un mecanismo de implementación, denominado MESICICC (Mecanismo de Seguimiento de Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción), que regularmente publica documentos y guías de buenas prácticas que constituyen instrumentos relevantes a la hora de conducir la lucha contra la corrupción. Entre otras, han sido consideradas buenas prácticas los programas de protección de denunciantes de actos de corrupción, la creación de códigos de ética para funcionarios públicos, los mecanismos de cooperación internacional e interinstitucional y aquellos destinados a promover la participación civil en los esfuerzos gubernamentales en la lucha contra la corrupción<sup>690</sup>.
17. Esa misma línea sigue la Convención OCDE que —como su mismo nombre indica— únicamente abarca a la corrupción política ya que sólo se refiere al cohecho de funcionarios públicos en transacciones internacionales, tipificado en su artículo 1.
18. La CNUCC, por su parte, hace referencia tanto a la corrupción pública como privada, ese criterio se refleja en su texto, pues tipifica el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos, la malversación de fondos públicos, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, así como también el cohecho y la malversación de bienes, ambos en el sector privado.

688 ONU, *Manual de medidas...* Op. Cit. p. 23.

689 NASH ROJAS, CLAUDIO y otros, Op. Cit. p. 19.

690 <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/buenas-practicas.html>. Fecha de consulta, marzo de 2021.

## 3. La tipificación de la corrupción en el derecho argentino

### 3.1. La obligación de tipificar

19. La República Argentina, en consonancia con lo establecido en las Convenciones internacionales mencionadas, tiene la obligación de receptor en su legislación interna los diferentes delitos que involucran hechos de corrupción. Debido a ello, el Código Penal, ha incorporado progresivamente los diferentes tipos penales incluidos en los instrumentos internacionales.

### 3.2. Corrupción política

20. Ciertos tipos penales referidos a los hechos de corrupción se encaminan específicamente a la protección del correcto desempeño de los organismos públicos<sup>691</sup>, a través de la sanción a los funcionarios públicos. Tales son aquellos tipos nucleados bajo el título de “Delitos contra la administración pública” contenidos en el Código Penal<sup>692</sup>. En particular, se destacan los siguientes:

- a. Cohecho (arts. 256 a 258 bis): se reprime tanto el requerimiento o aceptación de un funcionario público como el ofrecimiento hecho a este de dádivas o de promesas directas o indirectas para que haga, deje de hacer o retarde algo relativo a sus funciones. En adición se prevé un tipo penal agravado para el caso en el cual el cohecho sea cometido por un integrante del Poder Judicial o del Ministerio Público. También se prevé al llamado “cohecho internacional”, referido justamente a aquel cometido respecto de un funcionario público extranjero para que este haga, deje de hacer o retarde algo relativo a sus funciones o bien haga valer su influencia en transacciones comerciales.
- b. Tráfico de influencias (arts. 256 bis y 258): se reprime el requerimiento o aceptación y el ofrecimiento de dádivas o de promesas directas o indirectas para lograr que una persona ejerza indebidamente su influencia ante un funcionario público.
- c. Malversación de caudales públicos y peculado (arts. 260 y 261): importan la desviación de caudales de la administración pública –malversación– o bien la sustracción de estos por parte del funcionario –peculado–.
- d. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de cargos públicos (art. 265): lo característico de este tipo penal es la intención del funcionario público de obtener un beneficio propio o para un tercero, en un contrato en el cual le correspondiere intervenir en virtud de su cargo.

691 La doctrina entiende que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración es “el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de una administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de los principios constitucionales que ordenan su funcionamiento” (SOSA, OMAR JULIÁN (coord.), *Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción: El rol de la Oficina Anticorrupción*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012. P. 81).

692 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#25>

- e. Exacciones ilegales y concusión (arts. 266 a 268): implican que un funcionario público exija indebidamente contribuciones, dádivas o derechos mayores a los que corresponden –exacciones ilegales– o bien la conversión de dichas exacciones en beneficio propio o de un tercero ajeno a la Administración –concusión–.
- f. Uso de información privilegiada (art. 268.1): en este supuesto, el funcionario público utiliza para sí o para un tercero información o datos de carácter reservado, del cual tomó conocimiento en razón de su cargo, con fines de lucro.
- g. Enriquecimiento ilícito (art. 268.2): importa la no justificación de un incremento particular desmedido por parte de un funcionario público que sea requerido para hacerlo.

### 3.3. Corrupción no política

- 21. Los tipos penales vinculados con la corrupción en el ámbito privado están incluidos dentro del título del Código Penal referido a los “Delitos contra el orden económico y financiero”. Tienen a tutelar el correcto funcionamiento del sistema financiero y a evitar que el incumplimiento del marco normativo redunde en la distorsión de los mercados y afecte el libre comercio<sup>693</sup>. Muchos de estos tipos penales son también aplicables a los funcionarios públicos.
  - a. Lavado de activos (arts. 303 a 305): se reprimen todas aquellas operaciones tendientes a ocultar o disimular el origen ilícito de bienes. Se prevé una forma agravada para aquellos casos en los cuales el sujeto activo sea un funcionario público.
  - b. Uso de información privilegiada (arts. 307 a 308): se trata de un delito idéntico a aquel previsto para funcionarios públicos. Se aplica exclusivamente a los supuestos en los que los sujetos intervengan en la compraventa de valores negociables. Asimismo, se prevén formas agravadas si los autores se dedican de forma habitual a tales operaciones, si obtuvieran un beneficio económico para sí o para terceros o se causaran un perjuicio grave en el mercado de valores.
  - c. Manipulación de valores comerciales (art. 309): implica la distorsión de los valores de instrumentos financieros a través de transacciones u operaciones, noticias falsas, negociaciones fingidas, colusión, así como el ofrecimiento de dichos instrumentos cuyos valores han sido alterados. Se prevé un tipo penal agravado para aquellos supuestos en los cuales el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad diere a los socios o accionistas información ocultando o falseando hechos relevantes o bien falseando los balances u otros documentos contables.
  - d. Manipulación contable (art. 311): se reprime a los empleados y funcionarios de entidades financieras y aquellas que operen en el mercado de valores que, con la intención de obtener un beneficio o causar un perjuicio para sí o terceros, inserten datos falsos o inexistentes o documenten contablemente operaciones o negociaciones que no tuvieron lugar.
  - e. Cohecho en el sector privado (art. 312): se sanciona a aquellos empleados o funcionarios de entidades financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente reciban un beneficio económico como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles.

693 Así, se ha dicho que “sin perjuicio de una eventual afectación del patrimonio de la sociedad o empresa cuyos intereses debe resguardar el receptor del soborno, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho comercial es la libre competencia en el tráfico mercantil” (RUSCA, BRUNO, “La persecución penal de la corrupción – Reflexiones y propuestas de política criminal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. III no. 2 Nueva Serie (2012): 137-154, p. 141).

### 3.4. Competencia para conocer en hechos de corrupción

22. A lo dicho sobre los diferentes tipos penales previstos que están vinculados con los delitos de la corrupción se le suma, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la cuestión de la división de competencias entre el fuero Criminal y Correccional del Poder Judicial de la Nación y el fuero Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
23. Debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo estipulado en la Ley 26.702<sup>694</sup>, el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene competencia para entender en todos aquellos delitos contra la administración pública<sup>695</sup> que fueran cometidos “por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales”<sup>696</sup>.
24. De este modo, entonces, el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está facultado para entender en todos aquellos delitos relacionados con la corrupción política.

---

694 Ratificada por la Ley 5.937 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Publicada en el Boletín oficial el 03 de marzo de 2018.

695 Con limitadas excepciones, que no se refieren a los tipos penales vinculados con hechos de corrupción que fueran enunciados *ut supra*.

696 Ley 26.702, de transferencia de la competencia para investigar y juzgar los delitos y contravenciones cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sus excepciones, BO 6/10/2011, Anexo, artículo segundo.

## 4. Estándares internacionales en materia de investigación

### 4.1. Debida diligencia reforzada

#### 4.1.1. Concepto

25. La debida diligencia es un concepto clave en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos. Implica, a grandes rasgos, que los Estados tienen el deber de “investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que hayan ocurrido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”<sup>697</sup>.
26. La debida diligencia, entendida como la manera adecuada de conducir las investigaciones por parte del Estado, es un medio para “garantizar la tutela de los derechos fundamentales”<sup>698</sup>, y además cumple con una función aleccionadora y disuasiva<sup>699</sup>. La Corte IDH ha indicado que la obligación de investigar de forma diligente se deriva directamente del artículo 1.1 de la CADH, es decir, del deber estatal de garantizar los derechos fundamentales reconocidos por el instrumento interamericano<sup>700</sup>.
27. Por lo demás, en la medida en la cual la debida diligencia conduce al esclarecimiento de los hechos que redundaron en la violación de derechos humanos, esta es una forma que tiene el Estado para garantizar el derecho de la sociedad al acceso a la verdad. Como se ha señalado, “resulta un componente clave para la obtención de justicia y, con ello, para el fortalecimiento y consolidación de un verdadero Estado de derecho”<sup>701</sup>.

#### 4.1.2. Aplicación a los hechos de corrupción

28. Al igual que en otros supuestos de delitos particularmente graves para el derecho internacional de los derechos humanos, tales como aquellos que involucran alguna forma de discriminación, puede afirmarse que en los casos de corrupción existe un especial deber de los Estados de garantizar que la investigación se lleve a cabo con la debida diligencia<sup>702</sup>. De esta forma, todos los comportamientos que, de manera general, coadyuvan a que la

697 CORTE IDH. Caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988. § 174.

698 de León, Gisela y otros. *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2010. p. 1.

699 CORTE IDH. Caso *de las hermanas Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. § 156.

700 CORTE IDH. Caso *de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006. § 142: “de esa obligación general de garantía deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos”.

701 DE LEÓN, GISELA y otros. *Op Cit.* p. 3.

702 “La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, erradicar y sancionar eficazmente la corrupción” (CORTE IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros v. Guatemala*. Sentencia del 9 de marzo de 2018. § 242).

investigación sea diligente deben aplicarse especialmente en estos supuestos, lo cual implica la necesidad de redoblar los esfuerzos de los representantes del Ministerio Público.

### 4.1.3. Fiscalías especializadas y programas de capacitación

29. Dado que la debida diligencia reforzada puede implicar la necesidad de asignar cierta prioridad a la investigación de hechos de corrupción, así como de contar con agentes capacitados para este tipo de sucesos<sup>703</sup>, resulta aconsejable contar con organismos especializados que puedan llevar adelante estas investigaciones<sup>704</sup>. Numerosas organizaciones han resaltado la necesidad de contar con entes específicamente capacitados en la lucha contra la corrupción<sup>705</sup>. Ciertamente, estas fiscalías especializadas tienen una ventaja: deben abocarse únicamente a la investigación de estos hechos y, consecuentemente, no tienen que ocuparse del seguimiento de otros casos.
30. Por lo demás, además de la creación de unidades de investigación especializada, deben impulsarse programas de capacitación dirigidos a los funcionarios y empleados del Ministerio Público, en los cuales se los instruya no solo sobre las técnicas de investigación adecuadas, sino también sobre los estándares en materia de derechos humanos aplicables a la materia<sup>706</sup>. La educación y la formación de los funcionarios es un medio eficaz para asegurar que los representantes del Ministerio Público actúen de una manera regular y respetuosa de las garantías de los ciudadanos. Así, se ha dicho que los “planes de formación y programas de trabajo con sus propios funcionarios y con la población en general forman parte de cualquier estrategia integral para la promoción de una cultura de los DDHH”<sup>707</sup>.

## 4.2. Oficiosidad

31. La investigación sobre hechos de corrupción debe iniciarse de oficio una vez que el Ministerio Público ha tomado conocimiento de estos. Ello importa, en un primer lugar, la obligatoriedad de ejercer la acción penal<sup>708</sup>.

---

703 Refiriéndose a la capacidad de los agentes investigadores, la Corte IDH ha señalado en numerosas ocasiones que las investigaciones deben realizarse “por profesionales competentes y empleando los procedimientos más adecuados” (Cfr. *Caso de la Masacre del Pueblo Bello*, § 177. *Caso de la Comunidad Moiwana*, § 203. *Caso Baldeón García v. Perú*, § 96., entre muchos otros).

704 CNUCC, art. 36: “Cada Estado parte [...] se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción”.

705 Cfr. ACIJ, *10 puntos urgentes en la lucha contra la corrupción en la Argentina*. Diciembre 2014. Consultado el 10 de septiembre de 2020, <https://acij.org.ar/proponemos-10-puntos-urgentes-para-la-agenda-anticorrupcion-en-argentina>. P. 6: “[resulta necesario] poner en funcionamiento pleno a los organismos judiciales especializado (como la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, cuerpos periciales especializados, etc.)”

706 Se ha señalado la importancia de los programas de capacitación: “Alrededor de cincuenta sentencias de reparaciones han incluido dentro de sus puntos resolutivos la adopción de programas de educación en derechos humanos” (LONDOÑO LÁZARO, MARÍA CARMELINA. *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*. México D.F.: Tirant Lo Blanch México, 2014, p. 187).

707 *Ibíd.*

708 CNUCC, art. 30 § 3: “Cada Estado parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

32. La no disponibilidad de la acción penal en estos casos está receptada por el Código Procesal Penal Federal, que establece que el representante del Ministerio Público “[n]o puede prescindir total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio de su cargo [...] [t]ampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales”<sup>709</sup>. Es claro que el primer supuesto abarca todos los casos de corrupción política, mientras que el segundo abarca en general a todos los hechos de corrupción en la medida en la cual la lucha contra ésta es considerada esencial.
33. También está prevista la no disponibilidad de la acción penal para este tipo de ilícitos en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual prevé que el Ministerio Público debe promover de oficio toda acción que no sea dependiente de instancia privada<sup>710</sup>.
34. Es preciso recalcar que la oficiosidad impone la necesidad de dar inicio a las investigaciones siempre que el órgano del Ministerio Público tome conocimiento de la posible comisión de un hecho de corrupción, aun si no existiera una denuncia concreta, sino meros indicios de su acaecimiento<sup>711</sup>. Resulta aconsejable contar con un área destinada a la verificación periódica de notas periodísticas en las cuales se denuncien hechos de corrupción, así como de los informes elaborados por los órganos de contralor interno de los diversos entes estatales<sup>712</sup>.

## 4.3. Oportunidad

### 4.3.1. Elementos

35. La oportunidad guarda una estrecha relación con dos elementos que hacen a la investigación diligente: que sea inmediata y propositiva. Ambos elementos hacen a la efectividad de la actividad desplegada por el órgano investigador y aseguran tanto la conservación del material probatorio, como la razonabilidad del plazo en el cual se lleva adelante la investigación.

### 4.3.2. Inmediatez

36. La inmediatez conlleva que el inicio de la investigación debe producirse en el momento en el cual el Ministerio Público toma conocimiento del hecho de corrupción, sin que puedan aducirse motivos para retardar o postergar su comienzo. En particular, la inmediatez exige que el Estado tome las siguientes medidas:

---

709 Ley 27.063, art. 30. BO 10/12/2014

710 Ley 2.303 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 4. BOCBA 08/05/2017.

711 Al referirse a la oficiosidad en materia de investigación de hechos de tortura, la Corte IDH ha dicho que “en todo caso en que existan indicios de su ocurrencia el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una investigación” (Caso *Bayarri v. Argentina*. Sentencia del 30 de octubre de 2008. § 92).

712 En este sentido, véase la labor llevada adelante por la Unidad de Admisión y Detección Temprana de la Oficina Anticorrupción, la cual “tiene como función relevar periódicamente no sólo las noticias periodísticas, sino también los diversos informes de autoría que los órganos de control pudieren confeccionar” (HONISCH, PAULA, “¿Por qué es tan complejo detectar, investigar y castigar hechos de corrupción?”, Universidad de Palermo, consultado el 19 de septiembre de 2020, [https://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Honisch-Paper-8-10.pdf](https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Honisch-Paper-8-10.pdf). P. 7, nota al pie 44).



- > Resguardo de medidas de prueba: ha sido señalado que “el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y, en algunos casos, la imposibilidad– para obtener las pruebas”<sup>713</sup>. Consecuentemente, es preciso que el representante del Ministerio Público inicie sus investigaciones en el plazo más breve posible, de forma tal que se pueda asegurar la existencia e integridad de las pruebas necesarias para demostrar el hecho de corrupción. En este punto, y debido a las características de este tipo de hechos, será especialmente importante el resguardo de la prueba documental. Es preciso tener en cuenta que “la Corte IDH ha declarado que se viola el deber de investigar de manera diligente cuando existe una falta de recolección o preservación efectiva de prueba documental fundamental para la determinación de responsabilidades por graves violaciones a los derechos humanos”<sup>714</sup>.
- > Protección de testigos, denunciadores y víctimas: se ha dicho que “el Estado, para garantizar un debido proceso, debe facilitar todos los medios necesarios para proteger [...] testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos”<sup>715</sup>. A tales fines, el representante del Ministerio Público debe tomar, en la primera oportunidad posible, todas aquellas medidas de resguardo que sean necesarias para asegurar la vida y la integridad de los testigos, denunciadores y víctimas.

### 4.3.3. Investigación propositiva

37. La investigación debe ser propositiva; de modo que el representante del Ministerio Público a cargo de ella debe asumir una actitud activa y no puede depender de la actividad procesal o del impulso de otras partes interesadas en el proceso. Este aspecto está fuertemente vinculado con el diseño del proceso penal, toda vez que en un sistema acusatorio el deber de impulsar el proceso penal recae en el representante del Ministerio Público. Así, en el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se prevé que “[e]l Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción pública y *practicará todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho*. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria”<sup>716</sup>.
38. Este elemento hace referencia también a la calidad de las medidas llevadas adelante por el órgano investigador: no basta con la mera realización de actividad procesal para cumplir formalmente, sino que por el contrario debe ser eficaz, adecuada a las circunstancias del caso y tendiente a elucidar la verdad de los hechos<sup>717</sup>.

### 4.3.4. Relación con el plazo razonable

39. Tanto la inmediatez como el comportamiento activo que debe observar el representante del Ministerio Público refieren a la necesidad de que los procesos relativos a hechos de corrupción sean llevados adelante en un plazo razonable.

713 CORTE IDH. Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. § 135.

714 DE LEÓN, GISELA y otros. *Op. Cit.* p. 94.

715 CORTE IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. § 199.

716 Ley 2.303 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 4. Énfasis añadido. BOCBA 08/05/2017.

717 “[E]l deber de investigar es una obligación de medios y no de resultados. Sin embargo, debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa” (CORTE IDH, Caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*. Sentencia del 12 de agosto de 2008. § 144).

40. La garantía del plazo razonable puede considerarse desde dos perspectivas: primero, como una garantía del imputado y segundo como el derecho de la sociedad en general a que este tipo de hechos sean debidamente investigados y sancionados. Como consecuencia de la grave repercusión social que tienen estos sucesos, la garantía del plazo razonable debe evaluarse “teniendo en cuenta la necesidad de que estas investigaciones sean resueltas con prontitud considerando la necesidad social de conocer la verdad de los hechos de corrupción que son investigados”<sup>718</sup>. De esta forma, se logra también asegurar la no configuración de posibles situaciones de impunidad asociadas a este tipo de hechos.
41. Es preciso considerar la posibilidad de incorporar indicadores de avances de los procesos, para evaluar el comportamiento del Ministerio Público y garantizar que sean conducidos en un plazo razonable. A tales fines, como lo han hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>719</sup> y la Corte IDH, pueden tomarse los siguientes parámetros:
  - a. Complejidad del asunto: este primer elemento, a su vez, está determinado por varios otros, entre ellos: “la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el cual ocurrió la violación”<sup>720</sup>.
  - b. Actividad procesal del imputado: sin perjuicio del deber estatal de investigar e impulsar el proceso de oficio, debe tenerse en cuenta que el propio imputado puede, con su actividad procesal, enlentecer la tramitación de la causa seguida en su contra. Sobre este tema, se ha señalado que “[s]i la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable”<sup>721</sup>. En este punto, sin embargo, no puede olvidarse que existe el derecho de las víctimas y de la sociedad en general a conocer la verdad, lo cual ha llevado a la Corte IDH a concluir que “[e]l derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”<sup>722</sup>. Esto compromete también al representante del Ministerio Público, que debe colaborar con el órgano jurisdiccional para evitar que la actividad dilatoria del imputado conduzca a frustrar los fines del proceso.
  - c. Comportamiento del representante del Ministerio Público y de los magistrados: la actividad de las autoridades estatales en este tipo de sucesos se vincula directamente con el estándar de debida diligencia que les es exigido. Se ha dicho que “el órgano que investiga una violación de derechos humanos debe utilizar todos los medios disponibles para llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias”<sup>723</sup>.
  - d. Afectación de la situación jurídica del interesado: la Corte IDH ha apuntado que “[s]i el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”<sup>724</sup>. Debe tenerse en cuenta la afectación generada al

718 CIDH, *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. 2019. § 350.

719 Cfr., entre otros, TEDH, *Caso de Gast y Popp c. Alemania*. Sentencia del 25 de febrero de 2000. § 70.

720 CORTE IDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Sentencia del 31 de agosto de 2012. § 156.

721 CORTE IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. § 57.

722 CORTE IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. § 210.

723 CORTE IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2007. § 156.

724 CORTE IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. § 155.

imputado en todo proceso penal por el solo hecho de permanecer “en la incertidumbre acerca de su suerte”<sup>725</sup>. Asimismo, resulta particularmente importante que la investigación se desarrolle en un plazo razonable siempre que exista una persona vinculada a dicha investigación y privada de su libertad<sup>726</sup>. En los casos de corrupción política, además, la necesidad de que el proceso se lleve adelante el plazo más breve posible tiene por objetivo: evitar el riesgo de “sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a ciertas personas políticamente activas, con el objeto de excluirlas de la lucha política democrática”<sup>727</sup>.

42. Una última aclaración parece oportuna: la cuestión referida al plazo razonable es particularmente acuciante en la investigación de los hechos de corrupción, pues, notablemente, suelen presentar una duración excesivamente larga en comparación con otros procesos<sup>728</sup>.

## 4.4. Independencia e imparcialidad

### 4.4.1. Requisitos de la independencia

43. La independencia exige, ante todo, un reaseguro contra cualquier “intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas”<sup>729</sup> en el desempeño de la función de los fiscales. De este modo, la independencia es fundamentalmente una garantía externa al Ministerio Público, que debe asegurar el ordenamiento jurídico y a la cual este tiene derecho.
44. Si bien la independencia de los fiscales es, generalmente, pensada en términos institucionales –es decir, como el derecho que tiene el Ministerio Público a conducirse con una relativa autonomía y no sujeto al control jerárquico de otros poderes del Estado–, esta garantía también es predicable respecto de cada fiscal en particular. Bien es cierto que la estructura jerárquica del Ministerio Público implica que los superiores tienen facultades de control sobre los subordinados, pero dichas facultades no pueden concebirse como absolutamente discrecionales sino que “el alcance preciso del poder de revocar o modificar las decisiones de un fiscal de grado inferior debe estar claramente establecido en la legislación, en regulaciones o en protocolos”<sup>730</sup>. Lo contrario implicaría privar al inferior jerárquico de todo poder de decisión real, siempre que su actividad quedaría librada al arbitrio del superior.

### 4.4.2. Requisitos de la imparcialidad

45. La imparcialidad resulta de alta relevancia en hechos de corrupción política. En estos casos, hay un riesgo especial de existencia de sospechas de partidismo o de búsqueda de ventajas por parte de los agentes a cargo de la investigación.

725 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General n° 32*, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32. § 35.

726 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Isidora Barroso c. Panamá*, CCPR/C/54/D/473/1991, 1995. § 8.5: “En casos que entrañan graves acusaciones [...] y en los que el tribunal niega al acusado la libertad bajo fianza, el acusado debe ser juzgado lo más rápidamente posible”.

727 CORTE IDH, *Caso Andrade Salomón vs. Bolivia*. Sentencia del 1 de diciembre de 2016. § 178.

728 Véase en este punto lo dicho en: ACIJ, *Los procesos penales en materia de corrupción*. 2013. Consultado el 16 de octubre de 2020, <https://www.mpf.gob.ar/procelac-ap/files/2013/10/Los-procesos-judiciales-en-materia-de-corrupci%C3%B3n.pdf>, pp. 4-5.

729 Directrices sobre la función de los fiscales (ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p.189). § 4.

730 UNODOC, *El status y el rol de los fiscales*, Viena: 2014. p. 12.

46. La necesidad de garantizar la imparcialidad se torna gravosa en aquellos supuestos en los cuales un órgano del propio Ministerio Público esté sospechado de haber participado en un hecho de corrupción; de modo que se debe “resguardar la investigación de la contaminación o alteración de la prueba que puedan realizar los posibles perpetradores, cuando ellos son agentes que tienen funciones de investigación”<sup>731</sup>. Por tal motivo, obviamente, los agentes sospechados deben ser excluidos de la investigación en la primera oportunidad en la cual surjan indicios de participación.
47. En todo caso, la imparcialidad implica tanto un aspecto subjetivo, consistente en la ausencia de prejuicios personales por parte de quien lleva adelante la investigación, y también un aspecto objetivo, que apunta a la existencia de reaseguros suficientes para que no existan dudas acerca de la imparcialidad del órgano investigador en cuestión<sup>732</sup>. Resulta indispensable, en consecuencia, contar con mecanismos internos que permitan fiscalizar la conducta de los agentes que llevan adelante las investigaciones de corrupción, así como también con la participación de organismos de la sociedad civil que garanticen la transparencia en el actuar del Ministerio Público. Varios instrumentos internacionales refieren a la conveniencia de que la investigación sea conducida por más de una persona, lo que permite contar con un doble conforme de los agentes investigadores<sup>733</sup>.

#### 4.4.3. Criterios de asignación de casos

48. Numerosos instrumentos internacionales señalan la necesidad de contar con un sistema adecuado de asignación de casos que asegure la independencia de los operadores judiciales<sup>734</sup>. La ausencia de criterios objetivos para asignar casos puede redundar en prácticas discrecionales que hagan peligrar la independencia de los agentes fiscales y favorezcan la corrupción y la impunidad<sup>735</sup>. Mecanismos como el sorteo, la asignación por orden alfabético o bien la asignación a través de planes de gestión, que incorporen parámetros tales como la especialización en la materia, pueden resultar convenientes para alcanzar este propósito.
49. Resulta indispensable, a los fines de asegurar la independencia en la conducción de la investigación y el enjuiciamiento de los hechos de corrupción, que “en los procesos de selección y designación se debe cuidar que prevalezcan los criterios de mérito, idoneidad y transparencia”<sup>736</sup>.
50. En línea con esto último, es bueno contar con unidades especializadas que tengan a cargo el análisis previo de los casos para proponer su archivo o desestimación o bien para asignarlo a una fiscalía especializada en hechos de corrupción. Como se ha indicado, es vital que este tipo de unidades estén debidamente supervisadas para evitar

731 DE LEÓN, GISELA y otros. *Op Cit.* p. 29.

732 En este sentido se expresó el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, en el Caso de *Pullar c. Reino Unido* (Sentencia del 10 de junio de 1996, §. 30), *Findlay c. Reino Unido* (Sentencia del 25 de febrero de 1997, § 73) y *Morris c. Reino Unido* (Sentencia del 26 de febrero de 2002, § 58), entre otros.

733 ONU, *Manual de medidas...* *Op. Cit.* p. 18.

734 Cfr. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 24 de marzo de 2009, A/HR/11/41. § 46-47.

735 CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*. 2013. § 118.

736 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 23 de marzo de 2020, A/HRC/44/47. § 29.

la arbitrariedad y el surgimiento de prácticas corruptas hacia el interior del Ministerio Público<sup>737</sup>.

## 4.5. Exhaustividad

51. El comportamiento activo del Ministerio Público en las investigaciones de hechos de corrupción redundan en que estas deban ser exhaustivas, lo que importa la necesidad de agotar todos los medios legales encaminados a la averiguación de la verdad y, por ende, a la persecución y captura de todos los eventuales responsables<sup>738</sup>.
52. La exhaustividad importa la realización de una “investigación seria, objetiva y efectiva”<sup>739</sup>. Ello implica, por lo pronto, que el representante del Ministerio Público debe hacer una valoración equitativa del material probatorio reunido y perseguir de buena fe todas las líneas investigativas que surgieran, incluso cuando tales hipótesis resultaran ventajosas para el acusado<sup>740</sup>.

## 4.6. Transparencia

### 4.6.1. Concepto de transparencia

53. Un aspecto especialmente relevante en la investigación de los hechos de corrupción es aquel referido a la transparencia en el desempeño del representante del Ministerio Público Fiscal. A esta se la ha definido como “la cualidad [...] de ser abierta en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones”<sup>741</sup>.
54. La transparencia aparece fuertemente vinculada a la rendición de cuentas, es decir, la posibilidad de hacer responsables a los funcionarios públicos por sus actos y el desempeño de sus funciones. Se ha dicho al respecto que por “políticas de transparencia” debe entenderse a “un conjunto de estrategias y prácticas, *basadas esencialmente en una amplia apertura y disponibilidad de información*, que coadyuvan a la gobernabilidad y a la rendición de cuentas”<sup>742</sup>.
55. La transparencia –a la que se ha calificado como “un valor fundamental para las democracias modernas”<sup>743</sup>– es verdaderamente importante respecto de los operadores del sistema de administración de justicia ya que ocurre que la opacidad en el desarrollo de los procesos judiciales lleva a la desconfianza de los ciudadanos respecto de la vigencia efectiva del Estado de Derecho.

737 RINCÓN, TATIANA (Ed.), *Estándares internacionales sobre las garantías de los fiscales y las fiscalías*. Ciudad de México: Fundación para el Debido Proceso, 2017. p. 38.

738 CORTE IDH, Caso *García Prieto y otro v. El Salvador*. Sentencia del 20 de noviembre de 2007. § 101. y CORTE IDH, Caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*. Sentencia del 12 de agosto de 2008, § 144, entre otros.

739 CORTE IDH, Caso *Poblete Vilches y otros v. Chile*. Sentencia del 8 de marzo de 2018, § 185.

740 Directrices sobre la función de los fiscales (ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p.189) § 13 inc. a.

741 TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Guía de lenguaje... Op. Cit.* p. 44.

742 BARAGLI, NÉSTOR, “Políticas públicas de transparencia”, *Derecho comparado de la información*. Vol I, núm. 5, (2005): 21-42. p. 23. Énfasis agregado.

743 FEINMANN, VIRGINIA y ENGHEL, MARIANA (eds.). *Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial: Guía de buenas prácticas en América Latina*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2009. p. 18.

#### 4.6.2. La transparencia en la lucha contra la corrupción

56. La trascendencia que normalmente tiene el valor transparencia en los procesos se ve incrementada en aquellos relativos a la investigación de hechos de corrupción. Debido a que la corrupción en sí misma está provocada por una falta de transparencia en la administración de los recursos públicos<sup>744</sup>, en los procesos penales que involucran la investigación de hechos de corrupción deberá velarse celosamente por la vigencia de este valor, como modo de reconstruir también la confianza social.
57. En este sentido, se ha señalado la importancia de la presentación de declaraciones patrimoniales por parte de los agentes fiscales, como un medio idóneo para asegurar su transparencia patrimonial, “con el fin de apuntalar la confianza en el Ministerio Público”<sup>745</sup>.
58. También, en línea con las llamadas políticas de *open data*<sup>746</sup>, resultaría valioso que los organismos de investigación publiquen, a través de sus sitios web institucionales, estadísticas e información relevante sobre los procesos de corrupción. De esta manera, se permitiría un grado más alto de participación ciudadana en las temáticas vinculadas a los hechos de corrupción, puesto que al contar con más datos la sociedad civil podría intervenir de manera más informada<sup>747</sup>.

---

744 Así, la conocida *fórmula de Klitgaard* define a la corrupción como “monopolio más discrecionalidad menos responsabilidad”. Es claro que la responsabilidad exige de transparencia (Cfr. Bello, Alejandra y GÓMEZ, NICOLÁS (eds.), *Op. Cit.* p. 24).

745 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 23 de marzo de 2020, A/HRC/44/47. § 78.

746 Entendida como las políticas tendientes a “poner a disposición de la sociedad los datos de interés común de la ciudadanía” (NASER, ALEJANDRA y CONCHA, GASTÓN. *Datos abiertos: Un nuevo desafío para los gobiernos de la región*. Santiago de Chile: ILPES, 2012, p. 5).

747 En efecto, la comunicación de parte de los organismos del Estado constituye el pilar más fundamental de la participación ciudadana. Véase: CAMACHO PÉREZ, JASON ALEXIS, “Participación ciudadana para el combate a la corrupción: Un análisis del Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción”, *Revista Buen Gobierno*, Núm. 28, Enero-Julio 2020: 2-23. Pp. 10 y ss.

## 5. Pautas para conducir la investigación

### 5.1. Perspectiva de derechos humanos

#### 5.1.1. El enfoque de derechos

59. Para afirmar que la investigación de los hechos de corrupción debe conducirse con un enfoque o perspectiva de derechos humanos, es preciso comenzar con una definición sobre esta visión.
60. La noción del enfoque de derechos puede conceptualizarse, de manera abstracta, como aquella que “considera el derecho internacional sobre los derechos humanos principalmente como un marco conceptual que es aceptado por la comunidad internacional y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas”<sup>748</sup>. Dicha perspectiva parte de la comprensión de que las personas son, ante todo, “titulares de derechos que obligan al Estado”<sup>749</sup>. Si se aplica este concepto al proceso penal, el enfoque de derechos exige que se consideren a todas las partes vinculadas al proceso como personas que tienen derecho de exigir a los órganos del Estado que se resguarden sus derechos y garantías.
61. Aquel enfoque debe ser aplicado a todo el comportamiento del representante del Ministerio Público en el proceso, tanto hacia los imputados como hacia los particulares damnificados por el hecho ilícito investigado. En ello está en juego el llamado principio de legalidad funcional, según el cual “el sistema procesal es un medio para lograr la justicia”<sup>750</sup> y, por ello, todo el diseño del proceso de administración de justicia, así como la actividad de los órganos estatales dentro de este, “deben atender a razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas”<sup>751</sup>.
62. El representante del Ministerio Público que investigue hechos de corrupción debe considerar la repercusión que estos tienen en los derechos humanos. El enfoque de derechos humanos, justamente, “centra la atención en las personas que por su vulnerabilidad tienden a sufrir una desventaja desproporcionada cuando son víctimas de la corrupción”<sup>752</sup>.
63. El enfoque de derechos humanos está exigido por la propia Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la medida en la cual establece como función esencial de este “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses de la sociedad”<sup>753</sup>. En un sentido similar, se ha señalado que

748 ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, Vol. 88 (Abril 2006): 35-50, consultado el 20 de septiembre de 2020, [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050_es.pdf). P. 36.

749 *Ibíd.*

750 CORTE IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999, § 61.

751 CORTE IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. Sentencia del 25 de marzo de 2017. § 163.

752 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (ICHRP). *La Corrupción y los Derechos Humanos: Estableciendo el vínculo*, Monterrey: 2009. P. 7.

753 Ley 1.903, art. 1.

“el fiscal, al ser una autoridad pública, tiene que establecer el ejemplo para la sociedad en la protección de los derechos humanos [...] [p]or lo tanto, el comportamiento del Ministerio Público Fiscal tiene que estar en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”<sup>754</sup>.

## 5.1.2. Perspectiva de derechos humanos y víctimas de corrupción

64. La adopción de una perspectiva de derechos humanos obliga a enfocar la atención en las víctimas de los hechos de corrupción, particularmente cuando se trata de grupos socialmente vulnerables<sup>755</sup>. La CIDH considera que las “personas y grupos en situación de vulnerabilidad histórica”<sup>756</sup> son especialmente afectados por la corrupción; en consonancia con este criterio, se debe considerar el impacto desproporcionado que tiene la corrupción en los siguientes grupos:
- a. Personas privadas de la libertad: respecto de ellas, se ha dicho que son “uno de los colectivos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente a actos de corrupción”<sup>757</sup>. Quienes se encuentran privados de su libertad no solo se pueden ver afectados por abusos cometidos por las propias autoridades penitenciarias, sino también por aquellos que puedan cometer los propios internos que ejerzan un control *de facto* dentro de los establecimientos.
  - b. Mujeres: en este caso, se ha señalado que la corrupción “impacta de forma diferente en hombres y mujeres y en muchos casos perpetúa las desigualdades de género existentes”<sup>758</sup>. En particular, la corrupción en ámbitos policiales puede favorecer la aparición y perpetuación de prácticas de explotación sexual y trata. En ámbitos dominados por hombres –como suelen serlo aquellos relativos a los poderes públicos– la corrupción sistémica y las prácticas clientelares pueden dificultar aún más el acceso de las mujeres a cargos y posiciones de relevancia, dada la existencia de redes de corrupción cuyos integrantes no permiten el ingreso de personas externas a ellas.
  - c. Niños, niñas y adolescentes: son especialmente perjudicados en cuanto los actos de corrupción afectan a “programas dirigidos a la infancia, obstaculizando el goce de derechos sustancialmente relevantes en esta etapa de la vida como la salud, la educación y la alimentación”<sup>759</sup>. Adicionalmente, en la medida en la cual repercute en el sistema de administración de justicia, puede vulnerar el derecho de los niños a la protección judicial efectiva, particularmente en ámbitos tales como los procesos de adopción, la explotación sexual y el trabajo infantil<sup>760</sup>.
  - d. Personas que viven en la pobreza: son de los grupos más afectados, no solo porque muchas veces son forzados a participar en actos de corrupción a cambio de ayudas o subvenciones estatales a las cuales tienen derecho, sino también en la medida en la cual repercute en la calidad de los servicios públicos –que, frecuentemente, son los únicos a los cuales pueden acceder las personas de escasos recursos–. Se ha dicho que “cuando la corrupción es generalizada, los pobres están expuestos, como el resto de las demás personas, al cohecho en pequeña escala de los funcionarios públicos [...]

754 MYJER, EGBERT y otros (coord.). *Manual de derechos humanos para fiscales*. Traducido por Sofía Fernández Farquharson. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009. P. 2.

755 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (ICHRP). *Op. Cit.* pp. 10 y ss.

756 CIDH, *Corrupción...* *Op. Cit.* § 396.

757 *Ibíd.* § 433.

758 Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP), *Op. Cit.* p. 10.

759 CIDH, *Corrupción...* *Op. Cit.* § 463.

760 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (ICHRP), *Op. Cit.* p. 11.



sin embargo, el efecto proporcional en sus ingresos es más gravoso<sup>761</sup>. La corrupción, también, tiene efectos disuasorios respecto de las inversiones extranjeras, lo cual lleva a un menor grado de desarrollo económico y, por ello, una perpetuación de las situaciones de pobreza en un Estado.

- e. Migrantes: las personas en una situación de movilidad humana se encuentran generalmente en una posición más vulnerable respecto de los nacionales de un determinado Estado. En efecto, la CIDH ha destacado que “por el hecho de ser migrantes, las personas suelen enfrentar múltiples violaciones a sus derechos humanos a lo largo del proceso migratorio<sup>762</sup>. Particularmente, se debe atender a aquellas situaciones en las cuales las personas sean forzadas a formar parte de prácticas corruptas con el objeto de evadir controles migratorios o de obtener permisos de residencia.
- f. Evaluar la situación de personas mayores: más ligados a políticas públicas, que ya no están en condiciones de satisfacer sus necesidades a través de su propia actividad, sino que quedan sujetos o ligados a la retribución de la que son merecedores en virtud de toda una vida de trabajo anterior. La corrupción y la manipulación de los recursos destinados a las personas mayores o la malversación de recursos que podrían destinarse a mejorar su calidad de vida los sume en un desahucio del que, a diferencia de una persona en edad laboral, difícilmente podrán salir por su propia cuenta.

### 5.1.3. Organismos especializados en derechos humanos

- 65. La adopción de una perspectiva de derechos humanos, asimismo, torna aconsejable contar, dentro de la estructura orgánica del Ministerio, con organismos especializados en la materia, incluso hasta resultaría adecuada la previsión de una Fiscalía Especializada en Derechos Humanos, así como existen en numerosos Estados entre los cuales pueden mencionarse a Colombia, Paraguay o México<sup>763</sup>.
- 66. Cabe destacar, en este orden de ideas, la labor de la Dirección General de Derechos Humanos, que integra la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación<sup>764</sup>, cuya función es colaborar, con otras dependencias, en temáticas de derechos humanos, sistematizar y mantener una base de datos actualizada sobre dictámenes en materia de derechos humanos, entablar lazos institucionales con organizaciones de la sociedad civil e internacionales en materia de derechos humanos, y en general realizar todas las labores vinculadas con la promoción de los derechos humanos<sup>765</sup>.

761 *Ibíd.*, p. 13.

762 CIDH, *Movilidad humana: Estándares interamericanos*. OEA/Ser.LV/II. Doc. 46/15. 31 de diciembre de 2015. p. 13.

763 Decreto ley 016 de 2014 de Colombia, cuyo artículo 2 prevé una “Dirección Especializada contra las Violaciones a los Derechos Humanos”; Resolución FGE n° 2446 de Paraguay que creó una “Unidad Especializada en Derechos Humanos”; Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República de México cuyo artículo 14 contempla una “Fiscalía Especializada en Materia de Derechos Humanos”.

764 Creada por medio de la Resolución PGN n° 3468/15.

765 La fiscalía cuenta con un sitio *web* propio, al que puede accederse desde el siguiente enlace: <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/>.

## 5.2. Presunción de corrupción

67. Frente a la sospecha de la comisión de un hecho de corrupción debe sostenerse tal hipótesis y únicamente descartarla si surgen elementos que apunten en un sentido contrario<sup>766</sup>. Esto, cabe aclarar, no es un contrasentido con el principio de inocencia, pues lo que se presume no es la comisión o configuración del hecho en sí, sino la tipificación de la corrupción ante un caso que presumiblemente puede encuadrar como tal. De esta manera, desde el primer momento posible, se incorporarán todos aquellos principios contenidos en el presente protocolo y se tenderá a obtener una mayor eficacia en la investigación. A la hora de ponderar esta sospecha, es preciso estarse a los siguientes parámetros:
- a. Tipos penales que configuran hechos de corrupción: en el caso en el cual la denuncia o investigación de oficio se inicie por uno de los tipos penales incluidos en los acápite 3.2 y 3.3 del presente protocolo, es claro que la investigación deberá tratarse como la de un hecho de corrupción. Este es el supuesto más claro, toda vez que el hecho mismo investigado constituye un supuesto de corrupción. Solamente podría descartarse la hipótesis de corrupción en aquellos casos en los cuales una indagación más intensiva hiciere aconsejable adoptar un tipo penal diverso y no vinculado a hechos de corrupción.
  - b. Hechos cometidos por funcionarios públicos en el cumplimiento de sus funciones: siempre que la investigación se refiera a la posible comisión de un ilícito por parte de un funcionario público y en razón de su cargo, deberá presumirse que el suceso constituye un hecho de corrupción, incluso cuando el tipo penal en sí mismo no se refiera directamente a prácticas corruptas por no implicar la obtención de un beneficio privado por parte del imputado (ej. incumplimiento de los deberes de funcionario público). La presunción de corrupción solo debería abandonarse si se demuestra que la irregularidad no obedecía a la búsqueda de un beneficio privado.
  - c. Delitos patrimoniales con puntos de conexión en el extranjero: cuando se trate de la investigación de delitos patrimoniales, económicos o tributarios y existieren vínculos objetivos (p.ej. transferencias de activos) o subjetivos (p.ej. existencia de agencias o sucursales) con jurisdicciones de baja o nula tributación o que tuvieren secreto bancario, debe presumirse la comisión de prácticas corruptas.

## 5.3. Dificultades con la investigación

68. Una vez determinado que la investigación que se realiza se refiere a un hecho de corrupción, el representante del Ministerio Público debe ser consciente de diversas dificultades con las cuales puede encontrarse<sup>767</sup>:
- a. Carácter estructural o sistémico de la corrupción: no siempre la corrupción presenta el carácter de sistémica, pero en aquellos casos en los cuales el hecho investigado no se produjo en forma aislada, sino que existen indicios de que se inserta dentro de una matriz de corrupción, es posible que el representante del Ministerio Público se encuentre con un ámbito permisivo y hasta facilitador de la corrupción.

766 Tal presunción es concorde con aquella recomendada por instrumentos internacionales en otros supuestos de delitos que redunden en graves violaciones de derechos humanos. Así, el Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género de la ONU establece: “Como hipótesis inicial se debe considerar que la muerte violenta de la mujer que se investiga corresponde a un femicidio, con el fin de incluir la perspectiva de género como principal enfoque para la indagación de los hechos” (§ 171).

767 Clasificación elaborada sobre la base de lo expuesto en: SOSA, OMAR JULIÁN (coord.). *Op. Cit.* pp. 54 y ss.

- b. Estructura de los delitos de corrupción: los delitos de corrupción, por su propia naturaleza, suelen involucrar particularidades que tornan más complejas las investigaciones. Entre ellas, debe considerarse:
- > Generalmente importan algún tipo de acuerdo entre los partícipes (v.gr. entre quien ofrece una dádiva y quien la acepta). Como resultado, muchas veces se carece de denunciante, puesto que quienes conocen directamente la comisión del ilícito tienen interés en ocultarlo.
  - > Como contracara de lo anterior, los hechos de corrupción normalmente presentan víctimas difusas o mediatas. Todavía más, los propios damnificados “no suelen percibir el daño de manera espontánea y eso lleva, por consiguiente, a que el acto no salga a luz por delación de un ‘perjudicado’”<sup>768</sup>.
  - > La actuación irregular de un funcionario público, en los casos de corrupción política, exige una adecuada comprensión del marco normativo que regula la función pública, a los efectos de poder confeccionar un juicio hipotético respecto de cómo debería haberse comportado la persona investigada.
  - > Cuando se trata de hechos de gran magnitud, los autores suelen tener amplios conocimientos del marco normativo existente, de manera tal de dotar al acto corrupto de una apariencia de legalidad.
  - > Los partícipes no suelen actuar en soledad, sino que cuentan con organizaciones delictivas que los respaldan y que facilitan el encubrimiento y la impunidad: se puede hablar de auténticas “redes de corrupción” que dificultan la obtención de evidencia y la persecución de estos delitos<sup>769</sup>.
  - > El cuerpo del delito suele consistir en dinero o en otros bienes fungibles, por lo que existe el riesgo de que se pierda su rastro, ya sea porque es transferido al exterior o como resultado del lavado de dinero<sup>770</sup>.
- c. Poder de los imputados: en los casos de corrupción sistémica, los hechos de corrupción, habitualmente, son “cometidos por personas que conforman redes de corrupción que suelen estar insertas dentro de las élites políticas y en el mundo de los negocios”<sup>771</sup>. La investigación de corrupción política se dificulta por la presencia de funcionarios con determinadas potestades y con acceso a documentos públicos. Igualmente, en casos de corrupción no política, existe un gran riesgo de que la labor del representante del Ministerio Público sea comprometida por los actores investigados cuando estos tienen un rol preponderante en el ámbito económico.
- d. Globalización de la corrupción: el fenómeno de la globalización financiera y comercial ha facilitado que la corrupción traspase las fronteras nacionales y se convierta en un auténtico problema internacional<sup>772</sup>. Todo ello dificulta la obtención de evidencias:

768 HONISCH, PAULA, *Op. Cit.* p. 1.

769 SOSA, OMAR JULIÁN (coord.). *Op. Cit.* pp. 57-58.

770 OCDE. *Lavado de activos y financiación del terrorismo: Manual para inspectores y auditores fiscales*, 2019, p. 13: “Quien comete un delito intentará evitar que su acción sea descubierta por los funcionarios de la Hacienda, la policía, o las fuerzas del orden. Si la persona es detenida o se le hace pagar impuestos por el producto del delito, intentará evitar que ese producto sea rastreado hasta su origen ilícito para evitar así su confiscación”.

771 HONISCH, PAULA, *Op. Cit.*, p. 2.

772 CICC, Preámbulo: “la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinadora de los Estados para combatirla eficazmente”.

esta circunstancia exige la realización de actividad investigadora en diversas jurisdicciones y requiere de un gran esfuerzo de cooperación internacional para asegurar la eficacia de la lucha contra la corrupción<sup>773</sup>.

- e. Falta de coordinación interinstitucional: la complejidad del fenómeno de la corrupción conduce a que sean varias las agencias que deban intervenir en la investigación de un determinado hecho. A los problemas que naturalmente acarrearía esta necesidad de trabajo en conjunto se le suma la actitud de reticencia a cooperar, propia de los distintos agentes involucrados. Es que “[e]n contextos de corrupción estructural, los funcionarios honestos son proclives a actuar aisladamente, bien porque no confían en que las restantes instituciones del Estado actúen conforme a derecho o bien porque sospechan que en determinadas instituciones actúan redes de corrupción que obstaculizarán la investigación”<sup>774</sup>.

## 5.4. Objetivos de la investigación

69. A los efectos de poder conducir una investigación eficaz, es preciso delimitar sus objetivos. Por ser la corrupción un fenómeno completo, quienes conducen las investigaciones deben plantearse una pluralidad de objetivos, que se detallan a continuación:
  - a. Alcances del acto corrupto: debe establecerse qué extensión tiene el acto corrupto. Para su determinación, resulta útil examinar si el hecho investigado ocurrió en forma aislada o si es posible insertarlo dentro de una matriz sistemática.
  - b. Ponderación de los derechos vulnerados: a los fines de determinar el impacto concreto de los hechos de corrupción y de identificar a las víctimas, es imperioso evaluar qué derechos humanos fueron vulnerados.
  - c. Presunto sujeto activo: resulta indispensable el pronto hallazgo del presunto sujeto activo de los hechos de corrupción, su identificación permite la rápida adopción de las medidas de coerción que sean necesarias para asegurar la efectividad de la investigación.
  - d. Rastreo de evidencias: dada la dimensión económica de este tipo de delitos, es de suma importancia encontrar el rastro financiero de ellos.
  - e. Conservación de los productos del delito: una vez hallado el producto del delito, es indispensable la toma de medidas tendientes a la congelación de los activos con miras a la eventual reparación económica.

## 5.5. Alcances del acto corrupto

70. Para delimitar adecuadamente la extensión del hecho de corrupción y su repercusión en los derechos humanos, es de suma importancia reconocer si el ilícito inscribe dentro de una situación estructural de corrupción.
71. Ahora bien, no existen elementos formales cuya presencia determine la existencia de una situación estructural de corrupción<sup>775</sup>, sino que por el contrario es preciso atenerse a diversos parámetros:

773 Todas las Convenciones internacionales aplicables a la materia enfatizan la importancia de dicha cooperación. Así, la CICC en su Artículo XIV, la CNUCC en su Capítulo IV y la Convención OCDE en su artículo 9.

774 SOSA, OMAR JULIÁN (coord.). *Op. Cit.* p. 58.

775 NASH ROJAS, CLAUDIO y otros. *Op. Cit.* p. 112.

- a. Reiteración: el primer criterio para descubrir si el hecho obedece a una situación estructural es determinar si ocurrió una única vez o si, por el contrario, se produjo en varias ocasiones a lo largo del tiempo. La repetición puede indicar la existencia de prácticas enraizadas en una determinada organización.
- b. Generalización: además de la reiteración numérica de los hechos de corrupción, otro parámetro para tener en cuenta es su generalización, que puede referirse a la cantidad de instituciones abarcadas por los actos corruptos, así como la transversalidad de estos en una organización. La generalización, además, puede hacer surgir un contexto de impunidad que refuerce la idea de una situación estructural de corrupción, toda vez que los grados de impunidad son mayores cuanto más extendida esté una práctica corrupta<sup>776</sup>.
- c. Recurso a documentos internacionales: resulta útil asimismo recurrir a los documentos elaborados por organizaciones internacionales, tales como la CIDH o Transparencia Internacional, que indican los niveles de corrupción presentes en una sociedad dada. En rigor, estos documentos no pueden emplearse como elementos de prueba en un proceso penal, mas pueden ser usados para determinar si una organización es percibida como transparente o no por la comunidad internacional.

## 5.6. Determinación de derechos vulnerados

72. Para conducir la investigación de los hechos de corrupción desde una perspectiva de derechos humanos, deben identificarse qué derechos han resultado vulnerados como consecuencia del hecho investigado. Vale la pena aclarar que “a pesar de que todas las prácticas corruptas pueden, a largo plazo, tener un impacto sobre los derechos humanos, no puede afirmarse de manera mecánica que un acto de corrupción viola los derechos humanos sin que se realice un análisis específico del caso”<sup>777</sup>. Se ha advertido que los actos corruptos pueden tener tres efectos posibles en los derechos humanos; veamos:<sup>778</sup>:
- a. Prácticas corruptas que directamente violan un derecho humano: se puede trazar vínculos directos entre hechos de corrupción y la violación del derecho a la vida<sup>779</sup>, a la integridad personal<sup>780</sup>, a la libertad individual, etcétera. En este tipo de casos, lo determinante ha sido que la práctica corrupta, en sí misma, causó la situación de vulneración de los derechos humanos, ya sea como consecuencia de determinados métodos extorsivos empleados<sup>781</sup> o porque ha impedido que ciertas personas gocen de determinados beneficios o reciban un auxilio estatal que les corresponde.
  - b. Prácticas corruptas que conducen a una violación de un derecho humano: esto ocurre en aquellos casos en los cuales el hecho de corrupción, sin generar la situación de vulneración a los derechos humanos, conduce a ella o bien la facilita. Pueden considerarse como prácticas que conducen a una violación de los derechos humano todas aquellas

776 *Ibíd.*, p. 113.

777 CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS (ICHRP). *Op. Cit.* p. 28.

778 *Ibíd.*

779 CORTE IDH, Caso “*Montero Aranguren y otros (‘Retén de Catia’) v. Venezuela*”, Sentencia del 5 de julio de 2006. El caso en lo sustancial involucró una serie de ejecuciones extrajudiciales de prisioneros, de las cuales sólo sobrevivieron aquellos que sobornaron a sus guardias (cfr. § 59).

780 CORTE IDH, Caso *Tibi v. Ecuador*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004. En tal caso, los internos de una Penitenciaría debían pagar para ser asignados a celdas de privilegio, en las cuales no sufrían las condiciones de hacinamiento e insalubridad que sufrían en otros sectores (cfr. § 76).

781 La Corte IDH se pronunció explícitamente sobre esta cuestión en el caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre de 2004 (cfr. § 170).

que tienden a socavar el funcionamiento de un organismo público, del sistema de administración de justicia y también las que afectan la correcta actividad del mercado. Debe tenerse en cuenta, en este punto, que “el desvío de fondos del Estado por prácticas corruptas [...] afecta directamente a la provisión de salud, educación y justicia, entre otros objetivos que guían las políticas públicas”<sup>782</sup>. Se ha puesto de resalto que “[e]n la práctica, los derechos sociales son los más afectados [...] Por ejemplo, la corrupción en el sector de la salud afecta el derecho de todos al estándar más alto posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); en el sector de la educación, el derecho a la educación (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) es el que está en juego”<sup>783</sup>.

- c. Prácticas corruptas en las que no puede establecerse un vínculo causal con una violación de derechos específicos: tal puede ser el caso de algunas de las prácticas que integran la llamada corrupción “pequeña”. Ocasionalmente puede pensarse en algunos hechos menores en los cuales todos los involucrados están de acuerdo con la práctica corrupta y por ende no existe una repercusión directa en los derechos humanos<sup>784</sup>, pero debe tenerse en cuenta que “quien soborna puede ser la víctima en toda una constelación de hechos de corrupción”<sup>785</sup>. Por ejemplo, el oficial público que demanda la entrega de una dádiva para realizar un acto propio de sus funciones perjudica los derechos de la persona que debía beneficiarse por la actuación estatal. Por último, parece necesario decir que hecho de corrupción “pequeña” que se reitera en el tiempo o se extiende hasta volverse sistémica tendrá una repercusión sustancial en el goce de los derechos humanos de los ciudadanos.

- 73. Para asegurar la correcta implementación de una perspectiva de derechos humanos, el representante del Ministerio Público debe partir de la premisa de que el acto corrupto conlleva una vulneración a los derechos humanos, y únicamente abandonar esta hipótesis si una investigación pormenorizada demuestra lo contrario.

## 5.7. Presunto sujeto activo

### 5.7.1. Pautas para su determinación

- 74. Dada la definición de la corrupción como la evasión del marco normativo para la obtención de un beneficio privado, es claro que, en primer lugar, el presunto sujeto activo será el beneficiario de la maniobra ilícita.
- 75. Aunque, en muchas ocasiones, los hechos se cometen a través de interpósitas personas, denominadas habitualmente “testaferros”. De allí que resulte imprescindible averiguar quién está detrás del beneficiario aparente del acto corrupto.

### 5.7.2. Funcionarios públicos

- 76. La amplia mayoría de los tipos penales vinculados con la corrupción política requieren un sujeto activo con una condición especial: que sea “funcionario público”. El Código Penal

782 SOSA, OMAR JULIÁN (coord.). *Op. Cit.* p. 46.

783 PETERS, ANNE, “Corruption as a violation of human rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, no. 9: 1251-1287, consultado el 1 de octubre de 2020, doi:10.1093/ejil/chy070. P. 1256. Por todas: la traducción es nuestra.

784 Así, por ejemplo, una suma de dinero que se entrega a un oficial policial para evitar una multa.

785 PETERS, ANNE, *Op Cit.*, p. 1255.

de la Nación dispone que los términos “funcionario público” como “empleado público” se refieren a “todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”<sup>786</sup>.

77. Doctrinariamente se ha discutido si los términos “funcionario público” y “empleado público” deben considerarse equivalentes; la discusión debe considerarse zanjada por lo establecido en la CICC, que dispone que las expresiones “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público” comprenden a “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”<sup>787</sup>.

### 5.7.3. Personas jurídicas

78. Muchas veces los actos de corrupción se cometen por intermedio de personas jurídicas, públicas o privadas. Con el avance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, previsto actualmente por el Código Penal de la Nación<sup>788</sup>, el representante del Ministerio Público debe ejercer la acción penal también contra estas. Puntualmente, Argentina está obligada a tomar todos los recaudos necesarios para sancionar penalmente a las personas jurídicas que participen en hechos de corrupción<sup>789</sup>.
79. En estos casos, y más allá de las posibles sanciones que puedan recaer sobre estas, debe “correrse el velo societario” e indagar qué persona física ejerció el control de la persona de existencia ideal y la utilizó para cometer el ilícito.

## 5.8. Rastreo de evidencia

### 5.8.1. Investigación financiera

80. Uno de los aspectos centrales en toda investigación de hechos de corrupción es la llamada “investigación financiera”, definida como “una indagación en los asuntos financieros referidos a una determinada actividad ilícita con miras, entre otros, a identificar y rastrear los productos del delito o cualquier otro activo que pueda estar sujeto a confiscación”<sup>790</sup>. Para poder llevar adelante una investigación financiera efectiva, es indispensable solicitar información a las entidades bancarias y financieras que permitan perseguir los movimientos de activos de una persona o institución, sus ingresos y egresos y cualquier incremento patrimonial de importancia.

786 Código Penal de la Nación, art. 77.

787 CICC, art. 1.

788 Consecuencias que pueden ser tanto en el plano internacional, para el Estado, como en el plano interno. En este último sentido, debe recordarse que los artículos 304 y 313 del Código Penal consagran la denominada “responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

789 CNUCC, art. 26: “Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”. Convención OCDE, art. 2: “Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero”.

790 Grupo de Trabajo Anticorrupción y Transparencia de APEC. *Buenas prácticas en la investigación y enjuiciamiento de delitos de corrupción*. Septiembre de 2015. P. 91.

81. Para el rastreo de evidencia en casos de funcionarios públicos, es de suma utilidad consultar las declaraciones juradas patrimoniales que están obligados a presentar y que incluso están disponibles en el sitio *web* de la Oficina Anticorrupción<sup>791</sup>. Más allá de que las omisiones o las posibles irregularidades con las declaraciones puedan importar delitos en sí mismos, son fuentes de evidencia relevantes en investigaciones financieras.

### 5.8.2. Indicadores de corrupción

82. A los fines de detectar los posibles hechos de corrupción, resulta de suma utilidad atenerse a diversos indicadores de corrupción<sup>792</sup> que pueden ser útiles a la manera de presunciones:
- a. Indicadores relativos al entorno de riesgo de la persona investigada: esta señal requiere de un conocimiento detallado por parte del representante del Ministerio Público de las particularidades de la actividad comercial investigada. Además, exige de una “revisión exhaustiva del ambiente de negocios del contribuyente”<sup>793</sup>, de forma tal de tener una clara idea de las transacciones de la persona investigada y de cómo podría haberse involucrado en un acto de corrupción. Dentro de este grupo de indicadores, deben considerarse ciertos factores:
    - > Operación en industrias de alto riesgo, así como la obra pública o aquellas que por referirse a actividades altamente reguladas requieren de concesiones o licencias estatales.
    - > Presencia de estructuras legales altamente complejas o con puntos de conexión internacionales que no tienen aparentes beneficios comerciales.
    - > Falta o insuficiencia de controles internos en la persona jurídica investigada: en este punto, debe ponderarse no solo la presencia formal de controles sino también su funcionamiento de hecho.
  - b. Indicadores relativos a las transacciones: los investigadores deben estar alerta para detectar transacciones u operaciones inusuales, es decir, aquellas que “difiere[n] de lo que es normal en un sector empresarial o para una persona física, teniendo en cuenta sus circunstancias, actividades habituales o renta declarada”<sup>794</sup>. Dentro de estos supuestos, pueden configurarse las siguientes situaciones:
    - > Que la identidad de una de las partes no sea clara.
    - > Que otra de las partes se encuentre en un Estado en el cual la persona investigada no tiene actividad comercial.
    - > Que la persona investigada sea parte en un contrato de un tipo en el cual no suele intervenir (v.gr. porque no lo contempla su estatuto social), o bien el contrato emplea términos o cláusulas que no son usuales en otros contratos de ese tipo.
    - > Que el contrato en cuestión no tenga sentido comercial.
    - > Que el contrato no esté claramente documentado.
    - > Que el contrato emplee ambigüedades, prevea cláusulas inusuales para el mercado o contenga cláusulas que son especialmente beneficiosas para una de las partes.

791 La información se encuentra disponible para su consulta en. <https://www.argentina.gob.ar/declaracionesjuradasdefuncionarios>.

792 Véase OCDE. *Manual de detección...* Op. Cit. pp. 19 y ss.

793 *Ibid.*, p. 22.

794 OCDE. *Lavado de activos...* Op. Cit. p. 29.



- > Que en la celebración del acuerdo no se hayan cumplido los procedimientos habituales; por ejemplo, cuando se trata de una contratación pública y se efectuó de forma directa, cuando por regla debe hacerse por licitación pública<sup>795</sup>.
- c. Indicadores relativos a pagos y flujos de dinero: debido a que los delitos de corrupción suelen dejar rastros financieros, hay que atenerse a “cualquier cosa que haga que un pago o flujo de dinero parezcan inusuales”<sup>796</sup>, tales como:
  - > Pagos efectuados desde o hacia jurisdicciones con secreto bancario o escasos controles financieros o bien hacia empresas cuyos propietarios no pueden ser individualizados.
  - > Pagos a cuentas en el extranjero pertenecientes a personas o empresas con la cuales no existe una relación comercial.
  - > Pagos a cuentas bancarias ubicadas en Estados diferentes a aquellos en el cual se encuentra el beneficiario.
  - > Desviación de los procedimientos habituales de aprobación de los pagos.
  - > Pagos que parecen excesivos para los productos o servicios prestados: para juzgar el exceso deberá tenerse en cuenta el valor habitual de mercado para tales productos o servicios en cuestión.
  - > Pagos realizados a intermediarios o asesores que lucen excesivas.
  - > Retiro de efectivo sin justificación aparente.
  - > Falta de claridad acerca del origen de los fondos empleados en una transacción.
  - > Historial de cuentas bancarias que se abren y cierran con frecuencia.
  - > Pagos sin justificativo, o bien que no pueden explicarse satisfactoriamente.
- d. Indicadores relativos al resultado de las transacciones: el representante del Ministerio Público debe estar atento a “cualquier característica del negocio del contribuyente, registros financieros o sus finanzas personales (o las de sus familiares cercanos) que parezcan inusuales o inesperados y que no puedan ser plenamente explicados”<sup>797</sup>. En ese marco, deben considerarse aspectos tales como:
  - > Nivel inusualmente alto de éxito para obtener y mantener contratos derivados de concesiones públicas.
  - > Contratos o licencias otorgados por personas políticamente expuestas o por sus familiares.
  - > Bienes y servicios adquiridos en virtud de un contrato que nunca fueron entregados.
  - > Resultados financieros que no se condicen con aquellos pertenecientes a empresas con giros similares.
  - > Pérdidas o ganancias inusuales o inexplicables.
  - > Registros contables que incluyen gastos que no están relacionados con ventas, beneficios u otros rubros similares.
  - > Balance general de cuenta de bienes o derechos adquiridos a un precio mayor o menor que el valor de mercado, o bien que no tienen valor real o no existen.
  - > Empresas que experimenten un incremento sustancial e inexplicable del capital.
- e. Indicadores relativos a los beneficiarios de los recursos provenientes del hecho de corrupción: este indicio se refiere específicamente a todos los indicadores relativos a la

795 Art. 24, decreto 1023/2001.

796 OCDE. *Manual de detección...* Op. Cit. p. 37.

797 *Ibíd.*, p. 43.

persona que se ha visto beneficiada por el hecho de corrupción, sea por haber sido el recipiente del cohecho, la parte que ha resultado favorecida por negociaciones incompatibles, el sujeto que realizó la malversación de caudales públicos u otros. Aquí conviene considerar, además de los indicadores ya mencionados:

- > Las donaciones inexplicables a campañas políticas o partidos a los que pertenece la persona investigada.
- > El apoyo repentino o inusual a determinadas empresas o actividades.
- > Si la persona es responsable de la concesión de autorizaciones, licencias o contratos públicos.
- > El crecimiento inexplicable en el patrimonio: más allá de que un incremento injustificado en el patrimonio constituya el delito autónomo de enriquecimiento ilícito, este puede evidenciar la existencia de un hecho de corrupción.

### 5.8.3. Las técnicas especiales de investigación

83. En determinados supuestos, los procesos vinculados a hechos de corrupción pueden habilitar lo que el Código Procesal Penal Federal denomina *técnicas especiales de investigación*. En particular, cuando se investiga una asociación ilícita o bien en los casos de delitos contra el orden económico o financiero<sup>798</sup> el representante del Ministerio Público Fiscal podrá hacer uso de estas herramientas.
84. Estos casos permitirían, entre otros, el uso de agentes encubiertos, entendidos como todo funcionario de las fuerzas de seguridad que “se infiltre o introduzca en organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores”<sup>799</sup> y de agentes reveladores, que son quienes de forma más esporádica –es decir, sin infiltrarse– participan de la “actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas involucradas en un delito, detenerlas, incautar los bienes [...] o de recolectar material probatorio”<sup>800</sup>. Asimismo, el nuevo ordenamiento procesal contempla el uso de informantes, entendidos como aquellos que “bajo reserva de identidad y a cambio de un beneficio económico, aporte[n] a las fuerzas de seguridad, policiales u otros organismos [...] datos, informes, testimonios, documentación o cualquier otro elemento o referencia útil que permita iniciar o guiar la investigación”<sup>801</sup>.
85. Tales herramientas novedosas, que deberían reservarse únicamente para hechos graves, son de suma utilidad a fin de vencer las dificultades apuntadas en las investigaciones por hechos de corrupción, ya que permiten que pueda indagarse con mayor facilidad en entramados y redes de corrupción.

### 5.8.4. La irrupción de las nuevas tecnologías y su utilidad

86. Las nuevas tecnologías aportan un auxilio fundamental en las investigaciones de este tipo. Como se ha adelantado, “resultan esenciales la recolección y análisis de información para

798 Ley 27.482, art. 182.

799 *Ibíd.*, art. 183.

800 *Ibíd.*, art. 184.

801 *Ibíd.*, art. 191.

la detección y sanción de la corrupción<sup>802</sup>. Desde luego, las tecnologías de la comunicación son herramientas útiles para el representante del Ministerio Público ya que permiten el monitoreo de la actividad pública a bajo costo y, como resultado de ello, optimizan la pesquisa<sup>803</sup>. Deben valorarse, entre otros, la posibilidad de obtener datos relevantes de dependencias públicas a través de medios electrónicos y la información publicada en los sitios de Internet de acceso libre.

87. Por otro lado, es necesario resaltar la relevancia de la implementación del expediente judicial electrónico, respecto del cual se ha dicho que puede favorecer a la celeridad y el derecho de tutela judicial efectiva, así como mejorar la confianza de la ciudadanía en general respecto de los procesos<sup>804</sup>. El expediente electrónico favorece la transparencia del sistema de administración de justicia, al facilitar la consulta pública de las actuaciones judiciales<sup>805</sup>. El Ministerio Público puede, por su parte, contribuir con el proceso de digitalización judicial, favorecer las presentaciones virtuales o solicitar al órgano jurisdiccional la adopción de medios electrónicos cuando estos fueran posibles. Debe tenerse en cuenta que todas estas medidas tendientes a la digitalización de los expedientes judiciales se han visto fuertemente favorecidas por la situación sanitaria desencadenada por la pandemia de COVID-19. En este sentido, a través de la Acordada 4/2020 la CSJN dispuso que “a partir de marzo de 2020 [...] todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la Justicia Nacional y Federal serán completamente en formato digital”<sup>806</sup>. Por su parte, la Acordada 5/2020 estableció que “los oficios a organismos públicos o privados que se libran de manera reiterada y habitual, se tramitarán únicamente en forma digital”<sup>807</sup>. En igual sentido, el TSJ de la CABA por medio de la Acordada 17/2020 ordenó la “entrada en vigor del Sistema EJE-IURIX para la tramitación íntegramente electrónica de la totalidad de los procedimientos jurisdiccionales”<sup>808</sup>.
88. También, y como se señaló precedentemente, las nuevas tecnologías colaboran a la transparencia del accionar del propio Ministerio Público, a través de la divulgación de información en el sitio *web* institucional del organismo. La propia CIDH ha destacado la importancia de la publicidad de la información pública; en sus propias palabras: “la creación de páginas de Internet en las que las personas puedan fácilmente conseguir la información con las que cuentan las dependencias estatales constituye un mecanismo sencillo para los Estados, de forma tal que puedan facilitar el acceso y cumplir con la obligación de regirse por los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia para garantizar el derecho de acceso a la información en poder del Estado”<sup>809</sup>.
89. Por último, las nuevas tecnologías son verdaderas herramientas de comunicación e intercambio de información entre organismos nacionales e internacionales, de manera que el

802 ZAPATA, MARTÍN; CÉSPEDES, RICARDO. *La tecnología al servicio del combate contra la corrupción: El ejemplo de Bolivia*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2015. P. 11.

803 *Ibid.*, p. 12.

804 OBSERVATORIO DE INTEGRIDAD, “El plan nacional de competitividad y productividad 2019-2030 y la lucha contra la corrupción”, consultado el 18 de septiembre de 2020, [http://www.observatoriointegridad.pe/sites/default/files/2019-10/Edit\\_Doc\\_Paula%20Portocarrero.pdf](http://www.observatoriointegridad.pe/sites/default/files/2019-10/Edit_Doc_Paula%20Portocarrero.pdf). p. 3.

805 Se ha recomendado “permitir el acceso público a las actuaciones judiciales” como un medio para aportar transparencia al Poder Judicial y contribuir a la lucha contra la corrupción (ACIJ, *10 puntos... Op. Cit.* p. 6).

806 CJSN, Acordada 4/2020, punto 11.

807 CSJN, Acordada 5/2020, punto 2.

808 TSJ de la CABA, Acordada 17/2020, punto 1.

809 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, 2007. § 119.

Ministerio Público puede, a través de estos canales, auxiliar en el esfuerzo mundial para combatir la corrupción.

## 5.9. Conservación del producto del delito

90. No basta con hallar los bienes que presuntamente son producto del hecho de corrupción, se requiere además su conservación, tanto como evidencia durante la sustanciación del proceso como para, eventualmente, proceder a su decomiso<sup>810</sup>.
91. El Código Penal de la Nación dispone que “[e]l juez deberá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y de todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que [...] el decomiso presumiblemente pueda recaer”<sup>811</sup>.
92. De igual modo, es deber del representante del Ministerio Público ejercer todas aquellas facultades tendientes a congelar los activos sospechosos, a través de solicitudes de embargo y medidas cautelares similares. El Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires establece que el órgano jurisdiccional puede disponer del embargo de los bienes del imputado “a pedido del/de la Fiscal”<sup>812</sup>. Las diferentes legislaciones procesales —recuérdese que, en Argentina, cada Provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictan sus normas procesales— suelen prever un momento en el cual el magistrado debe pronunciarse sobre el embargo<sup>813</sup>, el representante del Ministerio Público tiene el deber de solicitarlas en el momento procesal más temprano posible, ateniéndose al riesgo de que los bienes se pierdan y, por ende, se frustre la posibilidad de recuperar los activos.
93. Las medidas cautelares deben dirigirse no solo a los bienes que se encuentren en la Argentina sino también respecto de aquellos que se encuentren en el exterior, para lo cual resultan esenciales los mecanismos de cooperación internacional. En miras de ello, se puede hacer uso de las facultades del Ministerio Público para efectuar pedidos de colaboración e informes a los organismos administrativos, empresas prestadoras de servicios públicos y particulares<sup>814</sup>.

---

810 Recomendaciones GAFI (febrero 2012), punto 30: “Los países deben asegurar que las autoridades competentes tengan la responsabilidad en la rápida identificación, rastreo e inicio de acciones para congelar y embargar bienes que están, o puedan ser o estar, sujetos a decomiso, o que se sospecha que son producto del crimen”.

811 Código Penal de la Nación, art. 23.

812 Ley 2.303 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 176. BOCBA 25/01/2006.

813 Así, el Código Procesal Penal de la Nación prevé que se ordene el embargo al momento de dictarse el procesamiento del imputado (art. 518 de la Ley 23.984), mientras que el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hace referencia al momento de la imposición de la prisión preventiva o medidas cautelares similares (art. 176 de la Ley 2.303 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

814 Ley 1.903 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 20. BOCBA 25/01/2006.

## 6. Recupero de activos

### 6.1. Importancia

94. Históricamente los procesos penales vinculados a hechos de corrupción se referían exclusivamente a la sanción de los responsables y no al recupero del producto del delito<sup>815</sup>, mas en la actualidad la recuperación de activos ha sido erigido como “un principio fundamental”<sup>816</sup> de la lucha internacional contra la corrupción.

### 6.2. Etapas

95. El recupero de activos no puede ya concebirse como una actividad a desarrollarse una vez culminado el proceso penal y previa declaración de culpabilidad de las personas investigadas. En cambio, debe desplegarse de manera paralela a la propia investigación y proceso mismo; se han distinguido, así, diversas etapas en la recuperación de activos<sup>817</sup>:
- a. Investigación financiera<sup>818</sup>: la investigación del patrimonio de la persona, además de tener por objeto el hallazgo de rastros y evidencias para demostrar la comisión del hecho ilícito que se enrostra, tiene como finalidad la identificación y localización de los bienes y activos que eventualmente serán pasibles de decomiso, restitución o que serán empleados en indemnizar a las víctimas del delito.
  - b. Medidas cautelares<sup>819</sup>: como se ha explicado, es una obligación del representante del Ministerio Público solicitar la imposición de todas las medidas cautelares necesarias para conservar el producto del delito y asegurar la posibilidad de recuperar los activos vinculados.
  - c. Administración de activos: una vez trabadas las medidas cautelares, deben administrarse los bienes sobre los que las medidas recayeron, para conservar su valor hasta el final del proceso de recuperación.
  - d. Indemnización, multa y decomiso: es la etapa en la cual se dispone la restitución de los bienes a la víctima (o bien la reparación integral del daño, en aquellos casos en los cuales no sea procedente la restitución), se aplica la pena pecuniaria y se opera la transferencia del dominio de los bienes al Estado o a terceros. Marca el final del proceso de recupero de activos.

815 MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA NACIÓN. *Guía de medidas cautelares para el recupero de activos*. 2017. p. 7. <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/09/Gu%C3%ADa-de-Medidas-Cautelares-para-el-Recupero-de-Activos.pdf>.

816 CNUCC, art. 51.

817 Tomadas de: Ministerio Público Fiscal de la Nación. *Op. Cit.* pp. 8-9.

818 Tema desarrollado *ut supra* en el punto 5.8.1.

819 Tema desarrollado *ut supra* en el punto 5.9.

### 6.3. Mecanismos de recupero de activos

96. Existen diversos mecanismos que el representante del Ministerio Público puede utilizar para concretar el proceso de recuperación de activos, es decir, la indemnización, multa y decomiso:<sup>820</sup>
- a. Decomiso de bienes: en el marco del proceso penal, la principal herramienta que puede utilizarse es el decomiso de los bienes producto del delito. Debe considerarse que, salvo excepciones<sup>821</sup>, el decomiso requiere del dictado de una sentencia condenatoria en sede penal.
  - b. Extinción de dominio: a través del decreto 62/19, se introdujo dentro de las funciones del Ministerio Público Fiscal la “legitimación activa [...] en el régimen de extinción de dominio a favor del Estado Nacional”<sup>822</sup>. Concretamente, se trata de un proceso en sede civil a través del cual, incluso sin existir una sentencia condenatoria en sede penal, se puede obtener una sentencia judicial que declare la extinción del dominio<sup>823</sup> respecto de aquellos bienes que hubieran sido producto del ilícito vinculado a la corrupción. Conforme a los fundamentos del mencionado decreto, las acciones sobre extinción de dominio “se deberán llevar adelante de conformidad con las reglas del [...] procedimiento sumarísimo”<sup>824</sup>. De esta manera, se provee al representante del Ministerio Público de un mecanismo sumamente ágil a través del cual puede lograr de manera más expedita la recuperación de los activos involucrados en el hecho que se investiga.
  - c. Acciones civiles: una de las formas de lograr el recupero de los activos puede darse a través de una acción civil de carácter resarcitorio en el marco del proceso penal tendiente a reparar el daño provocado por el hecho de corrupción. Así, el artículo 29 del Código Penal de la Nación establece que la sentencia condenatoria puede ordenar la reposición al estado anterior a la comisión del delito y la indemnización del daño. Debe tenerse en cuenta que la “obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso [...] y al pago de la multa”<sup>825</sup>. Entendemos que, por las particulares características de los hechos de corrupción, en estos casos las acciones civiles que ejerza el representante del Ministerio Público pueden no sólo ser intentadas en favor del Estado sino también de las víctimas de los hechos de corrupción, especialmente en aquellos casos en los que estas, por su situación de vulnerabilidad, no puedan constituirse en parte del proceso.

820 Véase AROCENA, LUIS F. (DIR.) y SOSA, CLAUDIA A. (coord.). *Recupero de activos en casos de corrupción: el decomiso de las ganancias del delito*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010, pp. 39 y ss.

821 Ley 26.683, art. 6.

822 Ley 27.148, art. 5.

823 Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1907.

824 Decreto 62/2019.

825 Código Penal de la Nación, art. 30.

## 7. Debido proceso

### 7.1. Conceptualización

97. Desde los organismos internacionales se ha afirmado que “[l]as garantías del debido proceso penal resultan de obligatoria observancia en casos de corrupción para garantizar los derechos de las personas acusadas”<sup>826</sup>. Consecuentemente, el Ministerio Público, como organismo encargado de velar por la legalidad y el respeto de los derechos humanos, debe cuidar las garantías del imputado como medio para asegurar la legitimidad de la investigación y enjuiciamiento de los hechos de corrupción<sup>827</sup>.
98. La propia Corte IDH, en una opinión consultiva, ha definido al debido proceso como “las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”<sup>828</sup>. El debido proceso abarca una serie de principios necesarios para que el proceso judicial cumpla con los estándares internacionales en materia de protección de derechos humanos, que repasaremos a continuación.

### 7.2. Presunción de inocencia

99. Asegurar la presunción de inocencia del imputado es particularmente acuciante en los supuestos de investigación de delitos de corrupción, toda vez que el mayor riesgo procesal y la necesidad de asegurar la conservación del producto del delito pueden llevar a que se vulnere esta garantía.
100. La garantía de presunción de inocencia “constituye un fundamento de las garantías judiciales [...] implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa”<sup>829</sup>. Como contracara, el imputado es inocente hasta tanto se pruebe, más allá de toda duda razonable, que ha sido culpable de cometer los hechos que se le endilgan.
101. Existe un deber del representante del Ministerio Público de asegurar la existencia de pruebas sólidas y objetivas, tanto para formular una acusación como para continuar avanzando en las distintas etapas del proceso hasta el logro de una sentencia condenatoria. Se ha considerado, incluso, que “la falta de prueba plena de la responsabilidad penal en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de inocencia”<sup>830</sup>. Si bien la responsabilidad directa por una condena fundada en prueba insuficiente recae primeramente

826 CIDH, *Corrupción... Op. Cit.* 2019. § 350.

827 *Ibíd.*, § 345: “Un desafío para una eficaz respuesta política y punitiva frente a la corrupción en una sociedad democrática es que esta se realice bajo estándares de respeto de los derechos humanos. Sin este requisito se pierde legitimidad y se termina socavando el Estado de Derecho que se pretende proteger”.

828 CORTE IDH, “Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987. § 28.

829 CORTE IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1 de septiembre de 2011. § 128.

830 CORTE IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia del 26 de noviembre de 2011. § 183.

en el Poder Judicial, también existe, en estos casos, un grado de responsabilidad en el Ministerio Público, en la medida en la cual sostuvo su acusación e impulsó el proceso hasta el dictado del pronunciamiento condenatorio. Por ello, es preciso que quienes están a cargo de la investigación y posterior enjuiciamiento de una persona por un hecho de corrupción se conduzcan con cautela. Es un deber del agente que lleva adelante la investigación del hecho de corrupción solicitar la desestimación de la denuncia (y no oponerse al sobreesamiento dictado en sede judicial), siempre y cuando los elementos probatorios obrantes en la causa condujeran a un estado de certeza negativa respecto de la ocurrencia del hecho o la participación del imputado.

102. También se ha apuntado que el derecho a la presunción de inocencia requiere de una investigación y de un proceso imparcial y libre de prejuicios, esto significa que “los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa”<sup>831</sup>. Obviamente, no corresponde que el representante del Ministerio Público formule una acusación maliciosa y no prosiga el proceso cuando solo tiene la íntima convicción de que el investigado es culpable, pero carece de indicios objetivos que sustenten dicha sospecha.
103. En otro orden de ideas, la investigación de hechos de la corrupción suele involucrar la declaración de “arrepentidos” y, en estos casos, conducirse con suma prudencia: las confesiones de estas personas, que tienen un claro interés en lograr un determinado resultado procesal, pueden no ser totalmente veraces. Así, se ha advertido que “las pruebas inculpativas presentadas contra una persona por un cómplice acusado del mismo delito deben tratarse con prudencia”<sup>832</sup>. El agente fiscal encargado de la investigación, en estos supuestos, debe recolectar elementos de convicción adicionales para proceder a instancias procesales ulteriores, con la seguridad de salvaguardar la presunción de inocencia del acusado.

### 7.3. Derecho de defensa

104. Una de las garantías fundamentales que todo imputado tiene en un proceso penal es el derecho de defensa, el cual ha sido definido como “la atribución de intentar evitar o resistir jurídicamente cualquier acto que, con motivo del proceso o so pretexto de su desarrollo, pueda afectar o afecte sus derechos individuales”<sup>833</sup>.
105. No solo implica la mera posibilidad de contar con un defensor técnico de su confianza, sino que abarca comportamientos tales como el derecho del imputado a ser oído y aportar prueba, a recurrir, a que exista una coherencia entre la acusación y la sentencia condenatoria y, de manera general, todo aquello que contribuya a “tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso [...] y no simplemente como objeto del mismo”<sup>834</sup>.

831 *Ibíd.* § 184.

832 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Vazgen Arutyuniantz c. Uzbekistán*. UN Doc. CCPR/C/83/D/971/2001. 2005. § 6.4.

833 CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO. *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011, p. 120.

834 CORTE IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Sentencia del 5 de octubre de 2015, § 153.



106. En torno al derecho de defensa, se ha hecho especial énfasis en el llamado principio de igualdad de armas, cuya aplicación tiende a reducir las desigualdades existentes entre los órganos punitivos del Estado y el individuo que es acusado. Así, se ha dicho que “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”<sup>835</sup>. La igualdad de armas requiere que el representante del Ministerio Público actúe de buena fe: en la investigación, no puede utilizar una ventaja indebida o no prevista normativamente para agravar la situación procesal del acusado.
107. En relación con la igualdad de armas, se ha considerado esencial que el imputado y su defensa técnica puedan acceder al expediente y a las pruebas obrantes en su contra, de forma tal que este cuente con los medios adecuados para la preparación de una defensa adecuada. Por ejemplo, se ha señalado que “la negativa de expedir copias del expediente de investigación a las víctimas constituye una carga desproporcionada en su perjuicio, incompatible con el derecho a su participación en la averiguación previa”<sup>836</sup>. Sin perjuicio de la reserva que puede exigir en ciertos casos<sup>837</sup>, el agente fiscal encargado de la investigación debe permitir el máximo acceso posible a las actuaciones, para asegurar el derecho a la defensa del investigado.
108. El aseguramiento del derecho de defensa conduce a que el representante del Ministerio Público asegure que el imputado cuente con un defensor de su confianza o bien se le permita contar con un defensor público en todas aquellas ocasiones en las cuales se presente en sede fiscal; que el acusado pueda declarar en esta sede en todas aquellas ocasiones que lo solicite y que las medidas de prueba que surjan de sus declaraciones sean cuidadosamente consideradas por el representante del Ministerio Público a cargo de la investigación.

## 7.4. Plazo razonable

109. Anteriormente<sup>838</sup> se hizo referencia al plazo razonable y se explicó su vínculo con el derecho a la verdad, como uno de los componentes de la debida diligencia.
110. Pero el plazo razonable opera también como una garantía del imputado; de hecho la CADH establece que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable”<sup>839</sup>.
111. Parece importante destacar que los procesos relacionados con los hechos de corrupción suelen involucrar investigaciones complejas y, tratándose de casos de corrupción sistémica, un gran número de involucrados. Tales elementos justifican una demora mayor en la resolución, en comparación con el tiempo de desarrollo esperable normalmente en un proceso penal con otras características. Aun así, la Corte IDH ha señalado que en casos en los cuales están involucrados funcionarios públicos la evaluación del plazo razonable debe ser más estricta para evitar una afectación de los derechos políticos de los imputados<sup>840</sup>.

835 CORTE IDH. “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. § 119.

836 CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. § 256.

837 *Ibíd.* § 252: “la Corte ha considerado admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal”.

838 Ver *ut supra* punto 4.3.4.

839 CADH, art. 8.1.

840 Ver *ut supra* nota al pie 41.

112. En este tipo de procesos el representante del Ministerio Público tiene el deber de conducir la investigación de manera especialmente proactiva y eficiente. En esto, el órgano investigador también contribuye a no levantar sospechas respecto de su parcialidad.
113. Por las consideraciones que anteceden, luego, en este tipo de procesos es un deber especialmente grave del representante del Ministerio Público llevar adelante una investigación eficaz en un plazo razonable.

## 7.5. Derecho a la privacidad

114. Debido a que las investigaciones inevitablemente entran en tensión con el derecho de toda persona a no padecer “injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”, quien esté a cargo de la prosecución de un delito vinculado con la corrupción debe ser especialmente cuidadoso de que las medidas que disponga no sean desproporcionadas y no transgredan en el ámbito de intimidad de las personas.
115. La privacidad entra especialmente en juego con ciertas herramientas investigativas tales como las intervenciones telefónicas o del correo electrónico así como con las antes mencionadas técnicas especiales de investigación.
116. En este punto, por ejemplo, debe recordarse que la Corte IDH ha entendido que “la legislación que faculta la interceptación y monitoreo de las comunicaciones telefónicas o de otro tipo, aunque formulada con la intención de combatir el crimen, puede convertirse en un instrumento de espionaje y persecución”<sup>841</sup>. Por ello, en estos casos el representante del Ministerio Público debe velar por el respeto a la privacidad de las personas sospechadas de cometer un ilícito, ordenando medidas razonablemente proporcionadas a las circunstancias y, en todos los casos, fundadas en “elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable”<sup>842</sup>. Consecuentemente, debe evitar incurrir en lo que se denominan *expediciones de pesca*, vale decir, medidas basadas en meras presunciones subjetivas y que invaden la privacidad de las personas con el solo objetivo de descubrir, azarosamente, si se cometió un ilícito<sup>843</sup>.

---

841 CORTE IDH. Caso *Escher y otros v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de julio de 2009. Serie C, n° 200. § 118.

842 CSJN. *Quaranta, José Carlos*. Fallos 333:1674. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Considerando 19.

843 Las *expediciones de pesca* han sido por estos motivos objetadas por el Abogado General Mischo de la Corte de Justicia Europea (cfr. CORTE DE JUSTICIA EUROPEA, Caso 85/87, *Hoechst AG v. Comisión Europea*, Opinión del Sr. Abogado General Mischo, 21 de febrero de 1989, ECLI:EU:C:1989:73).

## 8. La situación del imputado

### 8.1. Obligaciones del representante del Ministerio Público

117. Según dispone el artículo 210 del Código Procesal Penal Federal, corresponde al representante del Ministerio Público solicitar las diversas medidas de coerción para asegurar la comparecencia del imputado al proceso e impedir el entorpecimiento de la investigación. En idéntico sentido se expide el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>844</sup>. Es preciso tener en cuenta que los instrumentos internacionales ponen de resalto la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado en estos casos<sup>845</sup>. Debido a ello, corresponde hacer un análisis cuidadoso de los indicadores de peligro de fuga existentes y evaluar con igual rigurosidad los posibles riesgos de entorpecimiento a las pesquisas que pueda presentar el imputado.
118. Sobre la base de ese doble análisis, corresponde que el agente fiscal solicite las diversas medidas de coerción previstas en los ordenamientos procesales, incluso la medida de máxima coerción: la prisión preventiva.

### 8.2. Medidas alternativas a la prisión preventiva

119. La prisión preventiva es un instituto excepcional<sup>846</sup>, pues la regla es la libertad del imputado durante el curso del proceso<sup>847</sup>. Esto, como ha sido señalado en diversas ocasiones, se deriva directamente del principio de presunción de inocencia que debe regir en todo proceso<sup>848</sup>.
120. No obstante la valoración cuidadosa que se debe hacer sobre el riesgo procesal existente, el representante del Ministerio Público debe considerar primero la eficacia de otras medidas de coerción previstas por las normas procesales, que sean menos gravosas. La propia Corte IDH ha concluido que “es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas, que puedan resultar efectivas”<sup>849</sup>.
121. Así, por ejemplo, cabe tener en cuenta la enumeración prevista por el artículo 210 del Código Procesal Penal Federal y, únicamente, solicitar la prisión preventiva en aquellos casos en los cuales las restantes medidas no resulten suficientes para asegurar la efectividad de la investigación. En igual sentido el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé, en su artículo 174, otras medidas restrictivas alternativas a la prisión

844 Ley 2.303 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, arts. 172 y 174.

845 CNUCC, art. 30 § 3.

846 V.gr. el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece: “Las únicas medidas de coerción serán las autorizadas por este Código, su carácter será excepcional y durarán el tiempo mínimo razonable dentro de los máximos previstos por la ley” (Ley 2303 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 169).

847 CIDH, *Corrupción... Op. Cit.* § 358.

848 CIDH, Informe N° 86/09, caso 12.533, 6 de agosto de 2009. § 69: “En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general”.

849 CORTE IDH. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia del 23 de noviembre de 2010. § 171.

preventiva y en el artículo siguiente se establece que debe preferirse, en todo caso, la medida menos gravosa para el imputado.

### 8.3. La prisión preventiva

122. Los estándares internacionales en materia de prisión preventiva, asentados por la jurisprudencia constante de los diversos organismos de derechos humanos, son claros en cuanto a las condiciones que son exigidas para proceder al dictado de esta medida:
- a. Indicios de culpabilidad: el primer requisito ineludible es la presencia de indicios que permitan sostener, razonablemente, que esta participó en el hecho que se le endilga. La Corte IDH sostiene que esta sospecha “tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas”<sup>850</sup>. De tal modo, es preciso que esta medida sea solicitada únicamente ante la acreditación, aunque fuera con un grado de certeza provisorio, de que los hechos existieron, constituyen un ilícito penal, y que la persona que será privada de su libertad participó en ellos.
  - b. Riesgos procesales: la privación de la libertad del imputado únicamente puede basarse en la necesidad de “asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia”<sup>851</sup>. Las únicas razones para proceder al dictado de la prisión preventiva son de índole procesal, no material, como podría ser la repercusión social del hecho o la peligrosidad del imputado. Incluso en estos casos, no alcanza con la mera alegación de la existencia del riesgo procesal, sino que este debe estar fundado en circunstancias objetivas. La CIDH tiene establecido que “la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una *sospecha razonable* de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencias”<sup>852</sup>.
123. A la hora de solicitar la toma de medidas de coerción respecto del acusado, el representante del Ministerio Público debe hacer un análisis cuidadoso de los riesgos de fuga existentes y, eventualmente, cuando corresponda solicitar la medida de coerción máxima, es decir, la prisión preventiva; para ello conviene valorar, como parámetro para medir el riesgo procesal, los bienes que el imputado pudiere tener en el exterior, por sí o por interpósita persona.
124. En aquellos casos que involucran la corrupción política, la posibilidad de que el proceso se vea entorpecido se torna suficientemente cierta porque los imputados, en su carácter de funcionarios públicos, tienen facilidades para el acceso a documentación pública o pueden ejercer influencias indebidas en virtud de su cargo. En tal sentido, deben estimarse indicadores tales como el mayor o menor tiempo de permanencia del funcionario en su cargo y si continúa ejerciéndolo durante la investigación, la cercanía o el posible acceso a información relevante, etcétera.

850 CORTE IDH, Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007. § 103.

851 CORTE IDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. § 198.

852 CIDH, Informe n° 86/09, caso 12.533, 6 de agosto de 2009. § 88. Énfasis agregado.

## 9. Derechos de las víctimas

### 9.1. Las víctimas en los hechos de corrupción

125. Pareciera que los actos corruptos son delitos sin víctimas, por ser estas difusas o indeterminadas; empero la misma Corte IDH ha puesto de resalto la necesidad de que las víctimas de estos delitos sean adecuadamente individualizadas<sup>853</sup>. Ya se dijo, que “en ciertos casos va a ser necesario un esfuerzo especial para identificar a la(s) víctima(s)”<sup>854</sup> del hecho de corrupción investigado. Claramente, compete al representante del Ministerio Público, como garante del respeto de los derechos humanos en el proceso, realizar todas las diligencias necesarias para determinar a las víctimas de la corrupción en el caso concreto. Para ello, deben tenerse en cuenta algunos indicadores que pueden servir de guía en orden a la identificación:

- a. Organismo estatal afectado: especialmente en casos de corrupción política, es útil establecer cuál fue el órgano estatal cuyo patrimonio se vio afectado por la práctica corrupta y evaluar su finalidad para determinar qué sector social se vio perjudicado por el hecho investigado.
- b. Clase afectada: en determinados casos, podrá determinarse precisamente a los individuos que componen la población afectada; por ejemplo, si el acto corrupto se dio en el marco de un instituto estatal o de un complejo penitenciario. En otros casos únicamente podrá establecerse la clase afectada, por ejemplo, si el hecho investigado se refiriere a un órgano del sistema jubilatorio o si involucra una maniobra en perjuicio de los consumidores. En estos últimos, lo procedente será encontrar algún representante de la clase afectada, como pueden ser las asociaciones que abogan a la defensa de sus derechos.

### 9.2. Principios rectores

126. En lo referido a las víctimas de los hechos de corrupción, el actuar del representante del Ministerio Público debe ajustarse a lo establecido por el artículo 4 de la Ley 27.372:

- a. Rápida intervención: “las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible”. Este principio es absolutamente relevante en los supuestos en los cuales la situación de vulnerabilidad de la víctima, o las posibles represalias que pudiera sufrir en caso de ser denunciante, requirieran la especial atención del representante del Ministerio Público.
- b. Enfoque diferencial: es imprescindible que las diversas medidas solicitadas y adoptadas por el representante del Ministerio Público atiendan “al grado de vulnerabilidad que [la víctima] presente”.

853 CORTE IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*. Sentencia del 2 de septiembre del 2004. § 109.

854 NASH ROJAS, CLAUDIO y otros. *Op. Cit.*, p. 115.

- c. No revictimización: en todo caso, debe tenderse a que la sustanciación del proceso ocasione a la víctima las menores molestias posibles<sup>855</sup>.

### 9.3. Derecho a ser escuchadas

- 127. Uno de los derechos fundamentales de las víctimas es el derecho a ser escuchadas durante el proceso, lo cual abarca tanto el derecho a “aportar información y pruebas durante la investigación”<sup>856</sup> y a “ser escuchadas antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso”<sup>857</sup>. Es que “las víctimas de la corrupción no son piezas ajenas y externas al problema. Por ello, deben ser escuchadas en los procesos de investigación y juzgamiento como ingrediente esencial de participación, transparencia y no discriminación”<sup>858</sup>.
- 128. Con respecto al derecho a aportar información, es necesario que las víctimas sean convocadas en sede fiscal para brindar testimonio y que se les permita prestar declaración las veces que lo soliciten. Asimismo, el pleno respeto al derecho a aportar información implica que sus deposiciones sean cuidadosamente analizadas y se realicen las medidas de pruebas pertinentes a las que estas hicieren referencia.
- 129. Con respecto al derecho a ser escuchadas previo a las decisiones que impliquen la terminación del proceso o medidas de coerción, es imperioso que el representante del Ministerio Público, antes de solicitar la desestimación de la denuncia o de consentir el sobreseimiento del imputado, notifique a las víctimas de su proceder y de las razones que lo apoyan para que brinden su opinión.

### 9.4. Derecho a obtener protección

#### 9.4.1. Criterios generales

- 130. La adecuada protección de las víctimas —así como de las demás personas intervinientes en el proceso— es una obligación impuesta por los tratados internacionales en la materia<sup>859</sup>. Máxime, en aquellos casos en los cuales la víctima sea a su vez denunciante o se constituya en parte querellante; el representante del Ministerio Público tiene la obligación de velar por que se adopten todas aquellas medidas para garantizar su derecho a obtener las “medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés”<sup>860</sup>.
- 131. Corresponde también al representante del Ministerio Público solicitar al juez la adopción de las medidas de protección necesarias<sup>861</sup> y cuidar que sean apropiadamente cumplidas.

---

855 Vinculado a su vez con lo establecido en el art. 5 inc. b de la citada ley: “La víctima tendrá los siguientes derechos [...] b) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento”.

856 Ley 27.w art. 5 inc. j.

857 *Ibíd.*, art. 5 inc. k.

858 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 23 de marzo de 2020, A/HRC/44/47. § 30.

859 CNUC, art. 32.

860 Ley 27.372 art. 5 inc. d.

861 Ley 25.764 art. 2.

Adicionalmente, hace a la buena diligencia por parte del agente a cargo de la investigación el evaluar la posible situación de riesgo existente y, aun sin el pedido formal de la víctima, recomendar que se dispongan estas medidas.

132. La propia Ley 27.372, de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos<sup>862</sup> establece que debe presumirse una situación de peligro que justifique la adopción de medidas de protección aquellos casos en los cuales el delito involucrare a “una asociación ilícita u organización criminal”<sup>863</sup>; circunstancia que suele configurarse en los casos de delitos de corrupción, pues por su complejidad suelen exigir una estructura criminal que los puedan llevar a cabo.
133. El derecho de las víctimas a obtener la adecuada protección también se garantiza a través de la debida investigación de aquellas denuncias de amenazas, coacción y, en general, de cualquier otro delito sufrido a raíz del proceso judicial en el cual se investigan los hechos de corrupción.

#### 9.4.2. Protección de denunciantes

134. Fundamentado en una interpretación extensiva del artículo 1º de la Ley 25.764<sup>864</sup>, resulta factible incluir al denunciante o alertador como sujeto de protección al amparo del Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados. Dicha interpretación se apoya no solo en el citado precepto, sino también en las legislaciones provinciales que receptan de forma tácita la figura<sup>865</sup>, así como también en los acuerdos y buenas prácticas internacionales existentes en la materia. Por lo que nada obsta para que procedimentalmente se tome la decisión por parte del Ministerio Público de solicitar la protección para una persona que, a pesar de no ostentar la condición de víctima o testigo, denuncie hechos o actos ilícitos que que puedan poner en riesgo su integridad física, moral o psíquica, o sus bienes materiales, y contribuyan al esclarecimiento de la investigación judicial en curso. Lógicamente, dicha petición de protección debería fundarse en una creencia razonable de que la vida, la integridad o los bienes materiales del testigo o su familia se encuentren bajo peligro.
135. Para el caso en que no resulte posible la incorporación del denunciante en el procedimiento debido a que éste no ostenta la condición requerida de testigo o víctima, existe la alternativa de citarlo como testigo, lo que habilitaría en la práctica el otorgamiento de la protección<sup>866</sup>.
136. Dada la limitación existente en la Ley 25.764, resulta necesario que la fiscalía adopte un rol proactivo en la valoración de las circunstancias de riesgo a las que se puede ver sometido el testigo o denunciante que tenga un temor fundado sobre su vida, integridad y bienes. Por tanto, nada impide que en el momento procesal en que corresponda la solicitud de medidas de protección, se escuche al testigo o denunciante y se tenga en cuenta y se tome

862 BO. 13/7/2017.

863 Ley 27.372 art. 8 inc. d.

864 En cuanto refiere a “la ejecución de medidas que preserven la seguridad de [...] testigos que se encontraren en una situación de peligro para su vida o integridad física, que hubieran colaborado de modo trascendente y eficiente en una investigación judicial”.

865 Por ejemplo, la ley 5101 de la provincia de Río Negro, en cuanto contempla como su finalidad principal “la protección de personas que pudieran aportar o aporten información o pruebas en hechos delictivos que por su gravedad y/o complejidad en la organización y/o comisión, causen conmoción a la comunidad o a sus instituciones” (art. 1).

866 Estudio de la OCDE sobre Argentina de marzo de 2019.

en serio su opinión al momento de tomar una decisión. Es preciso considerar la dificultad que entraña en la gran mayoría de casos demostrar la existencia de un riesgo o amenaza, dadas las innumerables formas que éstas adoptan, siendo muchas veces sutiles o veladas, por lo que supone un peligro evidente para el sujeto condicionar la concesión de las medidas de protección a la presentación de pruebas que demuestren la situación de riesgo en que se encuentran<sup>867</sup>.

137. Por tanto, hace a la buena diligencia por parte del agente a cargo de la investigación el evaluar la posible situación de riesgo existente y, aún sin el pedido formal de la persona implicada, recomendar que se dispongan estas medidas.
138. Es necesario que, en la medida de lo posible, los representantes del Ministerio Público contribuyan a la moderación de los recaudos exigidos por el artículo 3° de la Ley 25.764 para acceder al programa de protección. Dichos recaudos se convierten en un condicionante excesivo y excluyente para el acceso al programa de protección por parte de los interesados a la luz del derecho comparado y de las recomendaciones de los documentos internacionales en la materia. La exigencia de la concurrencia de requisitos tan dispares cuyo cumplimiento entraña suma complejidad, hacen que en la práctica sea casi imposible el acceso a la protección. Con la redacción del artículo en cuestión, que exige que el aporte de la persona sea válido, verosímil, importante y relevante –además de otros cuatro requisitos concurrentes de similar complejidad–, la gran mayoría de alertadores o denunciadores no calificarían para ser admitidos dentro del programa de protección, dado que en la práctica totalidad de los casos la información que los alertadores o denunciadores pueden obtener y revelar a las autoridades no tiene la entidad suficiente o no es tan detallada como para constituir evidencia o prueba en sentido jurídico. Ello implica que el denunciante no obtenga la condición que le dará acceso al programa de protección y por ende no pueda acceder a las medidas de protección que establece la ley<sup>868</sup>.
139. Las medidas de protección dirigidas a testigos, víctimas o denunciadores, se deberían poder activar desde el momento mismo de interposición de la denuncia que da lugar a la fase de instrucción del proceso penal, o en su defecto como medida cautelar inmediata previa al inicio del procedimiento judicial. Ello garantizaría la indemnidad de la persona desde el preciso momento en que se realiza la denuncia o se dan a conocer los hechos delictivos objeto de investigación<sup>869</sup>.
140. De no adecuarse a las exigencias de la situación del testigo, víctima o denunciante sujeto de protección, el procedimiento establecido, que incluye la obtención de la opinión del Procurador General o del magistrado del Ministerio Público y la conformidad del Director Nacional de Protección a testigos e imputados, podría llegar a funcionar en la práctica como trabas o impedimentos para el acceso a la protección. Ello podría provocar el desistimiento precoz del testigo o en última instancia su pérdida, por lo que sería recomendable que se impulsara desde el Ministerio público la inmediata adopción de las medidas de protección en los casos en que sea aconsejable, sin perjuicio de la ulterior revisión que

867 Así lo corroboran diversos informes de entidades especializadas en materia de protección de denunciadores.

868 Los principios de *Tshwane* subrayan la importancia de establecer una prueba de la información evaluando la creencia razonable en la misma. De esta manera, se articula un aspecto objetivo (la información) con uno subjetivo (el criterio de la persona), para establecer su toma en consideración. Ver Principio 40 en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_Taller\\_Alto\\_Nivel\\_Paraguay\\_2018\\_documentos\\_referencia\\_Principios\\_Tshwane.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Taller_Alto_Nivel_Paraguay_2018_documentos_referencia_Principios_Tshwane.pdf)

869 Incluso se debería garantizar que las denuncias que no terminan en una investigación completa o en un procesamiento sean aún elegibles para protección legal.



se pueda efectuar a la decisión de concesión<sup>870</sup>. En este sentido, destaca la disposición contenido en el artículo 6° de la Ley 5.101 de la Provincia de Río Negro por su claridad y contundencia, ya que insta a resolver con la mayor celeridad posible el ingreso al programa de protección, eliminando cualquier posible traba burocrática.

141. En este punto, se considera necesario que el representante del Ministerio Público solicite al juez la adopción de las medidas de protección adaptadas a las necesidades de la persona denunciante, teniendo en cuenta no solo la protección de la integridad física del informante y su familia, sino también la indemnidad de su situación laboral y profesional en la medida de lo posible, así como cualquier otro riesgo o amenaza<sup>871</sup>. Asimismo, resulta importante que la fiscalía tenga en cuenta la posibilidad de efectuar un seguimiento adecuado a la concesión de las medidas de protección, para cerciorarse de que estas sean apropiadamente cumplidas y que no se ponga en peligro al testigo, víctima o denunciante sujeto de protección.
142. Por otra parte, existen otros aspectos procesales, fuera de los estrictamente relacionados con la Ley 25.764, que pueden coadyuvar a realizar un mejor tratamiento de la figura del alertador o denunciante dentro del contexto nacional.
143. Quizás el más relevante y controversial de todos estos aspectos sea el relacionado con las denuncias anónimas, que se considera en el ámbito internacional como una de las garantías determinantes para que las personas denunciantes puedan poner en conocimiento de las autoridades hechos irregulares o delictivos de forma segura.
144. En nuestro código procesal no figura la denuncia anónima entre las clases de denuncias consideradas válidas para dar inicio a un procedimiento<sup>872</sup>, por lo que ésta no se admite expresamente ni se prohíbe<sup>873</sup>. Sí se contempla en cambio para ciertos delitos, aunque su recogimiento en nuestro ordenamiento es marginal<sup>874</sup>. Este tratamiento normativo casi nulo contrasta con su uso en la práctica, ya que este tipo de denuncias son más que usuales, registrándose incluso para cierto tipo de delitos una mayor cantidad de denuncias anónimas que presenciales<sup>875</sup>. La aceptación de las denuncias anónimas está cada vez más

---

870 Si bien el artículo 2° de la Ley 25.764 hace expresa referencia a la posibilidad de que el juez a cargo de la causa adopte el ingreso provisorio de la persona al programa y las medidas de protección que correspondan ante un supuesto de peligro, el proceso establecido de recabar la opinión del procurador general o del magistrado del Ministerio Público y la conformidad del Director Nacional de Protección a Testigos e Imputados, parece prevalecer a dicha posibilidad.

871 Así lo consideran apropiado numerosos documentos internacionales en la materia.

872 Artículo 174 y 175 del Código Procesal Argentino (Ley 23.984).

873 El artículo 174 del Código Procesal Penal Argentino establece que toda persona que se considere lesionada por un delito podrá denunciarlo *al juez, al agente fiscal o a la policía*; mientras que el 175 dispone que “La denuncia presentada ante la policía podrá hacerse por escrito o verbalmente; personalmente, por representante o por mandatario especial. En el caso de que un funcionario policial reciba la denuncia...hará constar la identidad del denunciante (...). En el caso que la denuncia sea presentada ante la fiscalía o el juez (...). En este último caso...el funcionario que la reciba, quien comprobará y hará constar la identidad del denunciante...”.

874 Concretamente para los delitos previstos en la Ley 23.737 y el artículo 866 del Código Aduanero, según lo establecido por el artículo 34 bis de la mentada Ley 23.737.

875 Un relevamiento realizado por la Fiscalía Federal 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante un período de tres años (2011, 2012 y 2013) en relación al delito por comercio de estupefacientes, arrojó unos porcentajes de denuncias anónimas de 56%, 39% y 83% respectivamente sobre el total. El artículo de análisis sobre dicho relevamiento se puede consultar en el siguiente enlace: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl40165-de\\_fillippi-denuncias\\_anonimas\\_excepcion\\_regla.htm#CT000](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl40165-de_fillippi-denuncias_anonimas_excepcion_regla.htm#CT000).

extendida dentro del derecho procesal argentino y no parece haber impedimentos legales o procesales para iniciar un procedimiento a partir de su aceptación, siempre y cuando se realice con las debidas garantías jurisdiccionales. Así, sería por tanto posible considerar a la denuncia anónima como acto promotor válido para iniciar un procedimiento, en tanto en cuanto ésta sea debidamente comunicada al juez y al fiscal intervinientes, las diligencias que se lleven a cabo para corroborar su veracidad cuenten con el debido control jurisdiccional y se ordenen las medidas probatorias necesarias para validar el procedimiento<sup>876</sup>.

145. Son de sobra conocidos los inconvenientes y reticencias que acarrea una denuncia anónima y la mala percepción que recae sobre las mismas, pero a día de hoy existen además otras formas de canalizar el anonimato que permiten superar esos prejuicios y nos llevan a reconsiderar su aceptación. El escaso valor probatorio, credibilidad limitada, dificultad de defensa o uso espurio, habituales debilidades de esta clase de denuncias, se compensan con la ventaja de que alguien que no se atreva a denunciar por temor a revelar su identidad finalmente lo pueda hacer de esta forma, poniendo en conocimiento de las autoridades hechos o actos delictivos o relacionados con corrupción que de otra forma hubieran quedado ocultos.
146. Y la falta de datos, precisión, rigor o claridad de la información denunciada, otros de los rasgos negativos más característicos de las denuncias anónimas, en la actualidad se pueden contrarrestar con la utilización de plataformas web que además de permitir la denuncia anónima, proveen de canales para entablar un diálogo seguro entre el alertador y el receptor de la información revelada. Por lo que a día de hoy no parece que existan razones para resistirse a la incorporación de la figura de la denuncia anónima, tan extendida en los sistemas jurídicos de todo el mundo. Ello supondría brindar la garantía del anonimato a los denunciantes que deseen permanecer sin revelar su identidad<sup>877</sup>, siempre y cuando la verosimilitud, credibilidad y suficiencia de la denuncia penal quede acreditada. Por último, existe otra figura que tampoco se contempla de forma explícita en nuestro ordenamiento jurídico y que podría servir para destapar la criminalidad. Se trata del denunciante arrepentido, aquel que informa del delito del que es coautor o partícipe y que sirve para incoar un procedimiento penal. Más allá de la posible atenuación de pena, cuestión que se recoge en la Ley 27.304, se debería considerar la posibilidad de garantizar el acceso a medidas de protección de las personas que se encuentren en una situación como la descrita, para así fomentar la revelación de ilícitos.

## 9.5. Derecho a ser indemnizadas

### 9.5.1. Criterios generales

147. El derecho a obtener una indemnización por la vulneración a los derechos sufrida es un principio troncal del sistema interamericano, aplicable plenamente a las víctimas de los hechos de corrupción<sup>878</sup>. Justamente, que uno de los fines principales del decomiso de los bienes producto del hecho de corrupción, conforme lo establecen los diversos tratados internacionales, es la indemnización de las víctimas<sup>879</sup>.

---

876 Así se desprende de la Sentencia de fecha 24 de mayo de 2019 de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, disponible en el siguiente enlace: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/07/10/la-fuerza-del-anonimato-legitimidad-de-la-denuncia-anonima-como-acto-promotor-valido-para-iniciar-un-procedimiento/>.

877 Es además una de las recomendaciones específicas en relación a protección de denunciantes del Estudio que realizó la OCDE sobre Argentina en marzo de 2019.

878 CIDH, *Corrupción... Op. Cit.* § 273.

879 CNUCC, art. 57 § 30 inc. c.

148. Por tales motivos, sin perjuicio del derecho de las víctimas a iniciar por su propia cuenta una acción civil para ser indemnizadas, el representante del Ministerio Público debe asegurarse que un porcentaje de los bienes sujetos a decomiso sean reservados para cubrir los eventuales derechos de las víctimas del acto de corrupción.

### 9.5.2. Garantías de no repetición

149. Un punto relativo a la indemnización de las víctimas, que vale la pena considerar por separado, refiere a las garantías de no repetición. Dichas medidas, aparecidas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no apuntan inmediatamente a reparar el daño causado por el hecho en cuestión, sino que se dirigen a “decretar medidas generales directamente encaminadas a obtener transformaciones institucionales”<sup>880</sup>. En definitiva, las garantías de no repetición no tienden a resarcir el daño que ya fue causado, sino a ordenar “medidas generales concedidas para evitar nuevas violaciones”<sup>881</sup>. Tienen ante todo “una función anticipatoria: evitar la reiteración de hechos violatorios de los derechos humanos, similares a los comprobados y, así, contribuir a la prevención”<sup>882</sup>.
150. Sobre todo, cuando no sea posible identificar a las víctimas del hecho para proceder a la indemnización de los daños sufridos, el representante del Ministerio Público, en el mismo proceso penal, puede solicitar al órgano jurisdiccional que ordene determinadas medidas como garantías de no repetición.
151. Tradicionalmente ha sido entendido que las medidas de no repetición únicamente pueden ser dictadas por órganos jurisdiccionales internacionales, pero existen autores que sostienen la posibilidad de que los tribunales locales puedan ordenar estas medidas, para impedir futuras violaciones a los derechos humanos y cumplir más adecuadamente con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado<sup>883</sup>.
152. En casos en los cuales la falta de transparencia en la administración pública o cuando, en una organización privada, se hubiere omitido adoptar programas de compliance —y ello hubiera redundado en la preparación de un ambiente propicio para el surgimiento de prácticas corruptas—, el representante del Ministerio Público podría requerir, además de la pena para el delito cometido, la implementación de cambios estructurales que impidan que tales hechos vuelvan a suceder.

880 LONDOÑO LÁZARO, MARÍA CARMELINA. *Op Cit.*, p. 29.

881 *Ibid.*, p. 30.

882 GIALDINO, ROLANDO, “Garantías de no repetición: Seguridad y salud en el trabajo”, *La Ley*, Año LXXX N° 207 (2016): 1-6. p. 2.

883 Así se ha dicho respecto de los jueces con jurisdicción en lo laboral: “nada impide y todo lo requiere [...] con carácter imprescindible, que los jueces, en los casos en que tengan por comprobada la existencia de condiciones de trabajo (*lato sensu*) que, por sus caracteres, así como han dañado al empleado litigante, puedan generar análogas consecuencias a otros trabajadores del mismo empleador, dispongan en sus sentencias, incluso *ex officio*, la obligación de asegurar la no repetición de violaciones como las acreditadas” (GIALDINO, ROLANDO, *Op. Cit.* p. 5).

## 10. Libertad de expresión en la investigación de la corrupción

### 10.1. La relevancia de la libertad de expresión

153. La libertad de expresión incide notablemente en la lucha contra la corrupción. No solo es el medio por el cual las personas pueden exteriorizar sus ideas y pensamientos, sino también es la herramienta para comunicarse con otros<sup>884</sup> y, en lo que aquí nos importa, favorece la búsqueda de la verdad objetiva, como finalidad de todo proceso o investigación judicial.
154. En este sentido, la libertad de expresión cumple un rol angular en la sociedad democrática, en la medida en que permite deliberar de forma abierta y desinhibida sobre los asuntos que son de interés común, ayuda a la formación de la opinión pública y coopera con el control de la gestión de los funcionarios estatales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado, en numerosos casos, que la libertad de expresión es una “condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios”<sup>885</sup> y para que puedan realizarse los controles y las denuncias ciudadanas<sup>886</sup>.
155. Adicionalmente, se ha puesto de resalto que la libertad de expresión cumple una función esencial en el pleno goce de los restantes derechos, y que por ello es “una condición necesaria para el funcionamiento pacífico y libre de las sociedades democráticas de las Américas”<sup>887</sup>.

### 10.2. La libertad de expresión y la corrupción

#### 10.2.1. La libertad de expresión como herramienta de lucha contra la corrupción

156. Se ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que “la libertad de expresión es una de las formas más eficaces de denuncia de la corrupción”<sup>888</sup>. Esto se debe a que los hechos de corrupción, para su realización, son mantenidos en secreto y por fuera del escrutinio público.

884 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de los Estados Americanos, 30 de diciembre de 2009, § 7.

885 *Ibíd.* § 8.

886 CORTE IDH, Caso *Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, § 85; CORTE IDH, Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, § 116; CORTE IDH, Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, § 86; Corte IDH., Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, §105; CORTE IDH, Caso *Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, § 116.

887 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Op. Cit.* § 10.

888 *Ibíd.* § 34.

Por ello “la libertad de expresión es un derecho que incomoda y en general es socavado por quienes dirigen o se involucran en hechos de corrupción”<sup>889</sup>.

### 10.2.2. La libertad de expresión y el acceso a la información pública

157. El acceso a la información pública y la transparencia resultan elementos esenciales para asegurar la libertad de expresión. La Corte IDH asegura que “el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”<sup>890</sup>. Tanto así que “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores, entre otras, gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático”<sup>891</sup>.

### 10.2.3. Los deberes del Ministerio Público Fiscal

158. Como consecuencia de lo expuesto en los puntos anteriores, es deber del Ministerio Público Fiscal tomar todas aquellas medidas conducentes a sostener y proteger la libertad de expresión. En el marco específico de la lucha contra la corrupción, le compete:

- a. Adoptar medidas de protección respecto de aquellos periodistas involucrados en la investigación y denuncia de los hechos de corrupción<sup>892</sup>. Dentro de estas medidas de protección se ubica, obviamente, la debida diligencia en la investigación de posibles amenazas y coacciones de las cuales sean víctimas los periodistas que denuncian hechos de corrupción<sup>893</sup>.
- b. Llevar adelante programas de transparencia y de acceso a la información, de forma tal que la ciudadanía pueda fiscalizar la labor del Ministerio.
- c. Adoptar medidas de reaseguro de la reserva de fuentes periodísticas. Debe considerarse que la confidencialidad es esencial para la labor de los periodistas y para el rol que cumplen, que consiste en informar a la sociedad sobre asuntos de interés público<sup>894</sup>.

889 Comisión IDH, *Corrupción...Op. Cit.* § 184.

890 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión IDH, *Op. Cit.* § 35.

891 CORTE IDH, *Fontevicchia y D'amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, §. 47; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa De Sanctis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios*, Buenos Aires 17 de octubre de 2019, 498/2012 (48-D)/CS1, voto mayoritario, consid. 13; Comisión IDH, *Corrupción...Op. Cit.* § 193.

892 CIDH, *Corrupción... Op. Cit.* § 411-413.

893 CIDH, Informe No. 50/99, 13 de abril de 1999. § 52: “La renuncia de un Estado a la investigación completa del asesinato de un periodista resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad. Igualmente, este tipo de crimen tiene un efecto amedrentador sobre otros periodistas, pero también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo”.

894 CIDH, *Corrupción... Op. Cit.* § 210.

## 10.3. Reserva de fuentes

### 10.3.1. Concepto

159. La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece que “todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”<sup>895</sup>. Dicha reserva supone “el derecho de todo comunicador social a negarse a revelar las fuentes de información como así también el producto de sus investigaciones a entidades privadas, terceros, autoridades públicas o judiciales”<sup>896</sup>.
160. La reserva de fuentes garantiza la libertad de expresión, siempre que “facilita un ejercicio más integral del derecho a comunicar información en una sociedad democrática”<sup>897</sup>. Gozan del derecho a la reserva de las fuentes no sólo las personas que ejercen de manera profesional el periodismo, sino también toda persona que ejerza, aun ocasionalmente, la función de divulgar noticias.

### 10.3.2. La reserva de fuentes en la lucha contra la corrupción

161. Con todo lo dicho, se observa claramente el rol que cumple el derecho a la reserva de fuentes periodísticas en la lucha contra la corrupción. Efectivamente, tal como señalara la Corte Constitucional de Colombia, “sobre todo en aquellos casos en los que están involucradas organizaciones macrocriminales o mafiosas, que no tienen escrúpulos a la hora de intimidar a una fuente para que omita revelar información que puede afectar sus intereses, la reserva de la fuente se convierte en una garantía privilegiada para que el periodismo valiente e independiente pueda realizar su trabajo”<sup>898</sup>.
162. La reserva de fuentes opera también respecto de los órganos del Poder Judicial y, en lo que aquí concierne, de los representantes del Ministerio Público. Tal es el aspecto más problemático del derecho a la reserva de fuentes, siempre que entran en conflicto “el derecho fundamental a comunicar (el periodista) y a recibir información (por parte del cuerpo social) y el deber de cualquier testigo de declarar sobre todo aquello que le haya sido preguntado en un interrogatorio”<sup>899</sup>.
163. Por otro lado, la Constitución Nacional Argentina tiene contemplado el secreto de fuentes periodísticas en su artículo 43, en tanto dispone que “[...] No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

895 CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, ppio. 8.

896 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios*, 2002. § 36.

897 CARRILLO, MARC, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, *Derecho a la información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Núm. 37, Serie Doctrina Jurídica (2000): 401-434, consultado el 13 de agosto de 2020, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/7/21.pdf>. p. 419.

898 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-289, abril 29 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

899 CARILLO, MARC, *Op. Cit.*, p. 422.

### 10.3.3. Estándares internacionales en materia de reserva de fuentes

164. El representante del Ministerio Público, en principio, debe ser respetuoso del derecho de reserva de fuentes. Puede valerse de información periodística y citar como testigos a periodistas que hayan investigado hechos de corrupción, pero siempre debe ser respetuoso del derecho de éstos a mantener el anonimato de sus fuentes.
165. Sin embargo, corresponde resaltar los siguientes estándares internacionales en la materia, a la hora de evaluar los supuestos en los cuales el derecho de reserva de fuentes puede ceder:
- a. Sistema Universal de protección de derechos humanos:
    - i. Informe del Relator Especial sobre Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión (A/HRC/20/17): señala que dada la importancia que se atribuye a la confidencialidad de las fuentes, toda restricción debería ser realmente excepcional y cumplir con las normas más estrictas, que solo podrá aplicar la autoridad judicial. Esas situaciones deberían limitarse a la investigación de los crímenes más graves o a la protección de la vida de otras personas<sup>900</sup>.
    - ii. Resolución 33/2 del Consejo de Derechos Humanos: se exhorta a los Estados a proteger en su ordenamiento jurídico y en la práctica el carácter confidencial de las fuentes de los periodistas, en reconocimiento de la función esencial que cabe a estos en la promoción de la rendición de cuentas públicas y de una sociedad inclusiva y pacífica, con sujeción únicamente a excepciones limitadas y claramente definidas que estén enunciadas en los marcos legales nacionales, como la autorización judicial, de conformidad con las obligaciones que les impone el derecho internacional de los derechos humanos.
  - b. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tratado el tema al referirse a los alcances del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual resguarda el derecho a divulgar información. El párrafo 2 de esa norma expresamente prevé que las libertades y garantías que rodean a la libertad de expresión pueden estar sujetas a “formalidades, condiciones, restricciones o sanciones”, por lo cual el TEDH ha admitido que el derecho a la reserva de fuentes pueda, en ocasiones, ceder. La regla desde la cual se parte para admitir esta restricción es que “[d]ada la importancia vital para la libertad de prensa, de la protección de las fuentes periodísticas y de la información que pueda conducir a su identificación, cualquier interferencia con el derecho a la protección de tales fuentes debe ser atendida con garantías procesales legales acordes con la importancia del principio que está en juego”<sup>901</sup>. Así, pueden enumerarse las siguientes garantías:
    - i. Revisión judicial: se trata de la primera y principal de las garantías, e importa la “revisión por parte de un juez u otro órgano de toma de decisiones independiente e imparcial. [...] La revisión requerida debe ser realizada por un organismo separado del ejecutivo y otras partes interesadas, investidos con el poder de determinar si existe un requisito de interés público que anule el principio de protección de las fuentes periodísticas antes de la entrega de dicho material y para evitar el acceso innecesario a información capaz de revelar la identidad de las fuentes si no lo hace”<sup>902</sup>.

900 Informe del Relator Especial sobre Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, 4 de junio de 2012, A/HRC/20/17. § 109.

901 TEDH, “*Sanoma Uitgevers vs. The Netherlands*”, 14 de septiembre de 2010. § 88.

902 *Ibíd.* § 90.

- ii. Necesidad en una sociedad democrática: el estándar por excelencia para evaluar si es procedente una medida de allanamiento a material periodístico o referida a ordenar la revelación de una fuente es el de la necesidad en una sociedad democrática. Tal estándar requiere la existencia de una necesidad social apremiante, la proporcionalidad con el objetivo legítimo perseguido y que las razones dadas por la autoridad sean relevantes y suficientes<sup>903</sup>.
- iii. Medios menos gravosos: en todo caso, debe tenerse en cuenta que el allanamiento al lugar de trabajo de un periodista se trata de una de las medidas más drásticas posibles y por ello son preferidas otras medidas menos gravosas, tales como la orden de revelar la fuente<sup>904</sup>. Un allanamiento podría ser compatible con el estándar de necesidad en una sociedad democrática, solo si las medidas menos gravosas resultasen insuficientes.
- iv. Medios excesivos e intimidantes: en todo caso, resultan injustificables todas aquellas acciones que sean “espectaculares e impresionantes”<sup>905</sup> –vgr. un allanamiento masivo, desplegado con una cantidad excesiva de agentes policiales–, siempre que estos, incluso aunque logren resultados positivos en la investigación, pueden tener “un efecto disuasorio sobre otros periodistas u otros denunciantes al desalentarlos de informar acciones irregulares o debatibles por parte de las autoridades públicas”<sup>906</sup>.

903 Cfr. TEDH, “*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. and others v. The Netherlands*”, 22 de noviembre de 2012. § 123.

904 Cfr. TEDH, “*Roemen and Schmit v. Luxembourg*”, 23 de mayo de 2003. § 57.

905 TEDH, “*Ressiot and others v. France*”. § 125.

906 TEDH, “*Görmüs and others v. Turkey*”. § 74.



## 11. Bibliografía consultada para las recomendaciones

---

### A. Obras académicas

- ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, Vol. 88 (Abril 2006): 35-50, consultado el 20 de septiembre de 2020, [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/1/088035050_es.pdf).
- AMOEDO, DANIEL, “La necesaria introducción de la figura del alertador (whistleblower) en el ámbito legal latinoamericano”, *Latamleaks*, consultado el 8 de agosto de 2020, <https://www.latamleaks.lat/assets/informe-juridico.pdf>.
- AROCENA, LUIS F. (dir.) y SOSA, CLAUDIA A. (coord.). *Recupero de activos en casos de corrupción: el decomiso de las ganancias del delito*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010.
- BELLO, ALEJANDRA y GÓMEZ, NICOLÁS (eds.). *Ética, transparencia y Lucha contra la Corrupción en la Administración Pública: Manual para ejercicio de la función pública*. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, 2013.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ IGNACIO. *Proceso penal y derechos humanos: La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011.
- CARRILLO, MARC, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, *Derecho a la información y Derechos Humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, Núm. 37, Serie Doctrina Jurídica (2000): 401-434, consultado el 13 de agosto de 2020, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/7/21.pdf>.
- DE LEÓN, GISELA y otros. *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEJIL, 2010.
- FEINMANN, VIRGINIA y ENGHEL, MARIANA (eds.). *Acceso a la información y transparencia en el Poder Judicial: Guía de buenas prácticas en América Latina*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2009.
- GIALDINO, ROLANDO, “Garantías de no repetición: Seguridad y salud en el trabajo”, *La Ley*, Año LXXX N° 207 (2016): 1-6.
- HONISCH, PAULA, “¿Por qué es tan complejo detectar, investigar y castigar hechos de corrupción?”, Universidad de Palermo, consultado el 19 de septiembre de 2020, [https://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Honisch-Paper-8-10.pdf](https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Honisch-Paper-8-10.pdf).
- LONDOÑO LÁZARO, MARÍA CARMELINA. *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*. México D.F.: Tirant Lo Blanch México, 2014.

- MYJER, EGBERT y otros (coord.). *Manual de derechos humanos para fiscales*. Traducido por Sofía Fernández Farquharson. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009.
- NASH ROJAS, CLAUDIO y otros. *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014.
- PETERS, ANNE, “Corruption as a violation of human rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, no. 9: 1251-1287, consultado el 1º de octubre de 2020, doi:10.1093/ejil/chy070.
- RINCÓN, TATIANA (Ed.). *Estándares internacionales sobre las garantías de los fiscales y las fiscalías*. Ciudad de México: Fundación para el Debido Proceso, 2017.
- RUSCA, BRUNO. “La persecución penal de la corrupción – Reflexiones y propuestas de política criminal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. III no. 2 Nueva Serie (2012): 137-154.
- SOSA, OMAR JULIÁN (coord.). *Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción: El rol de la Oficina Anticorrupción*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012.
- ZAPATA, MARTÍN; CÉSPEDES, RICARDO. *La tecnología al servicio del combate contra la corrupción: El ejemplo de Bolivia*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2015.

## B. Documentos internacionales

- Directrices sobre la función de los fiscales (ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p.189), 7 de septiembre de 1990.
- Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996.
- Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, 1997.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios*, 2002.
- ONU. *Manual de medidas prácticas anti-corrupción para fiscales e investigadores*, Viena: 2004.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 32, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/GC/32.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, 2007.
- Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 24 de marzo de 2009, A/HR/11/41.
- Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 23 de marzo de 2020, A/HRC/44/47.

CIDH, Informe No. 50/99, 13 de abril de 1999.

CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, octubre de 2000.

CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia*. 2013.

UNODOC, *El status y el rol de los fiscales*, Viena: 2014.

CIDH, *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. 2019.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH., *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Organización de los Estados Americanos, 30 de diciembre de 2009.

## C. Jurisprudencia

## D. Otros documentos

Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (ICHRP). *La Corrupción y los Derechos Humanos: Estableciendo el vínculo*, Monterrey: 2009.

Transparencia Internacional. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009, <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>, consultado el 3 de agosto de 2020.

GAFI. *Las recomendaciones del GAFI: Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*. Febrero de 2012.

ACIJ, *Los procesos penales en materia de corrupción*. 2013. Consultado el 16 de octubre de 2020, <https://www.mpf.gob.ar/procelac-ap/files/2013/10/Los-procesos-judiciales-en-materia-de-corrupci%C3%B3n.pdf>.

OCDE. *Manual para la detección de cohecho y corrupción para inspectores fiscales y auditores fiscales*, 2013.

ACIJ, *10 puntos urgentes en la lucha contra la corrupción en la Argentina*. Diciembre 2014. Consultado el 10 de septiembre de 2020, <https://acij.org.ar/proponemos-10-puntos-urgentes-para-la-agenda-anticorrupcion-en-argentina>.

Grupo de Trabajo Anticorrupción y Transparencia de APEC. *Buenas prácticas en la investigación y enjuiciamiento de delitos de corrupción*. Septiembre de 2015.

Ministerio Público Fiscal de la Nación. *Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos*. 2017.

OCDE. *Lavado de activos y financiación del terrorismo: Manual para inspectores y auditores fiscales*, 2019.

Observatorio de Integridad, “El plan nacional de competitividad y productividad 2019-2030 y la lucha contra la corrupción”, consultado el 18 de septiembre de 2020, [https://www.observatoriointegridad.pe/sites/default/files/2019-10/Edit\\_Doc\\_Paula%20Portocarrero.pdf](https://www.observatoriointegridad.pe/sites/default/files/2019-10/Edit_Doc_Paula%20Portocarrero.pdf).

