

Capítulo 24

El Derecho a la Información – Información, Atención Pública y Registros Públicos

El conocimiento es el verdadero órgano de la vista, no los ojos.

Panchatantra (Siglo 5o.)

Con frecuencia se afirma que el público tiene “el derecho a saber”. Pero posee tal derecho? Y si es así, *debe de poseerlo*? Si el público debe poseer tal derecho, cómo es que este debe ser reconocido, protegido y hacerse efectivo?

El argumento en favor del derecho del público a saber fue sucintamente presentado por James Madison, uno de los padres constitucionales de los Estados Unidos de América: “Un gobierno popular sin información popular o con medios para que esta sea accesible constituye el prólogo de una farsa o de una tragedia, o quizás de ambas. El saber siempre debe gobernar a la ignorancia; y la población que busca ser su propio gobernante debe proveerse a sí misma con el poder que el conocimiento trae consigo”¹

La lucha por la información se lleva a cabo entre el público que desea dicha información y aquellos en el poder que no permiten que el público tenga acceso a tal información.² La filosofía de Madison sugiere:

- Que la secrecía impide la educación política de una comunidad de manera tal que las decisiones electorales no se encuentran completamente informadas;
- Que las oportunidades que tienen los individuos para dar una respuesta significativa a iniciativas políticas son debilitadas; y
- Que un cierto tipo de clima político se genera cuando los ciudadanos perciben al gobierno no con responsabilidad y confianza, sino con malevolencia y desconfianza.

De acuerdo con otro observador, “Así como las clases medias y trabajadoras buscaron el poder y les fue otorgado el voto, de la misma manera el día de hoy las clases profesionales buscan el poder y les es otorgada información. El proceso es conocido como participación y su resultado constituye la rendición de cuentas.”³ En muchos sentidos, la pugna por la información es costosa e innecesaria ya que existen claras ventajas para aquellos interesados en la existencia de una administración abierta al acceso a la información:

- un público mejor informado puede participar de mejor manera en el proceso democrático;
- el Congreso, la prensa y el público deben ser capaces de dar seguimiento y vigilar de manera adecuada las acciones de gobierno, donde los actos secretos constituyen un impedimento mayor para la rendición de cuentas;
- los servidores públicos toman decisiones importantes que afectan a muchas personas, de manera que para ser sujetos de rendición de cuentas la administración debe ofrecer amplios flujos de información acerca de sus actividades;
- mejores flujos de información generan un ejercicio de gobierno más efectivo y contribuyen al desarrollo más flexible de las políticas públicas; y

¹ Citado en la Legislación sobre libertad de Información por John McMillan (Oficina del Ombudsman Australiano) presentado ante la Reunión de Ministros Jurídicos del Commonwealth de 1980, Barbados (Secretariado del Commonwealth, Londres, 1980), sobre el cual este capítulo está basado en parte.

² La legislación en material de libertad de información actualmente bajo revisión en el Reino Unido constituye un excelente ejemplo de este hecho. El partido Laboral dio su decidido apoyo para legislar amplios derechos de acceso público a la información, pero su posición cambió abruptamente una vez que fueron electos como gobierno.

³ Robert Gregory, “Knowledge as Power? An Overview” en Robert Gregory (ed.) The Official Information Act: A Beginning”, (NZ Instituto de Administración Pública, Wellington, 1984).

- la colaboración pública con el gobierno mejorará con un mayor acceso a la información.⁴

El derecho a saber está vinculado de manera inextricable con la rendición de cuentas, meta central de cualquier sistema de gobierno democrático. El juicio informado y la evaluación por parte del público, de la prensa y el Congreso constituyen una tarea difícil e incluso infructuosa si las actividades de gobierno y el proceso de toma de decisiones están apartadas del escrutinio público. Donde el secreto prevalece es posible incurrir en altos compromisos, cerrando de manera efectiva la puerta a cualquier revisión y consideraciones futuras a la luz de un debate público informado. Evidentemente, existen otros mecanismos dentro del gobierno tales como el poder Legislativo, las cortes o el Ombudsman que actúan como revisores ante abusos del poder por parte del Ejecutivo. Sin embargo, para que estos sean efectivos, su propio acceso a la información es fundamental. Debido a que dicho derecho merece ser reconocido, cómo se le puede garantizar de la mejor manera?

Una Ley sobre la Libertad de Información?

Si los gobiernos se comportaran simplemente de una manera abierta, haciendo disponible la información de manera amplia al público y a los individuos afectados, no habría problema alguno. Esta postura voluntaria ha sido puesta en práctica, recientemente en el Reino Unido, pero generalmente ha fracasado en sus intentos de avance. Ofrecer información que refleje acertadamente a una administración presenta pocas dificultades. Sin embargo, cuando dicha información refleja lo contrario, la postura voluntaria del gobierno se vuelve vulnerable. En casos en los que la generación de información es un asunto discrecional, sea esta por parte de políticos o funcionarios públicos, la tentación de darse a sí mismos el beneficio de la duda cuando la información es comprometedora es con frecuencia irresistible.⁵

Tal situación no debe detener al gobierno para llevar a cabo un esfuerzo concertado en promover cambios de actitud que relajen las restricciones en materia de apertura informativa y acceso a los responsables de la toma de decisiones por parte de la prensa y el público por igual. Sin embargo, el problema con las directrices administrativas será siempre el mismo: al final de cuentas, la discreción permanece. La discreción, se argumenta, corre a la par del principio fundamental de la justicia natural—para la administración es el juez en su propia causa. El mismo argumento estipula que cualquier disputa en materia de acceso a la información debe ser resuelto de manera neutral por una tercera persona.

Por tanto, el Legislativo es la única alternativa.⁶ De ahí la demanda (que parece crecer) para una legislación en materia de Libertad de Información (Ldel).⁷ La legislación en materia de Ldel no solo puede establecer el derecho de revisión (p.ej. por medio del Ombudsman), sino también determinar prácticas que deben ser observadas incluso por aquellos menos dispuestos a hacerlo. Puede revertir la presunción usual en favor del secreto. A los ciudadanos se les otorga el derecho legal de tener acceso a documentos de gobierno sin tener que dar primero prueba de un interés especial, ni la carga de justificar la falta de apertura de información por parte de la administración. Se pueden determinar límites de tiempo dentro de los cuales la administración debe dar respuesta a las solicitudes de información, y conferir el derecho indestructible en el acceso a ciertas categorías de información.⁸

⁴ Hacia un Gobierno Abierto, el reporte del Comité Danks (Government Printer, Wellington, 1980) sintetizado por Geoffrey Palmer en *Unbridled Power: An Interpretation of New Zealand's Constitution and Government* (Oxford University Press, Auckland, 1979, 1987).

⁵ Ver, por ejemplo, "Ministers to defer truth on nuclear power stations", diario The Guardian (UK), 21 de agosto 1995: Información financiera importante sobre los reactores nucleares más antiguos y sucios es mantenida en secreto por el Gobierno hasta la privatización de las estaciones atómicas industriales más modernas.

⁶ Suecia 1766; EU 1966; Dinamarca 1970; Noruega 1970; Holanda 1978; Francia 1978; Australia 1982; Nueva Zelanda 1982; Canadá 1983; Hungría 1992; Belice 1994; Irlanda 1997; Tailandia 1997; Corea 1998; Israel 1998; Japón 1999; Sudáfrica 2000.

⁷ El asunto no es exclusivo de los países desarrollados, tal como lo demuestra la lista de países que aparecen en el pie de página anterior poseedores de dicha legislación.

⁸ En muchos países los principios de libertad de expresión y libre intercambio de información se encuentran contemplados en la Constitución. Sin embargo, legislación específica en materia de libertad de información es necesaria para que los ciudadanos puedan ejercer tales derechos. Por ejemplo, la Constitución Sudafricana de 1996 contiene previsiones en materia de derechos al acceso a la información, estipulando la necesidad de una legislación específica que faculte el ejercicio de dichos derechos. La Carta de Promoción del Acceso a la Información fue aprobada en febrero del 2000.

La legislación más añeja encargada de regular registros públicos abiertos se remonta a Suecia en 1776. La ley actual de este país⁹ es única en cuanto que es una de las cuatro leyes que juntas conforman la Constitución del país. La ley señala los principios más importantes del esquema de registros públicos abiertos, pero las regulaciones detalladas están contenidas en una legislación ordinaria, la Ley del Secreto. Sistemas similares, aunque lejos de ser rigurosos, fueron adoptados en Noruega y Dinamarca en 1970, y en Finlandia en 1971. Desde entonces, el concepto de legislación sobre registros públicos abiertos ha comenzado a emular a la Oficina del Ombudsman, y a esparcirse por el mundo.

La legislación en materia de acceso a la información provee a los ciudadanos de un "derecho a saber" estatutario. En la práctica las directrices específicas de la legislación determinarán la medida en la cual los ciudadanos pueden tener acceso a los registros de las actividades del gobierno. La intención es permitir el acceso siempre que la apertura de información sea con base en el interés público, y no que los funcionarios públicos usen la legislación como una ley del secreto.

Los puntos clave en las leyes de libertad de información son que éstas:

- confieren derechos legales a los ciudadanos que pueden hacerse cumplir;
- buscan cambiar la cultura del secreto dentro del servicio público;
- permiten el acceso a los registros públicos no sólo a la información;
- definen casos de excepción; y,
- definen derechos de apelación.

Caja

Acceso a la Información y la Constitución de Suecia

Bajo la Constitución Sueca de 1975, "la libertad de expresión, la libertad de información, la libertad de reunión, la libertad de protesta, la libertad de asociación y la libertad de cultos" se encuentran reunidas en la misma frase como derechos humanos fundamentales.

Mas aún, las restricciones sobre estos derechos son permitidas únicamente en determinadas circunstancias, de acuerdo con el Artículo 11. "5 (1) La libertad de expresión y la libertad de información pueden ser restringidas teniendo en cuenta la seguridad del reino, la oferta nacional, la seguridad pública y el orden, la integridad del individuo, el respeto a la vida privada, o la prevención o persecución de un crimen. La libertad de expresión también puede ser restringida en actividades económicas. La libertad de expresión y la libertad de información pueden ser de lo contrario restringidas solamente cuando motivos particularmente importantes lo ameriten.

"(2) Al juzgar las restricciones que pueden ser aplicadas en virtud del párrafo (1) debe darse particular atención a la importancia de la más amplia libertad de expresión y libertad de información en asuntos políticos, religiosos, profesionales, científicos y culturales."

Las leyes de Ldel pueden, aunque no deben, ser aplicadas de manera retroactiva. Muchos países han adoptado una ley no retroactiva, adoptando una posición de "apertura" progresiva. Esto significa que sólo los registros creados después de la entrada en vigor de la Legislación caen dentro de la jurisdicción de dicha Legislación. Otros casos, como el de Sudáfrica, han adoptado Legislaciones completamente retroactivas.

La legislación sobre libertad de información no sólo establece el derecho legal de los ciudadanos para tener acceso a la información, sino que también le confiere al gobierno la obligación de facilitar el acceso. La ley debe incluir lineamientos que obliguen a los organismos de gobierno sujetos a dicha ley la publicación de información referente a:

- su estructura, funciones y operaciones;
- las clases de registros en poder del organismo;
- lineamientos de acceso; y
- los procedimientos internos utilizados por el organismo en el desempeño de sus funciones.

El monitoreo del cumplimiento de estos lineamientos debe ser parte de las funciones del Ombudsman. Los gobiernos deben ser requeridos para informar de manera activa a los ciudadanos sobre los derechos que les confiere la legislación en material de Ldel y privacidad. Esto dará muestra de su compromiso real con la apertura y una mayor rendición de cuentas.

⁹ Carta sobre la Libertad de Prensa de 1949.

La cobertura de la legislación de Ldel varía ampliamente y debe ser determinada de acuerdo a la estructura gubernamental de cada país.¹⁰ En Irlanda, como en otros países, la Legislación sobre Libertad de Información se aplica no sólo al Ejecutivo sino también al gobierno local, a empresas propiedad del Estado por más de 50 por ciento de las acciones e incluso a los registros de empresas privadas vinculadas a contratos gubernamentales (esta última es particularmente útil para un grupo de la sociedad civil interesado en monitorear una licitación pública). La racionalidad que está detrás de la aplicación de los lineamientos a una empresa propiedad del Estado es que el público es propietario de ésta, y la naturaleza “híbrida” de sus funciones así como su papel en la comunidad justifica su inclusión en la legislación sobre la Ldel.

Cualquiera que sea el alcance de la legislación en Ldel, siempre habrá argumentos en su contra y excepciones para su aplicación. EL argumento más frecuente en contra de la legislación de Ldel es el que se refiere a los costos y la eficiencia. Algunos afirman que esta desvía recursos y personal de programas que pueden tener un impacto concreto en el bienestar público. No obstante, es necesario tomar en cuenta el costo en el que se incurre al no proveer dicha legislación, un costo que incluye la falta de rendición de cuentas y la transparencia, y un entorno fértil para la corrupción.

La Defensa, la seguridad nacional, las relaciones exteriores, la procuración de la ley y la privacidad personal y hasta cierto punto el proceso interno de deliberación de un organismo de gobierno pueden cada uno de ellos tener argumentos para protegerse o eximirse de la aplicación de la legislación de Ldel. La Ley del Secreto de Suecia, por ejemplo, contempla 250 casos de excepción, algunos de ellos definidos en función de su vínculo con intereses protegidos y en otros casos referidos a categorías de documentos. Muchas de estas excepciones consideran un tiempo límite para la aplicación de dicha excepción, la cual varía de 70 a dos años. Otras excepciones protegen de su apertura a documentos solamente hasta que acontezca un evento en particular. Las opciones son muchas y variadas, pero el tema parece ganar importancia entre las sociedades civiles alrededor del mundo.

Caja

Hacer la “información” disponible y no sólo los registros

Nueva Zelanda ha dado un paso adelante con respecto a legislaciones en otros lados haciendo la “información” y no los documentos o registros, sujetos de acceso público. La decisión sobre no definir la palabra “información” amplía de manera considerable el alcance de la legislación. De acuerdo con el Comité Danks: “para los propósitos de [la legislación] la información incluye no solamente datos grabados sino el conocimiento de un hecho o el estado de cosas por parte de los funcionarios de un organismo dentro de sus capacidades oficiales”. Una de las ventajas de no restringir el régimen de libertad de información a documentos o registros es que existen menos incentivos para intentar evadir el régimen evitando la grabación de información en cualquiera de sus formas. Sin embargo, el funcionamiento efectivo de los asuntos de Gobierno requiere de la conservación de las grabaciones. En la práctica, la información liberada bajo la legislación se encuentra en la forma de registros escritos. Tal como lo ha señalado un Ombudsman “todas las memorias son falibles y sobre esa base una investigación [o la imposibilidad de dar a conocer información] presenta problemas”.

Judith Aitken, “Open Government in New Zealand”, en Open Government, Libertad de Información y Privacidad, Andrew McDonald y Greg Terrill (eds.), (Macmillan, Londres, 1998).

También se argumenta que demasiada apertura puede impedir el libre y franco intercambio de opiniones entre los funcionarios públicos y que los funcionarios no pueden operar de manera eficiente estando en el “aparador”. Este argumento posee cierto mérito, pero debe ser confrontado con su alternativa: el secreto y la ausencia de rendición de cuentas. Es posible argumentar seriamente que la toma de decisiones que no está sometida a la rendición de cuentas es mejor que la toma de decisiones sujeta al escrutinio?

Quizá el ejemplo mejor conocido (pero de ninguna manera el único) de legislación en materia de Ldel es el de los Estados Unidos, en donde se ha demostrado repetidamente que reportes, estudios y otros documentos pueden ser llevados al ámbito público por la prensa y grupos comunitarios, en beneficio del conocimiento y entendimiento públicos.

¹⁰ Por ejemplo, en los EU la Ley Federal de Ldel se aplica solamente a la rama Ejecutiva del gobierno Federal. La mayoría de los Estados en EU complementan la Ley Federal con sus propias leyes “*sunshine*”, aplicando los principios de la Ldel a nivel de gobierno estatal y local.

Igualmente notable como ejemplo de apertura fue la acción tomada por el gobierno de Uganda en noviembre de 1995, cuando invitó a diez periodistas a participar (y ofrecer su reporte) en una reunión de los encargados de las acciones en contra de la corrupción, incluyendo a funcionarios de alto rango en la procuración de la ley. La reunión se llevó a cabo con el objeto de revisar los avances en la instrumentación del plan nacional de acción en materia de integridad. Los intercambios efectuados en la reunión fueron abiertos y directos, y el reportaje de los hechos fue amplio y altamente favorable.

Digno de mención es también la extraordinaria decisión que tomó el Presidente Mkapa de Tanzania de dar a conocer a la prensa en 1996 el Reporte de la Comisión Warioba incluso antes de que su propio gabinete hubiera tenido la oportunidad de revisarlo—algunos de los cuales eran señalados en el Reporte como cómplices en acciones corruptas. La decisión del Presidente Mkapa fue aún más notable tomando en cuenta que su país ha tenido, desde su independencia en 1961, una cultura del secreto oficial y este fue el primer reporte de importancia en ser compartido con el público.¹¹

El alcance internacional de las leyes de libertad de información, pueden ser también de consideración. En ocasiones, la información censurada en el Reino Unido se vuelve accesible a periodistas de investigación británicos cuando el mismo material se encuentra resguardado en los Estados Unidos y ha sido puesto a la disposición del público en general en este país dada la legislación más liberal de Ldel en los Estados Unidos. De manera creciente, los periodistas de investigación están aprendiendo a saber a dónde ir para encontrar la información que los gobiernos en sus propios países les niegan.

Caja

Solicitar al Ejecutivo la declaración de sus objetivos fiscales

Para generar una toma de decisiones públicas mejor informadas, para permitir que el sector privado tome decisiones con base en un entendimiento más profundo de las políticas de gobierno y para impulsar a que los gobiernos lleven a cabo el manejo fiscal con una visión de largo plazo, reduciendo riesgos, Nueva Zelanda puso en vigor su Ley de Responsabilidad Fiscal en 1994. Ésta obliga al Ejecutivo a declarar de manera pública sus objetivos fiscales y a dar a conocer los avances hacia el alcance de dichos objetivos.¹²

Solicitudes de copias de registros oficiales

Bajo las leyes de Libertad de Información, los ciudadanos tienen usualmente el derecho de solicitar copias de documentos, y no solamente de información contenida en ellos. Muchas leyes de Ldel establecen que, en los casos en que sólo una parte de la información puede ser revelada, los organismos deben facilitar una copia del documento completo excluyendo la información excenta para su divulgación, en lugar de negar el acceso al documento en su conjunto. Es posible cobrar cuotas por la obtención de información pero estas no deben ser prohibitivas.¹³

Los límites de tiempo para dar respuesta a una solicitud y a apelaciones deben ser determinadas dentro de la legislación de la Ldel. Estas son de cumplimiento legal. La falta en el cumplimiento de éstas debe constituir sustento para una apelación ante los encargados externos del monitoreo de la legislación, así como la imposición de cargos razonables.

Apelaciones en contra de la negación al acceso a la información

El derecho a apelar en contra de decisiones adversas es una de las disposiciones más importantes de la legislación a la Libertad de Información. Esta protege en contra del secreto indebido con el que la información es conservada al facilitar un mecanismo para la revisión independiente de decisiones que

¹¹ Los esfuerzos para construir una cultura burocrática más abierta continúan, facilitando la discusión a través del Acuerdo Internacional de Manejo de Registros (IRMT por sus siglas en inglés) y el capítulo nacional de TI. Una iniciativa similar está siendo tomada en Ghana.

¹² La Ley de Responsabilidad Fiscal está incluida en la sección de Mejores Prácticas de la versión de Internet de este **SourceBook**: <http://www.transparency.org>.

¹³ Por ejemplo, en los EU muchos organismos de gobierno proveen una gran cantidad de información libre de costos. Las cuotas son impuestas cuando se trata de solicitudes de información más extensa pero éstas están restringidas a cuotas de recuperación.

niegan a las personas el acceso a la información que necesitan. Sin esta salvaguarda, la efectividad de la Ldel se minimiza.

Los motivos que no deben constituir razones válidas para la retención de información incluyen aquellos casos en los que la liberación de dicha información:

- sea inconveniente para el Ministro (o el departamento);
- pueda ofrecer una mala perspectiva del departamento;
- pueda comprometer políticamente al Ministro;
- no sea de la incumbencia del solicitante; o que ésta
- pueda ser mal entendida por el solicitante, o por los medios de comunicación, (en cuyo caso la medida más acertada puede ser el ofrecer una explicación o materia que ubique a la información en su contexto adecuado).¹⁴

Cuando el acceso a los registros es denegado, el organismo en cuestión debe ser requerido por la ley para notificar al solicitante de las razones que explican el rechazo en el acceso a la información, citando la exención específica que cubre los registros solicitados. Las sanciones por la falta de cumplimiento deben ser contempladas en la legislación.

La mayor parte de las legislaciones de Libertad de Información establecen dos etapas en el proceso de apelación:

- Primero, existe una apelación administrativa dirigida al organismo en cuestión. Los ciudadanos pueden presentar una apelación solicitando que el organismo lleve a cabo una revisión de la decisión tomada. Esta apelación debe ser atendida por un funcionario ubicado en un nivel jerárquico mayor a quien tomó la decisión original. Si la negación en el acceso a la información se mantiene, es importante que los ciudadanos puedan recurrir a un árbitro independiente.
- La segunda etapa del proceso de apelación considerada en la mayor parte de las legislaciones de Ldel existentes es recurrir a un Ombudsman independiente o a un Comisionado de Información.¹⁵
- Alternativamente, la Segunda etapa en el proceso de apelación puede encaminarse a la revisión judicial, tal como sucede en los EU.¹⁶ En algunos países, el Ombudsman puede también llevar la queja a las cortes.

En Nueva Zelanda, el Comité Danks¹⁷, al evaluar sus opciones, tomó la firme decisión de ubicarse del lado del Ombudsman como la única autoridad de apelación:

Nosotros creemos que... existen razones de peso para no dar a las cortes la autoridad última en tales asuntos. El sistema por el que nosotros nos inclinamos involucra la valoración de consideraciones más amplias y el balance de intereses públicos en competencia mutua y con respecto a intereses individuales. Si el poder general para determinar en última instancia la posibilidad de tener acceso o no a información oficial fuera otorgado a las cortes, estas tendrían que decidir sobre asuntos con importantes implicaciones políticas y de políticas públicas.¹⁸

Cualquiera que sea la alternativa elegida, el punto clave es que exista una garantía efectiva para la revisión imparcial de decisiones disputadas.

¹⁴ Notas de Guía, Comisión de Servicios Estatales de NZ, 1995.

¹⁵ En Nueva Zelanda, al Ministro del Gabinete se le concedieron los poderes para revertir una recomendación del Ombudsman con respecto a cualquier solicitud concreta de información. Así, el ejercicio de este poder se convirtió rápidamente en un patrón de actuación. En 1987, los arreglos a este respecto fueron modificados en respuesta a críticas. Desde entonces fue necesario el veto del Gabinete en su conjunto para revertir una recomendación del Ombudsman, y no solamente la oposición de un Ministro en lo individual. El resultado fue dramático. El poder de veto no ha sido ejercido hasta la fecha bajo los nuevos procedimientos establecidos. Judith Aiken, *“Open Government in New Zealand”*, en *Open Government, Freedom of Information and Privacy*, Andrew McDonald y Greg Terrill (eds.), (Macmillan, Londres, 1998): <http://www.ero.govt.nz/speeches/1997/jas130397.htm>.

¹⁶ En los EU, si una apelación administrativa fracasa, aquellos que presentan una queja pueden presentar su demanda ante la corte de distrito. Este procedimiento es facilitado al permitirse al individuo que busca el acceso a la información archivar su demanda en el distrito en el cual reside, o en el distrito en el cual los registros se encuentran ubicados.

¹⁷ Supra.

¹⁸ “Dado el papel del Ombudsmen como pivote en el sistema de Nueva Zelanda, la perspectiva general y reputación de justicia de Ombudsman individuales ha ayudado a generar confianza pública en la legislación y ha sido crítico para la exitosa implementación de la legislación [ahí].” Judith Aitken, supra.

Leyes de Privacidad

Por supuesto que la legislación de Ldel no debe ser utilizada para invadir la privacidad personal de los individuos. Algunas legislaciones sobre la Libertad de Información incorporan garantías para el acceso a registros en poder de individuos. Alternativamente, este aspecto puede ser considerado en una Ley de la Privacidad, tal como se planea en el caso de Sudáfrica.

A diferencia de las garantías de acceso a registros generales de gobierno establecidas en muchas leyes de Ldel, el acceso a registros personales en poder de organismos de gobierno es aplicado usualmente de manera retroactiva. Sin embargo, sea cual fuere la forma en que la legislación se encuentra estructurada, el acceso a la información personal se encuentra restringido a los registros existentes dentro de un sistema de archivo y registrados bajo un formato de identificador personal, es decir, nombre personal, número, índice, etc. Junto con el derecho de acceso a estos archivos personales, una garantía clave en las leyes de privacidad es que los ciudadanos tienen el derecho de que información incorrecta les sea corregida.¹⁹

Una cultura del secreto

Muchos países que han adoptado la Ldel buscan sustituir la “cultura del secreto” que prevalece dentro del servicio público con una “cultura de la apertura”. Las leyes de la Ldel intentan promover la rendición de cuentas y la transparencia en el gobierno al generar apertura en el proceso de toma de decisiones gubernamentales. A pesar de que algunos registros pueden estar legítimamente exentos de su apertura, las excepciones deben aplicarse mínimamente, ya que la intención es hacer de la apertura la regla y no la excepción.

Una cosa es conferir el derecho a la información al ciudadano y otra muy distinta satisfacer la solicitud que éste o ésta presenta. En Tanzania, por ejemplo, cada ciudadano tiene el derecho de ser informado, sin embargo, los servidores públicos carecen de la obligación de proporcionarles información. La Constitución de la República Unida de Tanzania de 1977 establece que²⁰:

Cada ciudadano tiene el derecho de estar informado todo el tiempo de los diversos eventos en el país y en el mundo en su totalidad que sean de importancia para la vida y las actividades de las personas y también de los asuntos de importancia para la sociedad. Los derechos y las libertades enumeradas en la Parte III de la Constitución son considerados como derechos básicos y están sujetos a ser presentados ante las cortes.²¹

Sin embargo, Tanzania es tan solo uno de tantos países donde existen pocos mecanismos institucionalizados que obligan al gobierno a facilitar el derecho del público a estar informado. Un Código de Ética y Conducta para el Servicio Público de Tanzania fue emitido por el Departamento del Servicio Civil en junio de 1999. La Sección III, Parte 5 del Código se refiere al tema de la Divulgación de Información. El Código establece que:

- Un Servidor Público no debe utilizar ningún documento oficial o fotocopiar cartas o cualquier otro documento o información obtenida en el curso del cumplimiento de sus responsabilidades para fines personales;
- Los Servidores Públicos no deben comunicarse con los medios de comunicación sobre temas relacionados con el trabajo o políticas oficiales sin el debido permiso;

¹⁹ Por ejemplo, la Ley de Privacidad Canadiense establece como requisito que la información personal sea administrada a lo largo de su ciclo de vida, es decir desde su creación hasta su destrucción o conservación, en los Archivos Nacionales.

²⁰ Artículo 18, cláusula 2 (Parte III Derechos Básicos y Obligaciones).

²¹ Taller de Información para la Rendición de Cuentas: Tanzania, dirigido por el Acuerdo para la Administración Internacional de Registros y TI-Tanzania, Marzo 2000. Hubo acuerdo en el Taller en el sentido de que muchos ciudadanos en áreas urbanas están al tanto de la existencia del Artículo 18 pero pocos saben como ejercer su derecho a obtener información. No existen mecanismos para proporcionar una guía a los ciudadanos sobre el acceso a la información del gobierno actual. La Ley de Archivos Nacionales garantiza el derecho de los ciudadanos a consultar los registros públicos de más de 30 años de existencia. Se ha elaborado una legislación para reducir el plazo de apertura de registros públicos en Tanzania de 30 a 25 años, pero esta legislación aún no ha sido aprobada. Actualmente, el edificio de los Archivos Nacionales se encuentra virtualmente lleno y casi ninguno de los documentos con fecha posterior a 1973 ha sido transferido a los Archivos Nacionales. En consecuencia, la mayor parte de los registros públicos que pertenecen a los Archivos aún están en poder de los Ministerios y son, por tanto, inaccesibles a los ciudadanos. El reporte de la reunión se encuentra en el sitio Internet del IRMT: <http://www.irmt.org>.

- La información oficial será dada a conocer a los medios de comunicación a través de los servidores que han sido autorizados para hacerlo de acuerdo con los procedimientos establecidos.²²

Aunque los requisitos establecidos por el Código son razonables, no existe una obligación correspondiente para que los servidores públicos provean información. Como resultado de ello, cuando los ciudadanos o sus representantes solicitan información a los servidores públicos, éstos se enfrentan frecuentemente con respuestas defensivas y poca disposición.²³

La cultura del secreto no desaparecerá de la noche a la mañana. Los funcionarios deben desarrollar confianza en hacer la información disponible, y entender que toda la información debe ser accesible al público—a menos de que existan sólidas razones en contra de hacer accesible información particular. Con frecuencia, los servidores públicos argumentan que los periodistas hacen uso inadecuado de la información o utilizan la información de manera imprudente, y usan este argumento como pretexto para negarse a cooperar con ellos. No obstante, si los periodistas carecen de un acceso confiable a la información, no es difícil suponer que sus historias diferirán, de vez en cuando, de las circunstancias y posiciones reales. Esto es más una falta de los funcionarios que de los periodistas.

Los departamentos de gobierno deben, por su propio interés, estar abiertos a los medios y tener personal capaz para dar respuesta a las solicitudes de información de una manera cooperativa y asegurar que existan suficientes cantidades de copias impresas de los principales documentos (p.ej. reportes del Poder Legislativo) de manera que puedan asegurar que los medios tengan un acceso razonable a ellos. Incluso con buenas redes informales, cierta información es difícil sino imposible de ser obtenida. En Tanzania, las cuentas nacionales y el Reporte del Auditor General son ejemplos comunes. Ahí, a pesar de que ambos documentos son publicados por la Legislatura, es difícil obtener una copia de ellos, incluso de la oficina de impresión del gobierno. La información presupuestal es quizás el tipo más buscado de información. Los grupos de la sociedad civil, requieren de información presupuestal y financiera para evaluar las prioridades del gobierno y determinar que problemas están siendo ignorados o no valorados de manera suficiente.²⁴

Protección de Fuentes

En algunos países la simple posesión de información confidencial se considera una ofensa criminal si el individuo no está autorizado para tenerla en su poder. Un ejemplo de ello es el caso de un periodista de medio tiempo, y un pequeño comerciante de Tanzania, que fue encontrado en posesión de una carta confidencial escrita por el Comisionado Regional. La carta contenía instrucciones para negarle una licencia comercial con base en razones espurias. El periodista tuvo acceso a la carta y llevo al Comisionado Regional a la corte bajo sospecha de corrupción. Sin embargo, debido a que el documento era clasificado, éste fue arrestado por estar en posesión de un documento confidencial!²⁵

La protección de las fuentes es un requisito fundamental para que los periodistas desempeñen su profesión de manera libre. Los periodistas deben saber que ellos pueden publicar historias sin estar en riesgo de ser multados o llevados a prisión si no dan a conocer sus fuentes de información. Los individuos que proporcionan a los periodistas información de manera confidencial deben tener la certeza de que los periodistas en los cuales confían no serán intimidados por las autoridades públicas para revelar su

²² Ibid. Departamento del Servicio Civil, La República Unida de Tanzania. Código de Ética y Conducta para el Servicio Público de Tanzania, junio 1999. En muchos países se establece que “solamente el Ministro” puede autorizar la entrega de información o hacer alguna declaración. Y con frecuencia “el Ministro” se encuentra fuera del país o “no está disponible”.

²³ Ibid. Se espera que los profesionales de los medios confíen de manera inicial en la información que les proporciona a través de la prensa. No obstante, en los ministerios, muchos oficiales de prensa no son periodistas entrenados, y la percepción generalizada es que la información que estos generan sirve a sus propósitos y no es de utilidad. Si un periodista desea conocer más sobre algún asunto se les pide que envíen un cuestionario membretado y esperen la respuesta; con frecuencia no se recibe contestación. La contestación del Gobierno constituye un gesto de entendimiento, no una obligación. Los representantes de los medios pueden solicitar entrevistas a funcionarios y con frecuencia recibirán aprobación para hacerlo. Sin embargo, su éxito es probable que dependa de la fortaleza de la red informal que éstos han cultivado con el gobierno.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

identidad. Esta certeza es esencial para que los medios se constituyan en una fuerza efectiva que contrarreste los abusos de poder por parte de los funcionarios públicos.²⁶

Divulgación de fuentes y jurisdicciones de la ley de lo común

Si los periodistas no pueden obtener información sobre bases confidenciales, su habilidad para transmitir información al público puede estar severamente circunscrita. Por ello, las leyes que garantizan la protección de sus fuentes adquieren una relevancia particular.

Las cortes han reconocido en algunas de sus sanciones el “débil” privilegio de no divulgar la identidad de las fuentes en el momento del descubrimiento de una acción difamatoria, conocida como “regla del diario” (como en Australia), pero ha sido denegado en otros casos.

Por ejemplo, un caso en Ontario²⁷ estableció de manera clara que las cortes tenían poder discrecional, dependiendo de las circunstancias en su conjunto, para rechazar la solicitud de divulgación en el momento del descubrimiento de un acto difamatorio, incluso si la evidencia parecía relevante. Sin embargo, en otro caso también en Ontario²⁸, la divulgación fue ordenada ante la declaración admitidamente falsa y altamente insultante del defensor con respecto al inculpaado, alto miembro del equipo del Primer Ministro. La regla del diario ha sido completamente rechazada en algunas provincias. La Corte de Apelaciones de Columbia Británica, por ejemplo, sostuvo que las reglas liberales de divulgación en esa provincia eran inconsistentes con dicho privilegio.

El privilegio limitado para no testificar en un juicio también ha sido reconocido como parte de la ley de evidencia. En *Slavutych v. Baker*, la Suprema Corte de Canadá (SCC) sostuvo que las cortes podían reconocer un privilegio calificado para no testificar siempre y cuando cuatro criterios fueran satisfechos:

- la comunicación debe tener lugar en la confianza de que no será divulgada;
- esta confidencialidad debe ser esencial para la relación existente entre las partes;
- la relación debe ser cultivada; y
- el daño en la relación ocasionado por la divulgación debe ser mayor que el beneficio que esta pueda ofrecer al litigio.

Estos criterios son aplicables a todas las relaciones confidenciales y por tanto pueden ayudar a aquellos periodistas que deseen proteger la identidad de sus fuentes. La relación entre periodistas y fuentes confidenciales puede satisfacer en general las primeras tres condiciones, pero la cuarta dependerá obviamente de las circunstancias del caso. En un caso subsecuente,²⁹ la Corte Suprema sostuvo que el apelante, un periodista, no cubrió los criterios del caso *Slavutych* con respecto a su demanda para no testificar con respecto a la información que a ella le había proporcionado a cierto individuo. El hecho de que la información buscada había pasado del periodista a la “fuente” y no al contrario fue claramente relevante, ya que la divulgación no habría afectado ningún ánimo de confidencialidad.

Los jueces también pueden tener la discreción de excluir evidencia que sería de otro modo relevante. En *Crown Trust Co. v. Rosenberg*, Saunders J. se negó a obligar a un periodista a divulgar la identidad de una fuente, solicitando únicamente la divulgación del contenido de dicha comunicación. El juez sustentó su sentencia en el interés público de preservar la confidencialidad de las fuentes y en el hecho de que era posible obtener dicha información por otros medios.³⁰

Protección de fuentes y jurisdicciones de la ley civil

En Francia, antes de 1993, el deber de secreto profesional no era aplicable a los periodistas, quienes podían ser cuestionados con respecto a sus fuentes confidenciales de información. Sin embargo, en la práctica, al menos en casos criminales, muy pocas cortes o *magistrados* investigativos fueron hasta el

²⁶ Esta sección cita el Documento sobre Protección de Fuentes Periodísticas [Briefing Paper on Protection of Journalists' Sources] (Freedom of Expression Litigation Project) ARTÍCULO 19 y INTERIGHTS, mayo 1998, <http://www.article19.org/pubs/papsou.htm>.

²⁷ Reid v. Telegram Publishing Co.

²⁸ White v. MacLean Hunter Ltd.

²⁹ Moysa v. Alberta (Labour Relations Board).

³⁰ Briefing Paper on Protection of Journalists' Sources, supra.

punto de requerir de los periodistas la divulgación de sus fuentes. Los periodistas no tienen derecho a ningún tipo de protección especial en procedimientos civiles; la misma ley se aplica a todos los testigos. En las pocas instancias en las que la divulgación fue ordenada, los periodistas en general se negaron a responder, invocando la costumbre profesional; las cortes por su parte se abstuvieron de imponer sanciones. Los periodistas fueron sancionados sólo en uno o dos casos durante la década siguiente a 1993 cuando se llevó a cabo una revisión sustancial de la ley criminal.

En 1993 el Código de Procedimientos Penales fue modificada, empatando la legislación con las prácticas aceptadas, al menos en lo que respecta a procedimientos criminales.

El Artículo 109(2) establece ahora que:

Cualquier periodista presentado como testigo en lo concerniente a información obtenida por este en el curso de su actividad periodística es libre de no divulgar su fuente.

Varios puntos son dignos de ser anotados. Primero, el derecho a no divulgar la fuente es absoluto, no calificado. Segundo, la ley se aplica solamente a los periodistas presentados como testigos; las personas acusadas siempre tienen el derecho no calificado de negarse a testificar. Tercero, la Ley no define ni a periodistas ni a la actividad periodística, dejando áreas de ambigüedad.

En 1993, después de la recomendación del Comité de Investigación a la Prensa y al Poder Judicial de 1984, la protección a las fuentes periodísticas fue subsecuentemente reforzada de manera indirecta a través de una nueva cláusula relacionada con la búsqueda y aprehensión en las instalaciones de los medios. El Artículo 56.2 del Código de Procedimientos Penales establece ahora que el juez investigador o el fiscal del Estado debe estar presente para asegurar que las investigaciones “no usurpen el libre ejercicio de la profesión del periodista.”

La ley de Francia ofrece una protección considerable a las fuentes periodísticas. Quizás más significativo que la carta de la ley, es el cuidado de las cortes para sancionar a periodistas que incumplen con una orden de divulgación de sus fuentes. Esta rectitud judicial refleja quizás un consenso más amplio del público en su conjunto con respecto a que los periodistas no deben ser forzados para divulgar dicha información.³¹

Leyes de Libelo (difamación)

Las leyes de libelo, pueden ser también una barrera formidable para la entrega de información al público por parte de los medios, y estas leyes son universales. La necesidad de leyes que protejan a los individuos en contra de la difamación no está bajo cuestionamiento. Muchos países hacen una distinción entre el tratamiento dado en la prensa a ocupantes de oficinas públicas y el tratamiento dado a ciudadanos privados. Tales distinciones deben ser hechas, en tanto que el público tiene un derecho más amplio de ser informado sobre las acciones de los ocupantes de oficinas públicas que los ciudadanos privados. Al mismo tiempo, es importante distinguir entre la información hecha pública y el tipo de persona que la ha hecho pública. Los asuntos de libelos deben enfocarse, primero y fundamentalmente, a la información diseminada por los medios.

La gente que es difamada en la prensa debe tener oportunidades de réplica contempladas en la ley. Las cortes deben ser los árbitros de los estándares de privacidad relativos a la libertad de la prensa, y deben proveer un mayor nivel de protección con respecto de la prensa a los individuos que no ocupan una oficina pública, o que no se encuentran en la posición de influir en la vida de muchas más personas. Las penas impuestas por las cortes deben ser balanceadas; éstas deben sopesar la necesidad de penalizar a aquellos en los medios que actúan de manera irresponsable con respecto a los derechos de la sociedad a estar informada y a unos medios cuya libertad no esté limitada por miedo a pronunciar juicios difamatorios devastadores.

Las leyes de difamación del Reino Unido, que pueden ser percibidas como razonables por muchos gobiernos y abogados, inclina de hecho la balanza en favor de la libertad de prensa. La perspectiva norteamericana, la cual incluye conceptos bastante explícitos sobre intención maliciosa, favorece fuertemente a la prensa. Encontrar el balance adecuado es difícil pero esencial. Desarrollar este balance es un reto para las cortes y una razón más del porqué, en un sistema con un poder judicial independiente, la libertad de prensa puede llegar a ser más fuerte. Si el poder judicial es sujeto de control político,

³¹ *Briefing Paper on Protection of Journalists' Sources*, supra.

entonces los ocupantes de oficinas públicas pueden sentirse atraídos para utilizar la amenaza de penas de difamación sustanciales como medio de intimidación para la prensa y de esta manera minar la habilidad de los medios para mantener al público informado.

El día de hoy, en numerosos países, las cortes pueden imponer penas por difamación que son tan duras que pueden llegar a arruinar a los más ricos periodistas o publicaciones.³²

El impacto de Internet

Internet ha reducido en gran medida la habilidad de los gobiernos para controlar a lo que la gente puede tener acceso o no, y esto le permite a individuos y organizaciones tener oportunidades inequívocas de llevar información a la arena pública.

Los "secretos oficiales" prohibidos en un país, quizás más por razones políticas que por motivos de seguridad o interés público, pueden rápidamente ser lanzados a Internet. La orden de una corte que suprime el nombre de una persona bien conocida en un país puede aparecer rápidamente en Internet fuera de ese país.

Por supuesto que un país puede continuar controlando a la gente y a los sitios de Internet dentro de sus fronteras. China se encuentra entre aquellos países que han intentado detener a sitios de Internet de que "filtren secretos de estado".

Internet también ha dado impulso en favor del acceso a la información y en contra del dominio en la diseminación de noticias por parte de grupos de magnates de medios. Sin embargo, ha presentado al mismo tiempo problemas genuinos a los gobiernos que luchan por combatir la pornografía y el crimen organizado, los cuales han aprovechado rápidamente las oportunidades que Internet ofrece para la rápida transmisión de mensajes codificados los cuales son virtualmente inrastreables, particularmente si se hace uso de teléfonos celulares para establecer enlaces con los proveedores de servicios. Podemos esperar por tanto esfuerzos mayormente extenuantes por parte de los gobiernos para mejorar su habilidad en monitorear las transacciones que tienen lugar en Internet.

Internet también ha abierto nuevas posibilidades de interacción entre los gobiernos y sus ciudadanos. Malasia se encuentra al frente del uso del Internet para efectuar la mayor parte de sus transacciones con los ciudadanos que sean posibles, y se encuentra en el proceso de desarrollar un "gobierno electrónico". Obviamente, esta posibilidad no se encuentra abierta para países en los cuales el acceso a Internet es limitado, pero parecería ser el futuro por venir.

Caja

Los controles sobre el contenido de las noticias venían en camino...

Dentro de las reglas publicadas en el Diario de la Gente [People's Daily], se solicita que los sitios de la red pasen por revisiones de seguridad.

Las reglamentaciones parecen dar a las autoridades un poderoso instrumento de control sobre Internet en nombre de la protección de información gubernamental delicada.

La definición de secretos de estado que da China es tan amplia que puede incluir virtualmente cualquier información que no haya sido específicamente aprobada para su publicación. El crimen por filtrar secretos de estado ha sido utilizado para encarcelar a periodistas y se invoca con frecuencia en contra de opositores al Partido Comunista.

"A todas las organizaciones y los individuos les está prohibido la divulgación, discusión o transferencia de información de secretos de estado en periódicos murales, salones, o en grupos de noticias de Internet," así lo anunció la Oficina de Secretos del Estado en las reglas aparecidas en el principal diario del Partido Comunista. Las reglas establecen que "Cualquier sitio de la red que provea o divulgue información en Internet deberá pasar revisiones de seguridad y aprobación."

China Clamps Secrecy Rules on Internet,

³² Por ejemplo, en 1973-74, a los abogados de un diario británico les fue difícil dar a conocer información proveniente de la publicación de Washington D.C. con respecto al *Watergate*. Los abogados se negaron a publicar muchos de los reportes. Estos advirtieron que el Presidente Nixon podría demandarlos y que los costos del litigio podrían ser enormes. Estas amenazas fueron factores que influyeron en la toma de decisiones editoriales. Para mencionar otro ejemplo, una de las razones por las cuales muchas publicaciones en la Gran Bretaña no siguieron investigaciones completas sobre los negocios ilícitos del empresario Robert Maxwell, fue que esta era conocido por sus demandas en contra de periodistas por razones de difamación.

Administración de Registros

Incluso los derechos de acceso a la información que exigen su cumplimiento legal carecen de significado si los registros de gobierno son caóticos. Aunque en principio la información puede estar disponible, si no es posible encontrarla entonces ésta no está disponible a los ciudadanos. Esta situación no solo limita la rendición de cuentas del gobierno y su credibilidad a los ojos de los ciudadanos, sino que también tienen un impacto serio en la capacidad del gobierno para desempeñar sus responsabilidades eficientemente.

Los asuntos concernientes a la administración de registros deben estar contemplados en la ley de Ldel y su mejoramiento debe ser instrumentado previamente a la puesta en vigencia de la ley. Una de las previsiones de la mayoría de las leyes de Ldel es que los organismos deben publicar listas de la serie de registros que tienen en su poder. Por tanto, las series deben estar organizadas y capturadas en un sistema de control de registros.³³

Una política nacional de administración de registros de gobierno es esencial—no sólo para proveer a los ciudadanos con información pero también para asegurar que los funcionarios públicos individuales rindan cuentas de sus acciones. Si no existe un rastro de papel, las oportunidades de que funcionarios públicos erráticos sean identificados y sancionados son mínimas. Los registros no solamente deben existir, sino que estos deben ser accesibles de manera expedita para quienes los necesitan. Los registros no deben ser tan solo conservados en las ciudades capitales de manera que los miembros del público que los necesiten tengan que viajar desde áreas rurales si quieren consultarlos. Más aún, documentos de interés general deben estar diseñados en un formato entendible para el público en general, especialmente documentos importantes tales como aquellos que envía el Auditor-General a la Legislatura. Estos documentos también pueden ser puestos al acceso en Internet a un costo mínimo o nulo para beneficio de aquellos que los consultan.

Una política de administración de registros sólida otorga a un organismo las responsabilidades generales para la administración de registros, usualmente bajo la forma de un archivo nacional. Dicho organismo central servirá de guía a los departamentos de gobierno para la creación, mantenimiento y deshecho de archivos, y servirá como el último custodio de la documentación que ha dejado de ser de utilidad para los departamentos de gobierno. El archivo nacional debe llevar a cabo auditorías periódicas en la administración de los registros de los departamentos de gobierno para asegurarse de que la política de administración de registros es instrumentada de manera consistente.³⁴

El mejoramiento en el acceso a la información no contribuirá por sí mismo a la participación pública en la toma de decisiones. No todos tienen acceso a la tecnología necesaria, pero todos tienen el derecho de contribuir a las decisiones que los afectan. Esto pone una carga pesada en los medios de comunicación para que lleven a cabo, más que antes, investigaciones e interpreten las acciones de gobierno. Estos tendrán acceso a información en representación del público en su conjunto, y un rasgo central del papel de los medios es hacer uso de esta capacidad de acceso en beneficio del público en general.

Algunos indicadores de la efectividad del acceso a la información

- Existe alguna política en materia de oferta de información que favorezca el acceso, a menos de que los motivos en contra del acceso cumplan con bases prescritas y mínimas, justificando así la retención de la información?
- Los derechos de acceso a la información están ampliados a la información en poder de los gobiernos locales y de las empresas propiedad del estado? Incluye registros de compañías privadas que se encuentran vinculadas a contratos con el gobierno?

³³ En Canadá, además del requisito de que la descripción de los registros debe ser publicada, existe el compromiso de instrumentar políticas, estándares y mejores practicas así como sistemas para asegurar que la información sea administrada a lo largo de su ciclo de vida. Esto constituye el reconocimiento del hecho de que sin tales procedimientos, la Ldel no puede ser exitosamente instrumentada.

³⁴ El Acuerdo sobre la Administración de Registros Internacionales (IRMT) es una ONG que se encuentra trabajando con diversos países en desarrollo sobre aspectos referentes a la administración de sus registros. Este Acuerdo ha instrumentado proyectos a lo largo del mundo, incluyendo a Camerún, Egipto, Granada, Guyana, Kenya, Malta, Sudáfrica, Tanzania, Uganda, Ucrania, Zambia y Zimbabwe. Los detalles de los proyectos desde 1997 están disponibles en su sitio de Internet: <http://www.irmt.org>.

- Existen procedimientos claros y garantías efectivas para que los ciudadanos y los periodistas tengan acceso a la información oficial que requieren?
- Si el acceso a la información es denegado por un departamento gubernamental, existe el derecho de apelación o de revisión? Es éste independiente del gobierno?
- Establecen las cortes pagos de compensación en casos de difamación que involucra a figuras públicas? Si este es el caso, sirve esto como freno para los medios?
- Otorgan las cortes protección adecuada a las fuentes periodísticas?
- Se da entrenamiento a los funcionarios sobre la administración adecuada de registros y sobre cómo hacer la información accesible al público?

Registros del sector público

- Existe algún organismo oficial con capacidades legales para el mantenimiento de registros (rastreo de registros)?
- Existen instrucciones administrativas claras para el mantenimiento de registros públicos? Si es así, son éstas cumplidas?
- Tienen los ciudadanos el derecho de acceder a sus archivos personales (que no sean aquellos vinculados a casos de aplicación de la ley) y el derecho a insistir en la corrección de éstos cuando tienen errores?
- Los funcionarios públicos u otras personas en búsqueda de información experimentan dificultades en la obtención de ésta? Si es así, cuáles son los problemas?
- Qué políticas existen en lo referente a la oferta de información al público (p.ej. la presentación de quejas)?
- Los funcionarios pueden entregar auditorías contables creíbles y a tiempo, así como información acerca del personal, etc.?
- La legislación cubre los registros de las regiones y distritos (o su equivalente)?

Dándole la Voz a los Ciudadanos





Indice

Dándole la Voz a los Ciudadanos

Cartas Ciudadanas	362
Estándares	363
Monitoreo	363
Quejas	363
Centros de Asesoramiento Ciudadano	364
Litigios de Interés Público	365
Líneas Telefónicas de Emergencia	366
Haciendo uso de Internet	367
“Delatando”: cómo proporcionar a los empleados canales seguros para sus quejas	368
La Ley de Divulgación en favor del Interés Público del RU de 1998	370
Diseñando un sistema efectivo para el tratamiento de quejas.18	371
¿Y si una organización no tiene éxito en resolver una queja?	373
Indicadores de la efectividad de la “voz” pública como herramienta de integridad	373

Dándole la Voz a los Ciudadanos

*Álzate, álzate – Álzate por sus derechos;
No renuncies – No renuncies a la lucha
(Stand up, stand up – Stand up for your rights;
Don't give up – Don't give up the fight!)*
Bob Marley

Una ciudadanía informada y consciente de sus derechos, y que los ejerce de manera segura, es un pilar vital para un sistema nacional de integridad. Un público apático, ignorante de sus derechos y pasivo ante abusos administrativos, ofrece un caldo de cultivo ideal para la complacencia y la corrupción.

La tarea primaria consiste en llevar a cabo una campaña de concientización, tanto del daño que la corrupción inflige a la comunidad y a las familias que en ella viven, como de la necesidad de que los ciudadanos en lo individual tomen medidas adecuadas cuando se enfrentan a la corrupción. La opinión pública y las encuestas de comportamiento (abordadas en el capítulo de Las Encuestas como Herramientas: Midiendo el Progreso), son una herramienta primaria para darle al público, tanto voz como la certeza de que sus opiniones son valoradas y tomadas en serio por los demás. Así también funciona la “Tarjeta de Informe”, en la que a los usuarios de servicios específicos se les pregunta sobre el tratamiento recibido.

Los diarios y las emisoras de radio también son vehículos particularmente buenos: los diarios pueden tener columnas para la investigación de quejas y publicar los resultados de sus investigaciones junto con la queja inicial. Un diario en Kenia, el *East Africa*, publica desde hace algún tiempo los nombres de funcionarios públicos que no se han comportado de manera adecuada, y de los superiores que se hayan negado a tomar medidas al respecto. En Tanzania, el diario independiente swahili *Majira* proporciona al público un canal comunitario informal para que exprese sus quejas o se dirija al Gobierno.¹

Con un alcance mayor de audiencia se ubican los programas radiales de “réplica”, en los que representantes de la sociedad civil o incluso el *Ombudsman*, reciben quejas individuales al aire y ofrecen consejos. De esta manera, el consejo dado a una persona es escuchado por otras que es probable que enfrenten situaciones similares, dándoles así la oportunidad de prevenirlas.² Esto puede tener un impacto mucho mayor de fortalecimiento de lo que podría pensarse en un principio. Mecanismos de demora pueden ser utilizados para evitar problemas con las leyes de difamación y dar a conocer nombres que podrían dar lugar a procedimientos legales ante la corte.

1. Los ciudadanos envían cartas al diario *Majira*, las cuales son luego publicadas cotidianamente sin ser editadas, de acuerdo a temas preestablecidos (por ejemplo, los jueves se trata de política, los viernes de cultura y educación, los sábados de servicios sociales, y así sucesivamente). Aunque el diario trata de presionar al gobierno en representación del público, las cartas sólo en raras ocasiones reciben respuesta oficial. El Grupo de Inspectores en Ética revisa el diario *Majira* todos los días en búsqueda de críticas y acusaciones y luego realiza las investigaciones correspondientes. Su Director afirma que si una queja aparece en el diario, a ésta se le dará seguimiento. Sin embargo, el Grupo de Inspectores no da noticia de los resultados de dichas investigaciones a la persona que presenta la queja ni a los medios. El diario *Majira* tiene un tiraje de aproximadamente 45.000 ejemplares. Sin embargo, su circulación ha caído de 100.000 ejemplares a raíz del incremento de precios. El incremento de precios se debe a que el Gobierno ha fijado un impuesto al papel importado. Se especula que esto fue hecho para evitar la publicación de algunos diarios.
2. El desarrollo de pequeñas emisoras de radio “comunitarias” puede ser particularmente significativo a este respecto.

Audiencias más distantes pueden ser alcanzadas a través de grupos teatrales en mercados y la vía pública, los cuales pueden llevar mensajes sociales a lugares alejados y extensos. En Uganda, por ejemplo, la experiencia obtenida a través de la altamente exitosa campaña de concientización sobre el SIDA, está siendo ahora utilizada para alertar a las personas sobre el daño que la corrupción ocasiona en la vida diaria de las personas, y sobre las formas en las que se le puede resistir.

Cartas Ciudadanas

En tanto que los ciudadanos pueden hacer mucho para darse “una voz” a sí mismos, también existen iniciativas que los gobiernos pueden tomar con el mismo propósito.³

El desarrollo de “Cartas Ciudadanas” constituye una innovación reciente para mejorar la rendición de cuentas del gobierno. Éstas buscan instrumentar estándares de servicio medibles, que son el producto de consultas hechas, tanto con funcionarios como con los usuarios. Al comprometer públicamente a organismos con estándares de servicio publicados, las Cartas proveen a los ciudadanos de canales para dar a conocer sus preocupaciones, así como de un criterio de referencia sobre el cual pueden medir el desempeño de organismos en casos individuales.

Las Cartas Ciudadanas pueden ser usadas como parte de una estrategia general para mejorar los servicios gubernamentales, o, si no, como un medio para abordar problemas específicos dentro de un sector en lo particular.⁴ Estas definen los servicios que serán ofrecidos y los estándares mínimos que los ciudadanos deben esperar.

Las Cartas especifican el procedimiento que se debe seguir para la presentación de quejas. La intención es cambiar el énfasis de las quejas como algo negativo a ser percibidas como un mecanismo importante de comunicación y retroalimentación. Los comentarios hechos por los ciudadanos pueden ser, entonces, analizados para identificar mejoras en los servicios públicos en aquellas áreas que parecen no estar funcionando.

Las Cartas pueden ser utilizadas para promover la libertad de información. Pueden ser usadas para divulgar información acerca de la estructura, las funciones y las operaciones de los organismos del sector público. La información debe estar ampliamente disponible utilizando todos los medios al alcance, incluyendo los medios, las bibliotecas públicas o la tecnología de información. Por ejemplo, en la India, las Cartas Ciudadanas están siendo utilizadas para enfrentar corrupción a niveles bajos dándoles a los ciudadanos acceso a información referente a servicios en los cuales los sobornos son frecuentes. Estas Cartas describen los servicios que el gobierno ofrecerá, la duración de cada servicio, el funcionario de gobierno que debe ser contactado y la solución en caso de que el servicio no sea ofrecido.⁵

Comúnmente las Cartas establecen los compromisos del gobierno frente al público al que sirve. Estas Cartas sintetizan detalles de los servicios que son ofrecidos por cada organismo de gobierno. También explican cómo obtener estos servicios, y qué hacer si los servicios no cumplen con las expectativas. Es importante que dichas previsiones se encuentren delineadas con claridad para permitir su instrumentación en la práctica de manera sencilla. Si las definiciones son vagas y generales, entonces el público se confundirá, proliferarán malos enten-

3. *El papel de los representantes populares electos y la necesidad de su accesibilidad se aborda en el capítulo referente a la legislatura electa. De manera similar, el papel del Ombudsman es discutido en el capítulo referente a dicha institución.*

4. *Éstas pueden ser instrumentadas en todos los niveles del gobierno, tanto nacional como local.*

5. *S.D. Sharma, Mobilising Civil Society: NGO initiatives to fight corruption and promote good governance-in the Indian context, documento presentado en el Taller sobre Promoción de la Integridad en la Gobernabilidad ante la Conferencia Mundial sobre Gobernabilidad, Manila, Filipinas, 31 de mayo a 4 de junio de 1999. Esta iniciativa es el resultado de la cooperación entre Transparencia Internacional India y el gobierno central.*

didados y los servidores públicos serán poco claros en cuanto a los objetivos que se espera que cumplan. Copias de estas Cartas deben ser puestas a disposición ampliamente dondequiera que un departamento u organismo encuentre desempeñándose en contacto con el público.

Los elementos clave de una Carta Ciudadana son:

- no son estatutarios (es decir, no poseen la fuerza de la ley);
- buscan incrementar la participación ciudadana;
- definen estándares de servicio; y
- requieren de la publicación de información acerca de los servicios de gobierno.

Estándares

Los principios guía delineados en una Carta Ciudadana pueden ser aplicados a servicios particulares y objetivos de desempeño. Algunos objetivos fácilmente medibles incluyen:

- tiempos máximos de respuesta (para responder, tanto a quejas, como a solicitudes por escrito, es decir, respuestas a cartas);
- tiempos máximos de espera para citas; y
- cargos y cuotas.

Las Cartas buscan modificar la cultura de la oferta de servicios, al asegurar que los usuarios sean consultados y que sus necesidades y preocupaciones sean tomadas en cuenta por el sistema. Al ser abierto y fijar tiempos de respuesta y al indicar cómo y dónde presentar una queja cuando los estándares no son cumplidos, las posibilidades de corrupción en la oferta de servicios se reducen (o deberían reducirse) de manera significativa. Los estándares deben fijarse luego de ser consultados con miembros del público y con funcionarios de gobierno.

Nueve principios para el funcionamiento del servicio público. Los principios para el funcionamiento del servicio público que han sido identificados en el Reino Unido (UK Charter programme) son:

- establecer estándares de servicio que sean:
 - relevantes
 - sencillos
 - medibles
 - monitoreados
 - publicados
 - revisados
 - ser abiertos y proporcionar información completa sobre costos, desempeño, disponibilidad, etc.;
 - consultar e involucrar, tanto al personal como a los usuarios;
 - motivar el acceso y la promoción de alternativas;
 - tratar a todos de manera justa;
 - corregir las cosas cuando estén mal;
 - usar los recursos de manera efectiva;
 - innovar y mejorar; y
 - trabajar con otros proveedores.
- “Service First”, Oficina del Gabinete del Reino Unido, 1998*

Monitoreo

Las Cartas deben proveer de los medios para el monitoreo del desempeño público. Un aspecto clave es solicitar a los organismos la publicación de información referente a su desempeño. Así, se les solicita a los organismos ordenar y publicar estadísticas tal y como se establece en la Carta, dando a los ciudadanos y al Legislativo la oportunidad de evaluar el desempeño del servicio ofrecido. Si la Carta es instrumentada en un servicio ofrecido nacionalmente, por ejemplo, escuelas y hospitales, el desempeño de las unidades locales puede ser comparado a través de este proceso. Al mismo tiempo que ayuda a identificar áreas problemáticas, este proceso ofrece la oportunidad de identificar áreas consolidadas y rastrear mejoramientos en los servicios.⁶

Quejas

El proceso de quejas debe incluir disposiciones para la revisión interna y también para una evaluación imparcial externa, quizás a cargo de un *Ombudsman*. Sin embargo, es importante notar que, en tanto que la falta en el

6. En el Reino Unido, la Carta Ciudadana de Indicadores de Desempeño es publicada por todas las autoridades locales para ofrecer una fotografía de qué tan bien los Consejos locales están funcionando. El Consejo de Brent fue el primero en publicar sus resultados en Internet: <http://www.brent.gov.uk/ccpi.htm>.

cumplimiento de los objetivos de desempeño establecidos en la Carta constituye una base para la presentación de quejas, no implica ninguna sanción legal.

Centros de Asesoramiento Ciudadano

Sin embargo, una vez consciente de que sus derechos pudieron haber sido transgredidos (y si los mecanismos establecidos dentro de alguna Carta Ciudadana de relevancia han fallado en proveer soluciones), el ciudadano puede necesitar ayuda. Los abogados cuestan dinero, y ni los amigos ni los parientes tienen siempre las respuestas o los recursos. Entonces, ¿cómo es que un ciudadano ordinario, con un problema quizás menor pero preocupante, puede saber de sus derechos y reclamarlos de manera exitosa?

En muchas partes del mundo, grupos de la sociedad civil han dado inicio a mecanismos por los cuales los ciudadanos, y especialmente los pobres y marginados, pueden obtener consejos de manera gratuita sobre cómo enfrentar a los organismos de gobierno (por ejemplo, vivienda, prestaciones, pensiones, etc.), y acerca de sus derechos legales en general.

Los elementos principales de un Centro de Asesoramiento Ciudadano (frecuentemente descritos como Oficinas de Asesoría Ciudadana o CAB, por sus siglas en inglés) son:

- difunden información en materia de servicios públicos;
- ofrecen consejo gratuito e independiente a los ciudadanos; y,
- ofrecen un canal de comunicación de doble vía entre los ciudadanos y el gobierno.

Un rasgo clave es que el consejo que se ofrece está libre de cargos. Con frecuencia los Centros tienen personal conformado por voluntarios capacitados, y en algunos países abogados jóvenes (e incluso mayores) son motivados para ofrecer sus servicios de manera gratuita en estos Centros. Aunque en algunos países los Centros son fundados por organismos de gobierno⁷ u organizaciones donantes, es importante que éstos conserven alguna independencia para asegurar que sean vistos como oferentes de un servicio justo e imparcial.

Un Centro de Asesoramiento establece que su propósito es:

- asegurar que los individuos no sufran por ignorar tanto sus derechos y responsabilidades, como los servicios disponibles; o debido a la incapacidad de expresar sus necesidades de manera efectiva, y
- ejercer una influencia responsable en el desarrollo de las políticas y servicios sociales, tanto a nivel local como nacional.⁸

Cuando se encuentra establecido en la legislación sobre la libertad de información u en otras disposiciones como las Cartas Ciudadanas y los códigos de prácticas, que los gobiernos publiquen y difundan información con respecto a los servicios del gobierno, los Centros de Asesoría pueden ser un medio efectivo para llegar a los ciudadanos a través de su red nacional, ayudando así a los gobiernos a cumplir con sus obligaciones. Algunos Centros distribuyen una serie de folletos de guía, producidos por sus gobiernos, y otros elaboran los suyos, limitados por sus recursos. Estos folletos pueden proporcionar información sobre:

- qué servicios se encuentran disponibles;
- cómo obtenerlos;

7. Por ejemplo, en la Isla Mauricio, los Centros de Asesoramiento al Ciudadano son dirigidos por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Rural.

8. Oficina de Consejería Ciudadana Glen Innes, Auckland, Nueva Zelanda:
<http://www.geocities.com/SoHo/Veranda/2934/cabgi.html>

- cómo presentar quejas; y
- cómo obtener una reparación al agravio.

Las asesorías usualmente se dan a través de consultas personales cuando éstas se ofrecen en respuesta a solicitudes particulares. Tales consultas identifican los derechos legales del ciudadano y proporcionan asesoramiento sobre cómo conservar sus derechos, los servicios de asistencia disponibles y qué hacer si dichos servicios no cumplen con lo esperado.

Aunque algunos Centros de Asesoramiento aconsejan en materia de “denuncia”, y sobre cómo presentar quejas, la mayoría de los Centros de hecho no actúan por los ciudadanos cuando éstos desean que sus agravios sean reparados. Los Centros ofrecen información sobre el proceso que debe llevarse a cabo, las alternativas disponibles para la obtención de la enmienda, pero no llevan, usualmente, los casos ellos mismos. Sin embargo, pueden actuar como grupo de presión para generar cambios en los programas de gobierno.

Además de ser una guía en la presentación de quejas por la prestación de servicios públicos, los Centros de Asesoramiento pueden informar al gobierno sobre áreas problemáticas, permitiéndole destinar recursos para los programas que más los necesitan. Los Centros también pueden proporcionar al gobierno información valiosa sobre necesidades locales, y quejas referentes a circunstancias que no están directamente relacionadas con los servicios de gobierno. Sin embargo, esto debe ser abordado por el sector público.⁹

Litigios de Interés Público

Las Oficinas de Asesoramiento Ciudadano regularmente no van a corte en representación de la gente; sin embargo, varias alternativas pueden ser desarrolladas para tal propósito.

Una de esas opciones es el programa patrocinado por el Departamento de Ayuda Internacional de EU (USAID) llamado “Oficina de Defensoría Ciudadana” (CAO por sus siglas en inglés), que se encuentra en Donetsk, Ucrania. Éste funciona como un espacio activo de apoyo legal para ciudadanos y negocios agraviados por funcionarios corruptos. Operando de manera completamente independiente del gobierno, la Oficina proporciona a los ciudadanos asesoramiento legal libre de costos acerca de sus derechos, los representa en la corte, y les ayuda a recabar pruebas y a presentarlas en casos de supuesta corrupción. Han sido establecidas dos oficinas, y desde julio de 1999 una línea telefónica de ayuda opera las 24 horas. Los casos siguientes dan ejemplo de algunos de sus logros:

- El capitán de un buque de carga puso al descubierto las malas conductas de funcionarios administrativos que estaban desviando fondos, pero luego fue acusado injustamente y sentenciado a prisión. Los abogados del Centro lograron eliminar la condena y anular las sentencias. Luego prepararon personalmente las demandas en contra de los funcionarios implicados.
- Dos funcionarios de gobierno consiguieron destituir del consejo directivo a la fundadora de una compañía en Donetsk, y luego volvieron a registrar su compañía con un nuevo nombre y nuevos directores. La CAO solicitó de manera exitosa a la corte la cancelación del registro y el restablecimiento de los derechos de la fundadora original. El procurador de distrito abrió luego un caso en contra de los funcionarios, uno de los cuales era Diputado en el Parlamento de Ucrania y al cual le fue prohibido participar en actividades del sector privado.

9. Por ejemplo, en la Isla Mauricio una función importante de la Red de Oficinas de Asesoramiento Ciudadano consiste en ofrecer un canal de información entre los ciudadanos y el gobierno, incluyendo **actitudes hacia los desarrollos locales y proyectos planeados**. En el Reino Unido, la retroalimentación de los ciudadanos y las preguntas son obtenidas a través de solicitudes que son canalizadas hacia los Centros u Oficinas locales y dirigidas a la asociación nacional a través de **Formularios de Evidencia de la Oficina**. Estas formas son llenadas para el caso de solicitudes que sean ejemplos representativos de un problema social más amplio. Dicha información forma parte luego de informes que son ampliamente distribuidos.

- A un grupo de vendedores de flores, quienes habían pagado las cuotas e impuestos necesarios al gobierno de distrito, les fue negada la renovación de sus permisos en 1998, con el argumento de que los permisos debían ser comprados solamente a través de una compañía privada. La CAO realizó una investigación preliminar del caso y descubrió que dicha compañía no estaba adecuadamente registrada y que no había pagado ningún impuesto formal al gobierno de distrito. Más aún, la compañía motivó a los vendedores de flores a hacer negocios en la economía informal, sin proporcionar recibos o registrar ingresos en efectivo. El caso fue tramitado a las autoridades competentes para la realización de una investigación formal. Como resultado de ésta, el gobierno de distrito fue sancionado por malos manejos, y los vendedores de flores recuperaron sus derechos para seguir con su negocio.
- Unos funcionarios le ordenaron a un equipo de policías de Donetsk arrestar a un grupo criminal en Kharkiv. Poco después del cumplimiento de la orden, se inició un caso criminal en contra del oficial a cargo. El caso fue presentado por el anterior jefe de la unidad de investigación de la oficina del procurador del oblast de Kharkiv, que resultó ser el líder del grupo criminal. La CAO apeló al Presidente de Ucrania y al Procurador General, y el caso en contra del oficial de Donetsk fue desechado.
- Un pueblo en el oblast de Donetsk, Andreyivka, solicitó de la CAO el apoyo y la ayuda para investigar demandas de corrupción en contra de funcionarios de gobierno anteriores. Las acusaciones se relacionaban con abusos en el proceso de privatización y nepotismo. Los agravios, junto con la documentación, fueron presentados ante los funcionarios correspondientes del oblast.¹⁰

No existe por supuesto razón por la cual estas actividades deban estar confinadas a las ONG. En los casos en los que no existe apoyo legal del Estado disponible, tales actividades pueden ser llevadas a cabo por abogados practicantes, dispuestos a donar su tiempo para trabajar de manera voluntaria (sin cobro) por causas de interés público. Quizás el ejemplo más notable es el trabajo realizado en Sudáfrica durante el apartheid, en el que algunos abogados se dedicaron casi por completo a poner en tela de juicio la legalidad de las acciones del gobierno a través de las cortes (siendo quizás el caso más notorio, el del programa de “desplazamientos forzados” del régimen de Pretoria, conducido bajo la Ley de Agrupamiento de Áreas).

En Kenia, ONG molestas por los niveles de corrupción a nivel del gobierno local, han obtenido recientemente éxitos en demandas presentadas ante la corte en contra de decisiones tales como incrementos en los impuestos en el gobierno local, argumentando que el nivel de corrupción era tal, que los incrementos impositivos no tenían ninguna posibilidad de mejorar los servicios para los ciudadanos. Estos casos, también han sido presentados por los abogados de manera voluntaria.

Líneas Telefónicas de Emergencia

Cada vez más se hace uso de líneas telefónicas de emergencia (hotlines) para facilitar la presentación de quejas por parte de miembros agraviados del público. Por ejemplo, dos tipos de líneas telefónicas en contra de la corrupción operan en Ucrania. Allí, una línea telefónica del gobierno les permite a los trabajadores suscribir quejas vía telefónica relacionadas con las oficinas de impuestos. Sin embargo, las líneas telefónicas de gobierno aún no se han ganado la confianza del público debido a que son manejadas por funcionarios de gobierno. La línea telefónica establecida por la Oficina de Defensoría Ciudadana (CAO), la ONG mencionada antes, es la de uso más amplio. Esta línea se encuentra abierta las 24 horas del día y es contestada ya sea por una operadora o por una máquina contestadora. Cuando las quejas son anónimas éstas son documentadas, y cuando estas muestran un patrón, se lleva a cabo la acción apropiada.

10. Correo electrónico de Vanessa Von Struensee, 24 de mayo del 2000.

Cuando las ONG se encuentran involucradas en este tipo de prácticas es importante tomar en cuenta:

- que se defina cuidadosamente el papel de los Centros y a quién es que sirven las líneas telefónicas destinadas a combatir la corrupción;
- que las líneas sean establecidas como parte de una estrategia más amplia;
- que las líneas telefónicas no se colapsen en situaciones de sobrecarga de llamadas;
- que exista una campaña publicitaria bien enfocada, que explique el propósito del servicio y quién lo está operando;
- que la confiabilidad del servicio sea probada;
- que haya claridad y lineamientos precisos sobre si es posible y cuándo aceptar información anónima;
- que haya operadores capacitados y experimentados en servicio, capaces de explicarles sus derechos a quienes llaman y de proponerles una estrategia básica para la resolución de sus problemas; y
- que se dé retroalimentación a quienes llaman (cuando éstos se identifican) dándoles a conocer lo que ha sucedido con respecto a su solicitud.

Esto no implica que ningún departamento de gobierno deba tener su propia línea telefónica. Es claro que existen departamentos en varios países que manejan estas líneas de manera perfectamente satisfactoria, sean éstos los de policía, impuestos o aduanas. Pero cuando no existe confianza pública, un organismo de gobierno puede asociarse con alguna ONG respetada para proporcionarle al organismo el servicio de línea telefónica.

Haciendo uso de Internet

En la medida en que el uso del Internet crece, también crece su potencial para darles voz a los ciudadanos.

En muchos países, se están desarrollando los sitios gubernamentales en Internet para hacer disponible mucha más información, y de una manera mucho más accesible para el usuario de lo que ha sido hasta ahora. En algunos sitios el texto completo de leyes del país es accesible al público por primera vez, y el acceso no se encuentra ya restringido a las bibliotecas de leyes, a las cuales sólo los abogados tienen acceso.

Por parte de las ONG, un ejemplo imaginativo en cuanto al uso de Internet para involucrar a la gente, es el caso de Quipunet¹¹, una organización virtual. Un número reducido de peruanos, esparcidos por todo el mundo, juntaron sus fuerzas y crearon Quipunet, una “aldea virtual” de ingenieros, estudiantes, profesores, diplomáticos y amas de casa, quienes con tan sólo un presupuesto de US\$167, se internaron en Internet.

Ellos planeaban ayudar a la gente en áreas rurales, pero la realidad les imponía un reto. No sólo se encontraron con una infraestructura casi inexistente, sino también con una indiferencia total a su proyecto y a las maravillas de Internet. Pero perseveraron. Su impulso se ha dirigido a la educación, información y ayuda a los lugares que más lo necesitan en Sudamérica. Para franquear las distancias y fronteras nacionales, los fundadores aprendieron a comunicarse y cooperar entre ellos a través de Internet y a planear e instrumentar ideas. También aprendieron a dirigir seminarios virtuales; a crear “puentes virtuales de ayuda”; y a organizar y dirigir acciones a distancia.

El éxito de Quipunet ha llevado a la conformación de E-Connexions¹². Los fundadores iniciales utilizaron la experiencia ganada para constituir una compañía “para beneficio”, cuyo objetivo primario no es el lucro, sino aumentar las formas y medios a través de las cuales ayudar a otros.¹³

11. <http://www.quipu.net>

12. <http://www.e-connexions.net>

13. Correo electrónico de Martha Davies, mayo del 2000.

“Delatando”: cómo proporcionar a los empleados canales seguros para sus quejas

“Delatar” constituye un tema importante tanto para el sector público como para el privado.¹⁴ En ambos sectores, los empleados pueden llegar a darse cuenta de las malas prácticas de sus superiores en situaciones en las cuales el público, o el interés público, es puesto en peligro. Por ejemplo, la película premiada “The Insider”, retrata a un empleado que da una alerta y que, con costos personales considerables, pone al descubierto prácticas corruptas por parte de sus superiores, los cuales mintieron con respecto a los efectos dañinos del tabaco ante un Comité de Investigación del Congreso de EE.UU. ¿Debió pagar ese empleado los altos costos personales, a pesar de encontrarse actuando en beneficio del interés público? ¿Cuántas personas más, que buscan dar un llamado de alerta, existen y por razones comprensibles tienen temor de seguir su ejemplo?

En el Reino Unido, después de una serie de eventos catastróficos, aunque prevenibles, durante 1980, se reconoció la importancia del papel de los empleados, tanto para prevenir escándalos y desastres, como para mantenerse al tanto de prácticas incorrectas.¹⁵

Casi todas las investigaciones públicas realizadas, descubrieron que los empleados sabían de los peligros existentes antes de que éstos se materializaran, pero estaban temerosos de dar la alerta o habían dado a conocer su preocupación con la gente equivocada o de manera incorrecta. Por tanto, cuando un tren chocó en las afueras de una de las estaciones ferroviarias más transitadas de Londres, matando a 35 personas, la investigación descubrió que un supervisor había notado la falta de cuidado en la instalación eléctrica, lo que posteriormente ocasionó el accidente. Sin embargo, éste no había mencionado nada por temor a molestar a sus superiores. Luego de que el Banco Internacional de Crédito y Comercio (BCCI por sus siglas en inglés) se colapsó, la investigación descubrió que el ambiente autocrático dentro del Banco impidió que el personal expresara sus preocupaciones acerca de las cuestionables actividades del Banco.

La investigación acerca del hundimiento del barco Herald of Free Enterprise en Zeebrugge descubrió que el personal había advertido en no menos de cinco ocasiones que los buques zarpaban con las rampas abiertas. Sin embargo, sus advertencias fueron ignoradas. De manera similar, la investigación sobre el envío de armas a Irak reveló que un empleado había escrito al Ministerio de Relaciones Exteriores e informado a los funcionarios que el equipo de municiones había sido alistado, contraviniendo las sanciones impuestas por la ONU. Sin embargo, su carta no generó las acciones pertinentes.

Con frecuencia este tipo de escándalos pueden ser encubiertos en sus inicios. Es factible que los primeros en descubrir una acción incorrecta dentro de una organización sean quienes trabajan dentro de ella. No obstante, frecuentemente la cultura dominante dentro del lugar de trabajo detiene a los empleados para que se expresen. Los empleados tienen una posición privilegiada para dar la alarma, pero con frecuencia temen que, si lo hacen, pierdan sus trabajos y sufran el

Un ministro de gobierno alerta sobre la “Gran Bretaña encubierta”.

“Nosotros queremos que termine la cultura del encubrimiento y de la culpa que existe en algunas organizaciones y presenciara una actitud más madura respecto de las llamadas de alerta.

“Investigaciones realizadas sobre algunos de los desastres más importantes del pasado, han mostrado que los trabajadores han estado conscientes de peligros potenciales o acciones equivocadas, pero han tenido temor de darlos a conocer. Estos incluyen:

- El choque ferroviario de Clapham. La investigación subsecuente sobre el desastre concluyó que era conocido el riesgo que existía por la falta de cuidado en la instalación eléctrica, pero nadie quiso hacer notar la situación;
- Herald of the Free Enterprise. La Investigación Sheen concluyó que los trabajadores de la Compañía de buques estaban conscientes de los riesgos de dejar las rampas abajo al momento de zarpar. Los trabajadores habían dado a conocer sus preocupaciones al respecto en diversas ocasiones, pero no se tomaron medidas al respecto;
- Piper Alpha. La investigación Cullen concluyó que los trabajadores no querían poner sus empleos en peligro al hacer notar asuntos en materia de seguridad, lo cual podía avergonzar a las directivas; y
- Colapso de BCCI. La investigación Bingham sobre este colapso bancario concluyó que existía un clima de temor dentro del BCCI, en el cual el personal se sentía intimidado y se mostraba reacio a dar a conocer sus preocupaciones.

“Estos incidentes habrían podido ser evitados, si la Ley de Divulgación en favor del Interés Público hubiera existido antes... Es fundamental que demos a conocer esta legislación. Este Gobierno está comprometido con la formación de una cultura de la apertura, tanto en el sector público como en el privado.”

Ian McCartney, (RU) Ministro de Estado, Inauguración de la Conferencia sobre Llamadas de Alerta y Gobierno Londres, 23 de febrero del 2000.

14. La expresión “whistleblower” [traducida aquí como el que da o llama a la alerta o delata] es de origen estadounidense. El equivalente en Holanda es “bell-ringer” (persona que toca la campana para alertar). Discusiones en torno a esta práctica han hecho surgir debates al respecto en países de Europa del Este y Central, en donde los participantes pueden confundir la legitimidad de acciones contemporáneas de llamada de alerta, con las acciones despreciables de quienes denunciaban a sus vecinos durante los regímenes totalitarios previos.

15. La Ley de Divulgación en favor del Interés Público de 1998 (del RU) recibió consentimiento Real el 2 de julio de 1998 y entró en vigencia un año después. La Ley fue elaborada por la ONG Public Concern at Work.

alejamiento de sus compañeros de trabajo. Esto es particularmente cierto cuando un empleado de reciente ingreso se da cuenta de conductas corruptas cometidas por sus superiores.

Los empleados que se dan cuenta de malas conductas dentro de sus organizaciones se enfrentan a cuatro alternativas:

- permanecer en silencio;
- expresar su preocupación por medio de procedimientos internos;
- expresar su preocupación ante una instancia externa, como un regulador; o,
- dar a conocerla a los medios.

A menos que la cultura en el lugar de trabajo permita a los empleados expresarse sin temores, cada una de estas opciones puede ser percibida como generadora de repercusiones adversas, para el patrón o el empleado o el público en general (incluyendo a los accionistas, contribuyentes, pasajeros y consumidores).

Al enfrentarse a alternativas igualmente incómodas, la mayoría de los empleados tomará la que es la opción automática, “hacerse el o la de la vista gorda” ante prácticas erróneas, y mantenerse en silencio. Esta es la opción más segura, y la más practicada. Desafortunadamente, esto deja la puerta abierta para que un mayor número de prácticas incorrectas sean cometidas sin tomar nota de ellas. Se le puede negar a un empleado responsable la oportunidad de proteger sus intereses, mientras que un rival o directivo sin escrúpulos puede comenzar a asumir que “cualquier cosa vale”.

Por supuesto, estos resultados sólo se producen cuando las preocupaciones se encuentran bien fundadas. Pero incluso cuando una preocupación resulta estar equivocada o ha merecido una mala consideración, es mejor que el asunto sea tratado internamente, de manera que el patrón tenga la oportunidad de investigar y así despejar cualquier rumor o percepción de conducta impropia que de otra manera podría ser alimentada.

Cuando un empleado sienta que “algo debe hacerse”, es factible que éste dé a conocer el asunto tanto hacia afuera de la organización como al interior de ella, a menos que éste se sienta con la confianza de que el patrón tomará en cuenta el mensaje, en lugar de “dispararle al mensajero”. En algunas circunstancias, cuando no existen señales claras con respecto a la forma apropiada de llevar a cabo denuncias hacia el exterior, es tan probable que el empleado recurra a los medios como a cualquier otra instancia. Esta medida es tomada usualmente como último recurso, y no es ciertamente la alternativa preferida de empleados leales. Las divulgaciones en los medios tienden a ser hechas por personal retirado o vigente disgustado o que siente de manera genuina que no existe otro camino para asegurarse de que el asunto sea tomado en cuenta.

Las divulgaciones hechas en los medios provocarán de forma inevitable una respuesta defensiva por parte de la organización. Si quienes están a cargo desconocen el asunto, su respuesta instintiva será negarlo. Si se les hace saber que hay pruebas que sustentan la preocupación, estarán tentados a tomar una posición al respecto, que puede ser mejor descrita como “enfrentarse al mensajero en lugar de encarar el mensaje”. Estos escenarios reducen la confianza pública en la organización. Igualmente, las organizaciones que se niegan a enfrentar acusaciones anteponiendo una pared de silencio, hacen poco por tranquilizar al público.

Si bien los medios constituyen una salvaguarda fundamental para garantizar la rendición pública de cuentas, éstos no deben, salvo en circunstancias excepcionales, ser la primera puerta de llamada para empleados con preocupaciones.

Si es posible proporcionar formas seguras y aceptables que les permitan a los empleados expresar sus preocupaciones ante los patrones, es probable que las malas prácticas sean detenidas. Es también más probable que, donde se lleven a cabo malas prácticas, estas puedan ser detectadas y detenidas en una etapa inicial.

Las organizaciones que están genuinamente preocupadas acerca de prácticas incorrectas, tienden a asumir sus procedimientos internos de quejas o agravios propios, proporcionando un camino adecuado para que el asunto sea tratado. Sin embargo, es ampliamente reconocido que este planteamiento es equivocado, debido a que dichos canales están diseñados para ser usados en circunstancias en las cuales (a) la persona tiene un interés personal en los resultados del asunto en cuestión; (b) el procedimiento es adverso; (c) se espera que la persona dé prueba de su caso.

Para que estas medidas sean efectivas, es importante que los mecanismos que permiten que los empleados “den la alerta” o “toquen la campana”, expresen con claridad el propósito de fondo, que consiste en dar a la persona la capacidad de expresar una preocupación, de manera que aquellos con autoridad puedan investigarla. A menos que este principio fundamental de rendición de cuentas sustente el diseño del sistema, es poco razonable esperar que éste indique, no se diga genere, algún cambio en una cultura en la cual la gente se encuentra desmotivada para dar la alerta.

La Ley de Divulgación en favor del Interés Público del RU de 1998

La Ley de Divulgación en favor del Interés Público del RU tiene como objetivo promover la rendición de cuentas y una sólida gobernabilidad en las organizaciones, al garantizarles a los empleados que es seguro y aceptable expresar sus preocupaciones acerca de prácticas verdaderamente adversas. La Ley se basa en mejores prácticas de todo el mundo y proporciona protección amplia e inmediata en contra del cesamiento o victimización de aquellos trabajadores que expresen sus preocupaciones.

La Ley se aplica a preocupaciones genuinas con respecto a crímenes, faltas civiles (incluyendo negligencia, incumplimiento de contrato o de leyes administrativas), errores judiciales, riesgos en la salud, en la seguridad o en el medio ambiente y al encubrimiento de cualquier mala práctica en estas áreas. La Ley se aplica a lo largo de los sectores privado, público y voluntario, y cubre a los trabajadores, contratistas, aprendices, personal de organismos, trabajadores del hogar y a todos los profesionales incluidos en el Servicio de Salud Nacional (NHS por sus siglas en inglés), a los voluntarios, a los servicios de inteligencia, al ejército y a los policías¹⁶.

La protección más amplia consignada en la Ley se da cuando un trabajador expresa una preocupación dentro de la organización, o ante la persona legalmente responsable de la práctica incorrecta. En estos casos, una sospecha razonable y genuina es suficiente para otorgarle protección al trabajador. La base para este planteamiento es que aquellos a cargo de la organización están mejor ubicados para llevar a cabo las investigaciones y corregir cualquier incidencia de malas prácticas¹⁷.

La Ley también establece las circunstancias en las cuales una revelación externa a la organización puede ser protegida, a través de ciertos organismos regulatorios prescritos por el gobierno bajo esta Ley. Una revelación dirigida a dichos organismos se acoge en tanto que el trabajador ofrezca buenas pruebas para demostrar el sustento de su creencia en la verdad de la preocupación expresada.

En el caso de revelaciones más amplias, incluyendo revelaciones a la policía, a los medios o a algún Miembro del Parlamento, el trabajador debe satisfacer un número de pruebas para ser sujeto de protección:

- el trabajador debió haber expresado su preocupación ante el patrón o regulador prescrito (a menos que tenga un temor razonable de victimización); y

16. El Gobierno ha prometido que los policías recibirán protección equivalente a aquella disponible con la Ley.

17. Al aplicar este planteamiento al principio de rendición de cuentas parlamentario, la Ley proporciona de manera similar una sólida protección cuando las personas en organismos públicos expresan asuntos ante departamentos de gobierno con relación a la responsabilidad en sus operaciones.

- es probable que el asunto sea encubierto y no exista regulador prescrito; y
- el asunto sea excepcionalmente serio.

Delineada como se encuentra, tomará algún tiempo para que la Ley garantice que los trabajadores no se harán los de la vista gorda ante prácticas incorrectas en el lugar de trabajo, y que se sientan tranquilos de que ellos pueden presentar algún asunto ante su patrón. Los patrones que persistan en disparar al mensajero, tendrán que pagar un alto precio.

Diseñando un sistema efectivo para el tratamiento de quejas.¹⁸

Muchos de los problemas discutidos aquí pueden ser minimizados, si no evitados por completo, a través de una organización bien conducida y responsable, con procedimientos claros y bien divulgados en materia de tratamiento de quejas. Un buen sistema de tratamiento de quejas asegurará que la mayoría de las quejas sean resueltas con prontitud; que exista un procedimiento definido para enfrentar quejas no resueltas; y que las lecciones aprendidas a partir de la investigación de las quejas, sean utilizadas para mejorar los servicios de una organización. También representa que el consumidor sea escuchado, y que sus necesidades legítimas puedan ser definidas y atendidas, en los casos en que éstas hayan sido pasadas por alto.

¿Cómo se espera que las quejas sean tratadas? Cuando las personas presentan sus quejas, esperan seis cosas esenciales:

- ser escuchadas;
- ser entendidas;
- ser respetadas;
- una explicación;
- una disculpa; y
- una acción correctiva tan pronto como sea posible.

Para que esto se logre, los quejosos deben ser instruidos sobre sus derechos y responsabilidades. Los *derechos* de los quejosos incluyen un tratamiento justo y cortés; asesoramiento preciso y a tiempo; respeto por su privacidad; y ser informados sobre las razones de las decisiones tomadas. Por otro lado, las *responsabilidades* incluyen proporcionar información precisa y a tiempo; tratar al personal de la organización con cortesía; y adoptar una actitud razonable y cooperativa.

Con este trasfondo, un sistema de tratamiento efectivo de quejas debe proporcionar:

- medios ágiles, con los cuales los consumidores puedan presentar una queja a la organización;
- un procedimiento para la investigación de la queja;
- medios para mantener al agraviado informado acerca de los avances y resultados;
- una respuesta cuando las quejas sean comprobadas;
- medios para prevenir la recurrencia de los problemas identificados;

¹⁸. Adaptado del Programa de Tratamiento Interno de Quejas (INCH por sus siglas en inglés) del Ombudsman de Hong Kong, China (1996).

- retroalimentación para la toma de decisiones de directivos, en materia de asignación de recursos, definición de prioridades, planeación estratégica, prestación de servicios y garantías de calidad; y
- medios para que el personal presente sus preocupaciones, de manera que se permita la retroalimentación con los superiores o colegas.

Un buen sistema de tratamiento de quejas debe ser:

- fácilmente accesible y notorio tanto para los consumidores, como para el personal;
- sencillo de ser invocado y operado, con una clara definición de etapas y responsabilidades;
- eficiente, permitiendo acciones rápidas y una resolución dentro de tiempos límite pre-determinados;
- objetivo y libre de influencias indebidas o interferencias;
- confidencial, de manera que la privacidad del agraviado se encuentre protegida.

Un sistema de tratamiento de quejas efectivo debe ser claro con respecto a:

- la definición de una queja;
- quién puede presentar quejas: generalmente, las quejas anónimas pueden ser consideradas cuando se trata de un asunto relativamente serio y existe información suficiente dentro de la queja para llevar a cabo una investigación;
- las etapas del procedimiento: la experiencia sugiere que un planteamiento en etapas es el más efectivo; sin embargo, debe haber un mínimo de etapas;
- la forma de presentación de la queja; ya que la mayoría de las organizaciones poseen una línea telefónica para recibir solicitudes, éstas deben estar preparadas para que la mayor parte de las quejas sea recibida a través del teléfono;
- los límites de tiempo: deben determinarse límites para cada una de las etapas del procedimiento, incluyendo la comprobación de la recepción de la queja, la investigación y la respuesta final al quejoso;
- la respuesta—cuando se encuentra que una queja esta justificada, se debe proporcionar una respuesta. De hecho, un número sorprendente de personas estarían satisfechas con un reconocimiento del error cometido;
- el idioma: los términos deben ser sencillos y fácilmente entendibles y debe evitarse en la medida de lo posible la terminología técnica y profesional;
- otros canales: se les debe proporcionar a los agraviados información sobre lo que pueden hacer y a dónde pueden ir dentro de la organización, o sobre instancias externas, tales como el *Ombudsman*, si es que los quejosos no encuentran satisfacción con el resultado de su queja;
- cómo tratar con clientes difíciles: deben tomarse medidas para tratar con los clientes difíciles.

Los correctivos pueden tomar muchas formas y pueden:

- explicar por qué fue tomada la medida sobre la cual fue presentada una queja;
- ofrecer una disculpa sincera cuando se justifique;
- tratar de cumplir con una solicitud que resolvería el asunto, o tomar alguna medida particular, como proporcionar un servicio que no haya sido otorgado;

- proporcionar mayor información a los consumidores acerca de los servicios disponibles; o
- asignar un funcionario diferente para el seguimiento del caso presentado por el consumidor.

Al mismo tiempo, las quejas deben ser monitoreadas para responder a dos preguntas, en especial:

- ¿Dónde empezaron a salir mal las cosas?
 - ¿Fue previsto este tipo de problema o de queja?
 - ¿Existía algún sistema para enfrentar tales problemas?
 - ¿Se encontraba el sistema operando como debía hacerlo? Si no es así, ¿por qué falló el sistema?
- Cómo puede funcionar mejor la organización en el futuro?
 - ¿Es posible que el problema o la queja vuelvan a ocurrir?
 - ¿Qué posibilidad de repetición existe?
 - ¿Cómo se puede evitar la recurrencia?
 - ¿La solución será peor que el problema?
 - ¿Terminarían siendo contraproducentes los costos y las complicaciones derivados de prevenir un nuevo error?

¿Y si una organización no tiene éxito en resolver una queja?

- el tratamiento interno de una queja tiene sus inconvenientes. Los agraviados tienden a dudar de la independencia del sistema y de su imparcialidad, y el tratamiento de quejas se encuentra frecuentemente restringido por la política de la organización. Depende de la organización el actuar positivamente y de manera más abierta para disipar dichas dudas;
- no siempre será posible satisfacer a los quejosos o aceptar todos los términos que éstos soliciten para llegar a un acuerdo. El sentido común dicta lo que es razonable o asequible, tomando en cuenta los límites de la política y los recursos de una organización;
- al agraviado debe hacerse saber en términos claros qué es lo que la organización puede y no puede hacer; y
- al agraviado debe dársele asesoramiento sobre mecanismos establecidos de apelación, tanto administrativos como estatutarios, incluyendo la revisión independiente del caso por parte del *Ombudsman*.

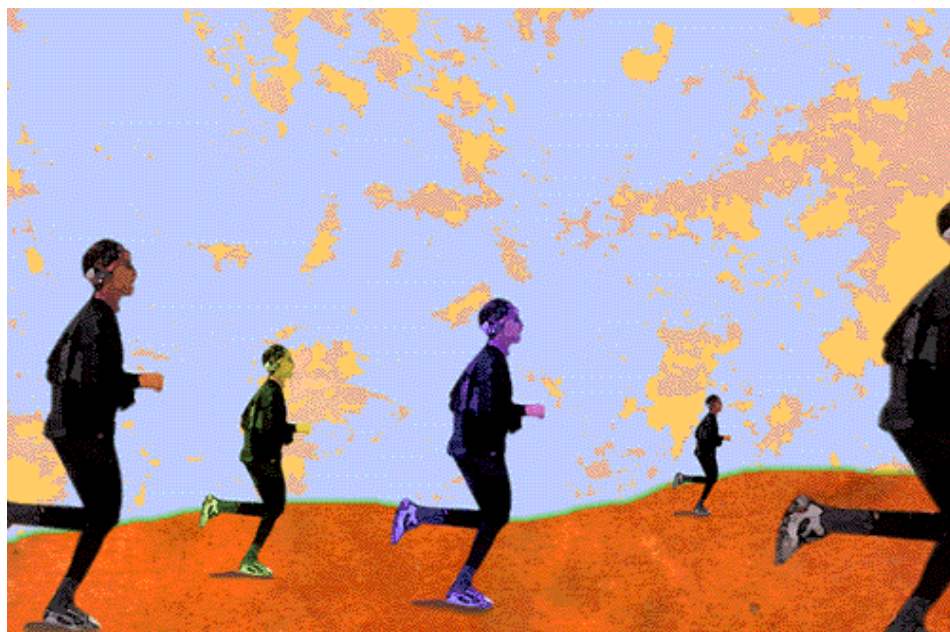
Indicadores de la efectividad de la “voz” pública como herramienta de integridad

- ¿Efectúan los organismos de gobierno campañas periódicas para informar a los ciudadanos sobre sus derechos?
- ¿Tienen los ciudadanos acceso expedito a fuentes de asesoramiento sobre sus derechos?
- ¿Poseen los organismos de gobierno canales para la presentación de quejas? ¿Son éstos utilizados? ¿Generan resultados?



- ¿Se encuentran informados los ciudadanos sobre los resultados de sus quejas?
- ¿Existe protección para quienes “denuncian”? ¿Se sienten los servidores públicos o los empleados del sector privado capaces de presentar quejas cuando sus superiores han procedido de manera corrupta?
- ¿Llevan a cabo los organismos gubernamentales encuestas para medir la percepción del público con respecto a los servicios que le son ofrecidos?
- En países que poseen un acceso razonable a Internet, ¿constituye una práctica de los departamentos de gobierno tener sitios en la red con la información requerida por los ciudadanos? ¿Cumple esto con las necesidades de los ciudadanos?
- ¿Son publicadas las “Cartas Ciudadanas” (o mecanismos similares) para establecer las obligaciones de los proveedores de servicios y los derechos de los usuarios?

Política de Competencia y Prevención de la Corrupción





Índice

Política de Competencia y Prevención de la Corrupción

¿Qué es la “política de competencia”?	378
Los objetivos de la política de competencia	378
La política de competencia y el papel del Estado	380
Política de competencia y países en desarrollo	381
Reguladores independientes y Autoridades de Competencia	382
Instituciones financieras, regulación y corrupción	383
Globalización y propiedad intelectual	384
Política de competencia y globalización	386
Algunos indicadores sobre la efectividad de la política de competencia de un país	387

Política de Competencia y Prevención de la Corrupción

Competencia:... 6. Ecología. La lucha entre individuos de la misma o de diferente especie por comida, espacio, luz, etc., cuando éstos no son suficientes para satisfacer las necesidades de todos.
Diccionario de Inglés Collins (Millennium Edition), 1999

Evidentemente, la lucha contra la corrupción no existe solamente dentro del sector público o únicamente ahí donde el sector público y el privado llevan a cabo negocios bajo la forma de licitaciones públicas. También se lleva a cabo dentro de las organizaciones del sector privado y en áreas sometidas a la “política de competencia” de un país.

Intentar analizar de manera amplia el concepto de “política de competencia” está más allá del alcance de este libro. En lugar de ello, este capítulo versa sobre algunos de los aspectos en los cuales la política de competencia se refiere a asuntos que muchos consideran “corruptos”, incluyendo el ejercicio abusivo del poder económico.

Debido a que la competencia es esencialmente indiscriminada, en tanto que no favorece a un interés sobre otro, hay pocos ámbitos políticos en donde exista un interés en promover y construir una cultura de la competencia justa. Esto convierte a los grupos de consumidores en actores importantes en el movimiento en contra de la corrupción, con la multiplicación de alianzas estratégicas entre ellos y Transparencia Internacional.¹

En esencia, la política de competencia le ofrece a la sociedad civil oportunidades para movilizarse e intervenir en la defensa de los derechos del consumidor. Los grupos de consumidores pueden:

- monitorear informalmente el cumplimiento de estándares establecidos;
- monitorear la veracidad de la publicidad;
- examinar la seguridad de los productos;
- involucrarse con el sector privado, empleando los requisitos legales como referencia mínima;
- presentar propuestas a los reguladores; y
- cuando el diálogo con los intereses del sector privado fallan, pueden presentar casos ante la corte.²

1. En particular con la organización Consumidores Internacionales: <http://www.consumersinternational.org>. Consumidores Internacionales es una federación integrada por más de 260 organizaciones de consumidores en 112 países. Su presidente actual es Pamela Chan Won Shui, del Consejo del Consumidor de Hong Kong (HKCC por sus siglas en inglés). Las oficinas centrales están ubicadas en Londres, junto con el Programa para las Economías Desarrolladas y el Programa para las Economías en Transición. Existen también tres oficinas regionales: en Santiago, Chile; Kuala Lumpur, Malasia; y Harare, Zimbabwe.

2. Por ejemplo, una asociación local en Kenia ha estado presentando casos ante la corte para determinar si la política de competencia les permite a las empresas corruptas propiedad del gobierno, aumentar las tarifas al público cuando éstas reflejen, en buena medida, los costos de la corrupción y cuando las empresas hagan poco por combatirla.

Al mismo tiempo, la sociedad civil y, en particular, los grupos de consumidores pueden generar la voluntad política necesaria para seguir un proceso que estimule el entendimiento sobre la forma en que una política de competencia adecuadamente concebida, funciona en el interés de todos.

¿Qué es la “política de competencia”?

La “política de competencia” es una herramienta esencial para proteger y promover la actividad económica y para asegurar y garantizar la integridad en las actividades del sector privado. Ésta determina el lugar del Estado dentro de la vida económica de la nación, definiendo las actividades en las que el Estado estará involucrado y cuáles le serán dejadas exclusivamente al sector privado. También regula apropiadamente las formas en que el sector privado funcionará, de manera que éste sirva al mejor interés general.

La política de competencia busca ofrecer bienes y servicios a los ciudadanos de un país a los precios sostenibles más económicos, busca impulsar la innovación y el desarrollo, incrementar la productividad y entrar al comercio y la competencia en los mercados internacionales. Un propósito fundamental consiste en minimizar las posibilidades de manipular mercados, al prohibir la formación de carteles. También pretende reducir las barreras para que las empresas pequeñas y medianas inicien sus negocios y tengan oportunidades de expansión. Sin embargo, los objetivos de la política de competencia no se encuentran limitados a lo económico. Sus propósitos incluyen objetivos sociales, incluyendo la equidad, el bienestar de los consumidores y el mejoramiento de la calidad de vida de todos (y en particular de los más vulnerables, los pobres).

Algunos pueden ser disculpados por pensar que las leyes y política de competencia están diseñadas solamente para los ricos y las sociedades urbanas, o que la ley de competencia está diseñada para imponer formas de capitalismo a expensas de los pobres y débiles. De hecho su función es exactamente la contraria.

La ley de competencia construye y mantiene la confianza pública en las instituciones, y así, al final de cuentas, puede ayudar a sostener la estabilidad de las democracias. Es la clave para un mercado económico efectivo. Si, como muchos creen, la ruta hacia el desarrollo para las naciones más pobres del mundo descansa en la actividad del sector privado, en lugar de radicar en las iniciativas comerciales del gobierno del pasado, ampliamente fracasadas, una sólida política de competencia puede proporcionar la plataforma para el desarrollo de un país. Cuando las instituciones diseñadas para promover la política de competencia son débiles, puede florecer la corrupción, razón por la cual quienes habrán de combatir la corrupción, deberían ver el papel que juegan respecto a este trasfondo más amplio.³

Una “política de competencia” totalmente bien pensada nos puede ofrecer de muchas maneras el contenido de la visión de lo que un país quiere ser.

Los objetivos de la política de competencia

Un objetivo central de la ley de competencia es crear una economía abierta y bien regulada para el beneficio de toda la gente en un país dado, a través de:

- regular los excesos del mercado y prácticas comerciales restrictivas (erradicación de la fijación de precios, fijación predatoria de precios con el propósito de eliminar a competidores, publicidad fraudulenta, formación de carteles, etc.);

3. Esto no implica, por supuesto, que todos aquellos que tienen problemas con organismos regulatorios sean necesariamente corruptos, y tampoco implica que ellos pretendan abusar del poder económico que tienen. Los mecanismos funcionan como protección general en contra, tanto de abusos potenciales como de los que suceden de hecho.



- proporcionar reglamentación eficiente y efectiva en materia de banca y valores financieros;
- reducir la influencia de fusiones empresariales y el desarrollo de un “dominio de mercado” contrario al interés público;⁴
- reducir la influencia de las ganancias de los monopolios en áreas tales como la infraestructura, el transporte y las comunicaciones;
- proporcionar un esquema para la protección de la propiedad intelectual (patentes, marcas comerciales y derechos de autor); y
- proporcionar protección (a través de la regulación de las actividades de instituciones financieras y los fondos de pensión).

Leyes efectivas sobre la contratación pública (discutidas antes aquí) constituyen tan sólo un ejemplo, si bien de gran importancia, de políticas de competencia puestas en práctica.

Una política de competencia sólida puede ayudar al desarrollo de un país, al hacerlo más atractivo para los inversionistas, lo que usualmente sucede al aumentar la confianza de éstos. Sin embargo, la política de competencia y la ley de competencia no serán efectivas, a menos que sean desarrolladas dentro del contexto más amplio de la estructura regulatoria y legal relacionada con el ambiente de negocios. Temas como la gobernabilidad corporativa, el cumplimiento de contratos, el sistema judicial y los mecanismos para la resolución de disputas también son importantes.

La reforma de la política y las leyes de competencia deben ir a la par del fortalecimiento de la gobernabilidad corporativa y del desarrollo de códigos de conducta apropiados.

Algunas de las malas prácticas más comunes que la política de competencia pretende impedir incluyen:

- *La venta amarrada:* Obligar a un comprador a adquirir mayores cantidades de bienes y servicios de los que éste necesita, o a comprar todas las variedades de productos de una categoría en particular u otros productos que no son requeridos o deseados.
- *La venta en pirámide:* Franquicias para la venta de productos que son otorgadas sobre la base de que los franquiciantes generen una nueva cadena debajo de ellos y así hasta el infinito. Eventualmente la burbuja revienta, aquellos en la punta de la pirámide desaparecen con las ganancias y aquellos en la base de la pirámide, que pensaron que tenían una oportunidad para hacer negocios, se encuentran abandonados sin nada. Este es un fenómeno que en varios casos ha dejado pérdidas para Albania.
- *La fijación del precio de reventa:* El proveedor dicta el precio que el vendedor puede cobrar y condiciona la entrega a dicho precio, el cual no puede ser menor.
- *El trato exclusivo:* Creación de monopolios locales, acordando la división de mercados en regiones, sean estas geográficas o por categoría de bienes.
- *La negativa para negociar:* Obligar a un comprador a actuar según instrucciones del proveedor bajo la amenaza de retirar los productos y servicios (esto ocurre usualmente cuando existen opciones limitadas de proveedores alternativos).
- *La fijación de precios diferenciada:* Un vendedor cobra diferentes precios a diferentes compradores sobre bases distintas a las de calidad y cantidad solicitadas.

4. En la discusión sobre los medios, se enfatizaron los peligros de que los medios de propiedad privada de un país queden en pocas manos. La política de competencia es la herramienta usada para prevenir fusiones indebidas de diarios y medios electrónicos.



- *La fijación predatoria de precios:* El cobro de precios artificialmente bajos para hacer que un competidor salga del mercado.
- *Los carteles:* Grupos de empresas que actúan en conjunto para obtener una posición dominante de mercado, a partir de la cual puedan controlar los precios, artificialmente altos.⁵

La política de competencia y el papel del Estado

En el pasado reciente hubo casos en que los economistas atacaron la noción del papel económico del Estado, afirmando que los gobiernos deberían retirarse por completo del mercado, privatizando sobre la marcha, abandonando el viejo control y la dirección de la economía que venían practicando, y dejando al sector privado más o menos como el único a cargo.

La mayoría rechaza ahora los elementos más extremos de esta visión minimalista. El Estado es visto más bien como poseedor de un papel crucial en asegurar que los actores principales de la economía se apeguen a reglas apropiadas y bien definidas. Esto, a su vez, demuestra la necesidad absoluta de un Estado fuerte, bien equipado para proteger el interés público y para regular aquellas áreas del sector privado susceptibles de corrupción y de otras formas de abuso.

Obviamente carece de sentido sugerir que actividades estratégicas críticas como la banca, la administración de fondos de pensión, y los seguros, sean dejadas a su libre operación por completo. Efectivamente, la ausencia de una regulación bancaria efectiva fue uno de los principales factores detrás de colapso del “Milagro Asiático”. En un mundo ideal, la auto-rregulación podría ser efectiva: en el mundo real ésta tiende a fallar.⁶

Uno podría aceptar que la intervención del gobierno en la economía debería, en la medida de lo posible, estar restringida al establecimiento de leyes básicas para una competencia justa, a generar un ambiente que conduzca a la producción eficiente y la oferta de bienes y servicios, y a regular los excesos del mercado. Al mismo tiempo, el Estado debe ser fuerte y estar apropiadamente equipado para desempeñar cada una de estas funciones. Esto puede llevar algún tiempo para ser alcanzado. En donde el Estado se ha involucrado profundamente en la economía a través de empresas paraestatales, el gobierno mismo puede haberse convertido en un monopolio, y puede así mismo tomar algún tiempo para que un mercado competitivo asuma la responsabilidad de todas las actividades comerciales del gobierno.

Con frecuencia, las distorsiones de un mercado doméstico también pueden ser el resultado de intervenciones del gobierno, tales como el proteccionismo de industrias locales ineficientes que producen bienes por debajo de los estándares o sobre-preciaados. Tales intervenciones también pueden ir en contra de los intereses de los pobres en particular, al negarles el acceso a bienes más baratos y de mejor calidad, y necesitan ser abordadas en el contexto de la política de competencia.

5. Adaptado de Phillip Evans y Pradeep S. Mehta, Competition Policy in a Globalising and Liberalising World Economy, (Consumer Unity and Trust Society, Calcuta, India, Briefing Paper No. 4, mayo de 1996).

6. Por ejemplo: “Mientras hoy los actores en la economía de Internet formaban nuevas alianzas y demostraban su compromiso con la autorregulación como un esquema efectivo para proteger la privacidad del consumidor, un nuevo informe sugiere que tales medidas no son efectivas. El estudio, “Surfer Beware II: Notice is not Enough”, del Centro de Información de la Privacidad Electrónica (EPIC por sus siglas en inglés), muestra que el intento de la Asociación de Publicidad Directa para hacer que los miembros se apeguen a directrices de privacidad, ha fallado hasta ahora. De acuerdo con la investigación del EPIC, sólo una reducida cantidad de los nuevos miembros de la asociación son observantes de las prácticas de privacidad del grupo. “La Asociación de Publicidad Directa, luego de hacer el lanzamiento sobre autorregulación y privacidad, parece no estar teniendo muy buenos resultados en hacer que los nuevos miembros lo sigan”, Study: Self-Policing Fails, de Chris Oakes, escrito en Wired News, junio 22 1998. En el Reino Unido, la autorregulación en la profesión médica ha sido cuestionada, luego de grandes escándalos que involucran a doctores a

Política de competencia y países en desarrollo

Como fue señalado, la política de competencia no es sólo para los países desarrollados. A nivel nacional, las políticas y leyes de competencia se encuentran en países ubicados en cualquier etapa de desarrollo. La historia sugiere que la política de competencia es, de hecho, un medio para acelerar el desarrollo, al abrir las esposas representadas por prácticas no competitivas y en contra del consumidor.

La legislación de Canadá, de los Estados Unidos y del Reino Unido, por ejemplo, se remonta a finales del siglo XIX, cuando los tres países poseían muchos de los poco atractivos rasgos de los países en desarrollo del día de hoy. Había pequeñas sectas de intereses privados poderosos (oligarcas) que no dudaban en manipular los mercados a expensas del interés público. De la misma manera, los sobornos abundaban en el sector privado. Las respuestas a los retos que tales situaciones presentaban pueden ser vistas ahora como indicadores del entonces emergente reconocimiento sobre la necesidad de tener una política de competencia.

Esto no significa que los encargados de las políticas en aquellos países tuvieran un concepto muy claro de lo que intentaban lograr, o hacia dónde conducirían sus reformas en última instancia. Las medidas instrumentadas fueron graduales e irregulares, no comprensivas. En los EE.UU., por ejemplo, la ley fue desarrollada progresivamente y en respuesta a diferentes problemas. Primero, la Ley Sherman de 1890 consignaba como delito la restricción comercial, pero no reconocía el papel del Estado en la regulación activa de lo que estaba sucediendo (Canadá lo había hecho un año antes, en 1889). Luego vino la Ley Clayton de 1914, que es aún el control principal para las fusiones empresariales no competitivas en los EE.UU. Al mismo tiempo, la Ley de la Comisión Federal de Comercio creó la Comisión Federal de Comercio e introdujo el elemento de la regulación activa. Estos países y otras economías desarrolladas, se encuentran modernizando sus esquemas legales permanentemente, como el RU, que lo acabó de hacer en 1998 con su Ley de Competencia.⁷

De la misma manera sucede en otros lugares hoy en día. Países como Tailandia y Sudáfrica se encuentran aprobando leyes de competencia que abordan conductas dominantes de mercado injustas e injustificables; fusiones que puedan conducir a monopolios o competencia injusta; monopolios y la disminución de la competencia como resultado de fusiones; y prácticas comerciales injustas y restrictivas.⁸

La política de competencia combate los carteles y a aquellos que podrían manipular sus posiciones, ya sea siendo los únicos proveedores de productos esenciales o uniéndose con otros para conspirar en contra de la competencia y del interés público. A lo largo de los años muchos países han sido víctimas de los carteles: dentro de los sectores más conocidos se encuentran las áreas de las vitaminas, el cemento y la ingeniería eléctrica pesada. En el campo del equipo eléctrico pesado, la colusión infló artificialmente por décadas los costos de la infraestructura en todo el mundo. Los fabricantes cerraron sus carteles en aquellos países en los que fueron perseguidos, pero en otros lugares, princi-

El reto de la reforma chaebol en Corea

El 28 de julio del 2000 fue un día importante en la historia del *chaebol*, enorme conglomerado de negocios de Corea. Los más importantes encargados del diseño de políticas de la nación, acordaron una serie de puntos que marcaron el inicio de la segunda fase de la reforma *chaebol*. Acordaron fortalecer los poderes de supervisión de la Comisión Supervisora Financiera [Financial Supervisory Commission] y de la Comisión de Comercio Justo [Fair Trade Commission]. El poder de la CCJ [FTC por sus siglas en inglés] para investigar las transacciones financieras de las empresas, que estaba por expirar en febrero del 2001, fue ampliado por un año más, y la CSF [FSC por sus siglas en inglés] tiene desde entonces la facultad de investigar las transacciones financieras de empresas involucradas en programas de trabajo. Al día de hoy, las actividades de la CSF han cubierto solamente el sector bancario. Se le otorgaron poderes regulatorios mayores al gobierno para evaluar la responsabilidad en el fracaso financiero y castigar tratos financieros ilegales. También se anunciaron otras medidas que se tomarían para mejorar los procedimientos de quiebra y para fortalecer los derechos de los accionistas minoritarios.

La segunda fase de la reforma *chaebol*, tal como la llama el gobierno, ha empezado con la ampliación de los poderes regulatorios del gobierno sobre los negocios. Las luchas de poder y los problemas financieros del Grupo Hyundai son recordatorios puntuales de problemas enraizados en la cultura corporativa.

Incluso los *chaebol* más grandes son esencialmente negocios familiares que carecen de una dirección profesional en sus niveles más altos. Una estricta supervisión regulatoria sobre dichas empresas, constituye el camino más sencillo para obligar a la rendición de cuentas y castigar prácticas corruptas en los negocios.

Para que la intervención gubernamental funcione, sin embargo, la gente debe creer que el gobierno es justo. Si el gobierno es imprudente y corrupto, la gente pierde confianza en él y la intervención sólo acentúa las inseguridades del mercado. La preocupación fundamental se vuelve entonces la protección de la propiedad existente, en lugar de ser la adaptación a los cambios del mercado, como debería ser. Los capitalistas usan en ocasiones su riqueza para comprar protección del gobierno, lo cual magnifica el problema de la corrupción.

El problema de la reforma *chaebol* es obvio: los mercados en Corea son muy débiles para influir en el comportamiento de los *chaebol*. Mientras más interviene el gobierno en el sector privado, más débiles se vuelven los mercados. Mientras menos interviene el gobierno, los mercados se vuelven más débiles en la medida en que los

Continúa...

quienes se les permitió practicar mucho tiempo después de haberse demostrado su falta de competencia, y a otros que habían proporcionado referencias falsas.

7. S. Chakravarthy (2000), *Competition Regimes Around the World: Monographs on Investment and Competition policy*, #3 (CUTS Centro para el Comercio, la Economía y el Medio Ambiente Internacional, Jaipur, India).

palmente en el mundo en desarrollo, los carteles continuaron, al no existir organismos reguladores o al carecer éstos del poder suficiente para intervenir.⁹ Sin duda, la sospecha en torno a los carteles alimenta buena parte de la hostilidad contemporánea que existe en el debate actual sobre la globalización.

De manera retrospectiva también, podemos apreciar que una de las causas originales del caos en el proceso de transición en Rusia, provino del fracaso en reconocer desde el principio la necesidad de una política de competencia que pudo haber funcionado como freno al libertinaje del “quien gana, toma todo”, que de hecho tuvo lugar en aquel país. La necesidad de que Rusia tuviera un esquema regulatorio sólido dentro del cual la competencia pudiera llevarse a cabo, es una cruda realidad el día de hoy.¹⁰

Reguladores independientes y Autoridades de Competencia

La ley y la política de competencia no operan simplemente prohibiendo ciertos tipos de comportamiento. Hacen mucho más que eso. Establecen mecanismos que supervisan y regulan el conjunto de actividades de las cuales son responsables. En algunas instancias, se establece una Autoridad de Competencia para supervisar y hacer valer el cúmulo de leyes y políticas en favor de la competencia; en otras instancias, se nombran reguladores específicos para regular áreas de actividad definidas (por ejemplo, las telecomunicaciones, la electricidad, el agua).¹¹

Los reguladores deben ser independientes del gobierno; de otra forma pueden convertirse en simples centros potenciales de corrupción, amiguismo y malos manejos. Los reguladores deben comprender y trabajar de la mano de las políticas de competencia existentes. Los reguladores mismos deben rendir cuentas y dar a conocer las razones que motivan sus decisiones. La legalidad de sus decisiones debe estar sujeta a revisión en las cortes.¹²

Los reguladores tienen un papel fundamental en la promoción de la transparencia y de niveles más altos de entendimiento público sobre el funcionamiento de la economía del país.¹³

Por ejemplo, la Comisión de Competencia y del Consumidor de Australia ha podido darle publicidad y explicar la fijación de precios, ha realizado estudios sobre las telecomunicaciones, demostrándole al público los ahorros significativos que éste ha disfrutado como consecuencia de la competencia, y ha tratado de introducir la creencia de que la competencia conduce a la baja de las tarifas de los servicios.¹⁴ La Comisión trabaja estrechamente con la sociedad civil, incluso al punto de poner a disposición de los grupos de consumidores sus instalaciones de video conferencias a lo largo del país, un gesto invaluable, dado el hecho de que los grupos están extendidos en grandes distancias.

...Continuación

chaebol reafirman su dominio.

El péndulo oscila, tal como ha sucedido desde que el auge económico dió inicio en los años 60, entre períodos de intervención gubernamental y períodos de consolidación de los *chaebol*, dejando poco espacio para el desarrollo de mercados fuertes. Las oscilaciones reflejan de manera fiel el ciclo de reforma y corrupción que ha caracterizado a las administraciones precedentes. Las medidas de endurecimiento del gobierno son tranquilizadoras, ya que indican que el gobierno está intentando romper el ciclo de reforma y corrupción...

Korea Herald, 2 de agosto del 2000.

El escritor es profesor asociado en la Universidad Kagoshima en Japón.

Su correo electrónico es heungbob@hanmail.net.

8. *Ley de Competencia de Tailandia, 1999. Ley de Competencia de Sudáfrica, 1998.*

9. *Contribución sin atribución a las discusiones en la Mesa Redonda del Foro sobre Política y Ley de Competencia: Su Papel en el Desarrollo en favor de los Pobres, Londres, 24 de julio del 2000, organizado por el Departamento para el Desarrollo Internacional (RU).*

10. *Esto no sugiere que los errores fueron cometidos sólo por la administración de Rusia. Fue motivado por un grupo de economistas de los EU, todos ellos entusiastas del “libre mercado”, quienes impulsaron un movimiento súbito y descuidado hacia el caos. En contraste, el proceso paulatino adoptado en China parece estar diseñado para evitar estos problemas.*

11. *Muchos países tienen reguladores de competencia, llamados de distintas maneras. Una lista actualizada de éstos puede consultarse en: <http://www.usdoj.gov/atr/contact/otheratr.htm>.*

12. *La decisión tomada por los reguladores en el Reino Unido de excluir a Camelot, el actual poseedor de la licencia necesaria para manejar la lotería nacional, de continuar con las negociaciones para la ampliación de la licencia una vez que ésta expire, se encuentra actualmente bajo revisión en las cortes del RU. El proceso se describe en el capítulo de la Ley Administrativa.*

13. *Por razones de espacio no es posible discutir exhaustivamente el papel de los reguladores en diferentes países y economías. El asunto aquí es llamar la atención sobre su importancia como actores fundamentales dentro del sistema nacional de integridad.*

En Tailandia se ha establecido una Comisión de Competencia, que incluye a políticos, servidores públicos y representantes del sector privado, y se han desarrollado directrices al respecto. La ley existente no constituye un intento por imponer remedios de “arreglo rápido”, sino hacerla válida en casos de monopolios omnipotentes y propiedades mayoritarias que contribuyen a alimentar una gobernabilidad corporativa pobre, al abuso sobre socios minoritarios y a la manipulación. A falta de experiencia y de cara a una ausencia de competencia en el mercado, la cual es monopólica u oligopólica en su estructura, la tarea de la Comisión es tan arriesgada como necesaria. Además de esto, los negocios monopólicos se encuentran en manos del Estado, pero están en proceso de privatización.¹⁵

Una dificultad primaria para muchos países en desarrollo es, sencillamente, la carencia de personas con experiencia para fungir como reguladores independientes y la ausencia de instituciones sólidas en donde puedan servir. Los asuntos que enfrentan los reguladores son con frecuencia altamente técnicos y requieren de una experiencia considerable y un juicio atinado. No obstante, cuando se está en búsqueda del surgimiento de este grupo de profesionales, los países en desarrollo tienen poco tiempo que perder. El mejor punto de partida puede ser que los nuevos organismos de competencia den prioridad al impulso de un mayor entendimiento sobre qué significa exactamente “competencia”, cuáles son sus beneficios y quiénes son sus beneficiarios.

Instituciones financieras, regulación y corrupción

Muchos países en desarrollo han sufrido seriamente por la carencia de una política de competencia en el área de la regulación bancaria. Gran parte de la culpa por la corrupción, que ha degradado las economías de varios países en desarrollo, recae claramente en el sistema bancario. Los bancos han sido inadecuadamente supervisados, de manera que los políticos han podido contratar créditos por razones políticas y no económicas. Las instituciones han sido llevadas al punto de la insolvencia, empobreciendo en ocasiones a pequeños ahorradores.

Eufemísticamente descritas en la actualidad como “créditos vencidos”, enormes cantidades de dinero han sido retiradas de los bancos por quienes están políticamente bien conectados en países en desarrollo de Asia y Africa, aparentemente sin la mínima intención de pagar a los bancos el crédito obtenido.

Algunos países también han sufrido las depredaciones de los “esquemas de pirámide”, a través de los cuales han sido perpetrados fraudes masivos por medio de operaciones financieras que han involucrado la aceptación de depósitos del público con tasas de interés artificialmente altas. El interés se paga durante cierto tiempo, pero éste surge de depósitos frescos recibidos dentro de la cadena. En la medida en la cual estos esquemas ganaron innecesaria reputación por su buen desempeño, nuevos depósitos fueron recibidos y al poco tiempo no era posible encontrar por ninguna parte a los promotores. En Albania y Rumania tales esquemas crearon grandes protestas públicas.

Cómo protegen los reguladores a los pobres

Las formas a través de las cuales una estructura regulatoria puede beneficiar a los consumidores pobres incluyen:

- Hacer que las empresas presten los servicios básicos, de manera que incluso cuando existan pérdidas, éstas tengan que ofrecer sus servicios a los pobres y en áreas alejadas, a los costos más bajos, o si no, dar apoyo presupuestal a una empresa prestadora de servicios públicos para que subsidie la prestación de estos servicios a los pobres;
- Supervisar la oferta consistente de servicios, fijando parámetros de calidad y cantidad;
- Proporcionar una ventana para la participación pública en la formulación de políticas y la fijación de tarifas;
- Reducir la corrupción y la arbitrariedad dentro del sistema;
- Proveer de un sistema de quejas de fácil acceso para la solución de quejas de los pobres (por ejemplo, proporcionar cortes locales del consumidor en donde los abogados no sean necesarios); e
- Incrementar la eficiencia en general, aumentando así las ganancias en el bienestar.

Adaptado de Pradeep S. Mehta y Ujjwal Kumar, *Política de Competencia y los Pobres*, (CUTS Centro para el Comercio, la Economía y el Medio Ambiente Internacional, Jaipur, India, Viewpoint, Julio del 2000).

14. Esta percepción ha sido difícil de cambiar, particularmente en las áreas rurales.

Globalización y propiedad intelectual

La lucha por lograr un “equilibrio” justo y justificable entre las demandas encontradas de aquellos que han desarrollado propiedad intelectual y aquellos que necesitan beneficiarse de ella, parece que será un rasgo dominante del debate en torno a la globalización.

En el campo de la propiedad intelectual, una feroz batalla tiene lugar: qué grado de protección debe otorgar un país a los “dueños” de la propiedad intelectual, y qué límites (si deben existir) deben ponerse sobre los derechos de los “dueños” para explotar sus posiciones.¹⁶

El debate se ha vuelto particularmente agudo a medida que las compañías tratan de extraer lo que para muchos es visto como grandes ganancias injustificables resultado de inversiones en el desarrollo de nuevos medicamentos, tales como medicinas para el tratamiento del SIDA, y particularmente cuando aquellos lo hacen a expensas de los enfermos del mundo en desarrollo.¹⁷

Incluso las disposiciones de marcas comerciales han sido usadas para desvirtuar programas nacionales de salud pública; por ejemplo, los programas para desmotivar el consumo de tabaco en Canadá y la legislación de Guatemala encaminada a vigilar la agresiva publicidad de los sustitutos de leche materna.¹⁸ ¿Es posible, acaso, que los encargados de elaborar la versión preliminar de las convenciones internacionales que tratan sobre patentes, marcas comerciales y derechos de autor, hayan podido vislumbrar que su trabajo sería incorrectamente usado de esa manera?

Los grupos de consumidores también se oponen a los intentos encaminados a “fijar” precios de un lado a otro de las fronteras. Los “propietarios” de marcas comerciales o patentes demandan el derecho de cobrar más por el mismo bien en un país de lo que cobran por el mismo bien en otros países. Esto es visto como una manipulación injustificable en contra de los intereses de los consumidores en aquellos mercados donde se demandan precios más altos. De tal manera, la lucha también se da en torno a las llamadas “importaciones grises” o “importaciones paralelas”. Los importadores evaden a proveedores franquiciados locales de bienes conocidos y

15. Ver, Development of Competition Policy and Law in Thailand, documento presentado ante la Mesa Redonda del Foro sobre Política y Ley de Competencia: Su Papel en el Desarrollo en favor de los Pobres (sin autor), Londres, 24 de julio del 2000, organizado por el Departamento para el Desarrollo Internacional (RU).

16. Existe una gran cantidad de convenciones internacionales sobre el tema de la propiedad intelectual. La “Convención de París” data de 1883 (la Convención Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial), la cual cubre patentes, diseños industriales, marcas comerciales y competencia desleal. La “Convención Berne” (la Convención para la Protección de Obras Literarias y Artísticas), que versa sobre los derechos de autor y las regalías, data de 1971.

17. Un ejemplo reciente es la discusión hecha pública entre el Presidente Mbeki de Sudáfrica, las autoridades de EE.UU y los proveedores de medicamentos para tratar pacientes con SIDA. Es simplista argumentar que un país debe agotar por completo su presupuesto para la salud en medicamentos caros para un número comparativamente reducido de su población. Efectivamente, muchos argumentan que en lugar de comprar los medicamentos, sería mejor concentrar tales recursos en proporcionar agua limpia y mejorar la educación como medio para incrementar la longevidad. La percepción de fracaso gubernamental en proporcionar tales medicamentos, sin embargo, dejaría al gobierno abierto al chantaje emocional de la industria farmacéutica y de sus opositores políticos.

18. A un comité parlamentario canadiense se le advirtió que el gobierno enfrentaría sanciones comerciales y grandes multas, si continuaba con una iniciativa para dejar de fumar que hubiera resultado en la venta de cigarrillos empaquetados sin la marca comercial distintiva de la compañía. En Guatemala fue instrumentado por ley el Código Internacional de Publicidad de Sustitutos de Leche Materna en 1983. Este Código proscribió la agresiva publicidad de los altamente criticados sustitutos de leche materna, al prohibir el uso de imágenes de bebés en alimentos para el consumo de bebés de menos de dos años. Una compañía de propiedad suiza amenazó con imponer sanciones comerciales a través del gobierno de los EE.UU, si se le negaba el uso de su marca comercial distintiva: un bebé occidental, gordo, regordete y de ojos azules. De manera menos controvertida, sanciones comerciales de EU fueron establecidas para forzar a China a promulgar leyes más duras en materia de propiedad intelectual y a cerrar fábricas productoras de películas y discos compactos piratas. Más de dos millones de cintas y discos compactos fueron destruidos, y 30.000 discos de computador piratas fueron confiscados. Ver otros casos citados en James Packard Love (Centro para el Estudio de la Ley Receptiva)

los importan directamente de los proveedores de otros países, en donde los precios son más bajos.¹⁹ Los defensores de los fabricantes niegan que esto sea una manipulación del mercado y, por tanto, una práctica corrupta, argumentando que la comercialización “ordenada” a través de salidas de venta designadas, asegura la calidad, el servicio después de la venta y el desarrollo del producto de acuerdo a las necesidades específicas de un país.

Por años, muchos países en desarrollo han sido “evasores de pagos”, y han negado la protección a los dueños de la propiedad intelectual, ya sea de manera generalizada o por categoría. En Taiwán, Singapur, Hong Kong y Corea, leyes de patente débiles han sido parte de su planeación económica. Los gobiernos de la India, Tailandia y Brasil han sido altamente selectivos.²⁰ Algunos países, particularmente en Latinoamérica, han impuesto sistemas de “certificación obligatoria”, garantizando la protección, pero concediendo el derecho a fabricantes locales a obtener licencias a tasas máximas fijas en el pago de derechos.

En tiempos recientes, los “derechos de propiedad intelectual” se han convertido en un tema candente, especialmente para aquellos países que tienen un comercio importante con los Estados Unidos. A pesar de que durante varias generaciones, los EE.UU se encontraron entre los países “piratas” de la propiedad intelectual a nivel mundial (no firmó la Convención Berne para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1971, sino hasta 1989)²¹, éstos han reconocido el poder global que puede conferir el ser dueño de propiedad intelectual, y por ello sucesivas administraciones han trabajado de manera asidua para refrendarla.

Sin embargo, la ley de propiedad intelectual de los EE.UU puede ser en sí misma extraña. Analistas de la política de competencia se encuentran preocupados por los intentos realizados en los EU para “copiar los derechos” de prácticas de negocios novedosas, tales como fomas para evitar (no evadir) el pago de impuestos al ingreso, y ciertos instrumentos financieros que no han sido utilizados antes.²² Los EE.UU no se encuentran solos en esto. En Rusia, una compañía ha solicitado con éxito a la Rospatent los derechos de patente sobre una botella ordinaria, habiendo “patentado” previamente iuñas y vías de tren!²³ Con desarrollos tan inusuales y temerarios a nivel nacional como estos, existen mayores razones de preocupación.

Los beneficios que los países en desarrollo obtendrían al firmar por completo y suscribirse al régimen global de la propiedad intelectual son promovidos vigorosamente por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO por sus siglas en inglés). Sin embargo, otros han adoptado una perspectiva más escéptica, y consideran que los regímenes de propiedad intelectual significan poco para los países del África Subsahariana y Asia, en

Una Perspectiva del Consumidor sobre Prospección Relacionado con los Riesgos Vinculados a la Propiedad Intelectual, Comentarios para el Grupo de Trabajo en Derechos de Propiedad Intelectual, Tercer Foro de Ministros de Comercio y Negocios de las Américas, Belo Horizonte, Brasil, mayo de 1997: <http://www.cptech.org/pharm.belopaper.html>.

19. La Asociación Australiana del Consumidor ha estado impulsando la abolición de la importación y distribución de programas de computación, después de que una encuesta revelara que los consumidores estaban pagando demasiado por tales programas. Las discrepancias surgidas entre Australia y los EE.UU por la venta de QuarkXPress fueron evidentes y llegaron a cifras tan altas como los US\$600. Australia ha introducido un sistema de importaciones paralelas para los discos compactos. Ver Rebecca Munro, ¿Adoptará Australia el sistema de importaciones paralelas para los programas de computación?, 8 de febrero de 1999. <http://www2.idg.com.au>.
20. Nicolas S. Gikkas (1996), *Certificación Internacional de la Propiedad Intelectual: La Promesa y el Peligro*, Journal of Technology and Law, Vol. 1, Spring 1996, Universidad de Florida.
21. La expresión “pirata” es utilizada en Nicolas S. Gikkas, *supra*.
22. James Packard Love, *supra*.
23. Rospatent se encuentra avergonzado con respecto a este asunto. Rospatent es una división del Instituto Federal Ruso para la Propiedad Intelectual. El Instituto se encuentra investigando cómo es que la patente fue otorgada, para detener así las sospechas públicas sobre la posibilidad de que alguien dentro de la oficina esté recibiendo sobornos. “Rusia es un país de milagros”, dijo Valeri Jermakyan, director adjunto de inspecciones de Rospatent. “Incluso los inventos antiguos pueden ser patentados”. La botella fue inventada, ya sea alrededor del año 1500 a.C. por artesanos egipcios o en el año 12 d.C. por el Emperador chino Wu Hezhou. “La Idea Rusa de los Ricos: ¿Por qué no Patentar la Botella?” de Daniel Williams, *Washington Post Service*, 31 de julio del 2000.

donde la gente vive con menos de un dólar por día, y donde menos del 5 por ciento de la actividad económica está vinculada a la manufactura.²⁴

Lo que parece que ya debió haber sido hecho, es una reevaluación completa y total del régimen de propiedad intelectual global. Éste debe garantizar el establecimiento de equilibrios justos entre creadores y usuarios. Se deben proporcionar premios a los emprendedores para incentivar una mayor iniciativa, pero dichos premios no deben ser tales, que impidan a la mayor parte del mundo beneficiarse de los avances científicos y de otro tipo, al menos hasta que las patentes expiren; y por supuesto que para entonces la ciencia y la innovación habrán avanzado.²⁵

Política de competencia y globalización

Independientemente de las consideraciones en materia de propiedad intelectual, la globalización trae consigo una nueva dimensión a la política de competencia. El abuso no se encuentra confinado a las fronteras nacionales. La formación de carteles internacionales y abusos similares, así como otras formas de corrupción, pueden tener un serio impacto negativo en el comercio internacional, y existe una creciente concientización sobre la necesidad de establecer directrices internacionales para el control de conductas anti-competitivas. Tales prácticas abusivas no afectan sólo a los bienes de consumo finales, sino también a los “bienes de insumo”, tales como el acero, los fertilizantes y la energía.

Los países con instituciones domésticas débiles son particularmente vulnerables a las prácticas comerciales restrictivas que existen a través de las fronteras y a las conspiraciones empresariales internacionales. La integración en la economía global puede incrementar la competencia, pero no la garantiza necesariamente. Los carteles, las restricciones verticales (acuerdos entre vendedores y compradores), la exclusividad entre contratantes y los controles sobre las importaciones domésticas, pueden bloquear de manera efectiva el que las personas sean receptoras de los beneficios en materia de desarrollo que debe traer consigo la globalización. Las preocupaciones en torno a estas vulnerabilidades se encuentran en el corazón de algunas de las protestas en contra de la globalización que actualmente tienen lugar en todo el mundo.

El problema crece también, en la medida en que la privatización sigue trasladando más y más bienes y activos antes públicos a manos privadas, allanando así el camino hacia el incremento de las adquisiciones y fusiones empresariales internacionales. En la medida en que las barreras públicas a la competencia son eliminadas, las barreras privadas deben ser tomadas en cuenta en la misma proporción, y mayormente con el crecimiento del proceso de globalización.

Para los reguladores los dolores de cabeza aumentarán. Una fusión empresarial de dos compañías antes competidoras en el país de origen, puede no resultar en una reducción adversa de la competencia. Sin embargo, ambas firmas pueden tener subsidiarias en un país extranjero, siendo antes los dos únicos rivales en un mercado específico. Así, los efectos de una fusión en un país puede tener muy serias consecuencias para otro

24. Los defensores de los beneficios que un país en desarrollo obtendría al garantizar un alto grado de protección a la propiedad intelectual, generalmente articulan sus argumentos en torno a los siguientes beneficios: estímulo a la innovación al proporcionar un ambiente en el cual la innovación es premiada; la existencia de métodos de producción a bajos costos y la distribución de productos existentes; la invitación a la llegada de productos y tecnologías nuevas, seguras y efectivas; la creación de bienes y servicios mejorados y ajustados a las necesidades internas particulares del país, por medio de la adaptación y el mejoramiento de productos y tecnologías existentes; la creación de empleos en las industrias más importantes y el apoyo a las empresas; la conformación de una fuerza de trabajo de alta calidad y técnicamente mejor preparada, a través de la capacitación en el trabajo asociada a la autorización de transferencias de tecnología; incremento en la cantidad de capital nuevo que puede ser generado para su inversión en el desarrollo económico; la creación de adelantos que contribuirán al nivel de tecnología en todo el mundo y, a lo largo de ese proceso, la obtención de ganancias a partir de aquellos que se benefician con su uso; un talento creativo premiado dentro de las industrias

país. Las prácticas anticompetitivas pueden ser también importadas a través de la inversión extranjera directa, con franquicias internacionales que usan a franquiciantes locales para proveer productos particulares y atar así cadenas de distribución local.

Existe también un asunto controvertido que resolver: ¿Cuál será el papel de la Organización Mundial del Comercio en hacer cumplir la política de competencia a nivel global? ¿Se convertirá en un “policía de la competencia global”? ¿Existirá una estructura internacional, quizá desarrollada dentro de la OMC, para apoyar el desarrollo de la política de competencia?²⁶ ¿Será dicha estructura una manera de generar una mayor cooperación para contrarrestar prácticas abusivas y corruptas que afectan de manera adversa a los mercados internacionales, y particularmente a las economías de los países en desarrollo?

Algunos indicadores sobre la efectividad de la política de competencia de un país

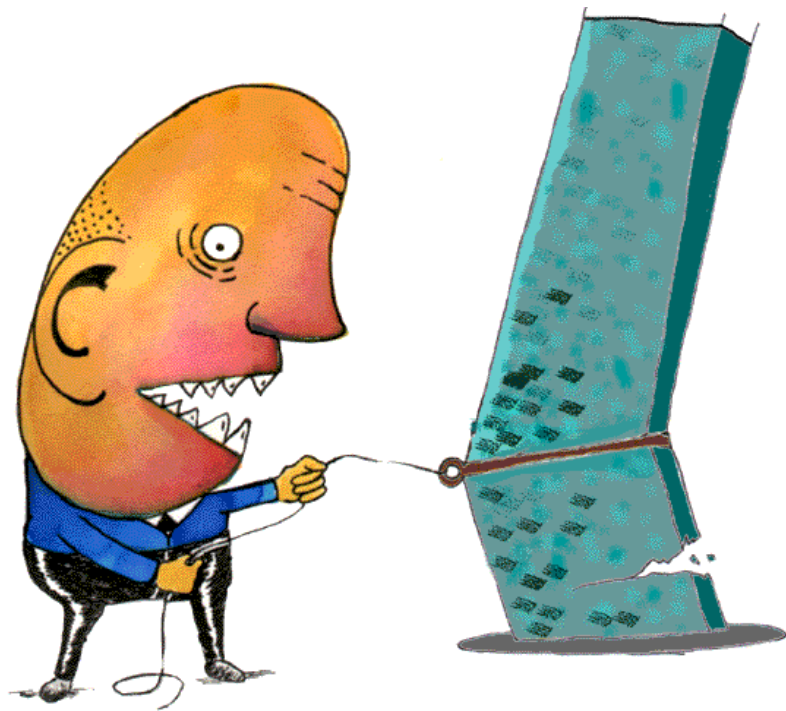
- ¿Ha articulado el gobierno una política de competencia clara?
- ¿Es implementada dicha política a través de la ley y otras reformas procedimentales y de prácticas?
- ¿Apoya el sector privado el desarrollo de una política de competencia coherente y efectiva? ¿Apoyan la política las organizaciones de protección al consumidor?
- ¿Existen esfuerzos para educar al público sobre los beneficios obtenidos con una política de competencia (tanto en términos de bajos precios como de protección contra el abuso)?
- ¿Existen leyes claras y aplicables que criminalicen la creación de carteles y círculos de apuestas, etc.? ¿Es ilegal la fijación oligopólica de precios?
- ¿Son objeto de regulación los monopolios o cuasi-monopolios privados?
- ¿Están permitidas las fusiones que dan lugar a monopolios o crean un indebido dominio de mercado?
- ¿Reciben los reguladores locales la asistencia internacional que necesitan para cumplir con su papel?
- ¿Los reguladores locales son independientes de interferencias políticas y se encuentran protegidos en contra de la corrupción?
- ¿Existen mecanismos para proteger a los pobres y a los más vulnerables en contra de la explotación?

culturales, a través de sistemas de pago de derechos y derechos de distribución extranjera local. (Centro de la Ley Nacional para el Comercio Libre Interamericano, Comité de Propiedad Intelectual, www.natlaw.com/pubs/spmxi11.htm).

25. La tarifa de “especulación” también se cobra en los países desarrollados. En EE.UU, varias fuentes documentan la explotación de compañías de seguros de salud por parte de corporaciones que les fijan precios excesivos a sus productos.

26. Aunque puede decirse que cada país posee una política en materia de competencia, incluso si ésta no se encuentra articulada y consiste tan sólo en mantener sin cambios el statu quo, aquellos que se encuentran desarrollando de manera consciente sus políticas, tienden a promulgar leyes de competencia. Al momento sólo 80 países de los 135 miembros de la OMC poseen dicho tipo de ley, aunque, como se mencionó en el texto, el número va en aumento.

Leyes para combatir la corrupción





Portada

Indice

Leyes para combatir la corrupción

A. Derecho Penal	391
Temporalidad	391
Los límites del derecho penal	394
La obtención de las pruebas	394
La prueba esencial de la nueva legislación penal	395
Para “invertir” la carga de la prueba y “las explicaciones fidedignas”	396
B. Derecho Civil	397
Soluciones a través del derecho civil	397
Soluciones para el Estado a través del derecho civil	398
Soluciones que ofrece el derecho civil para el ciudadano privado	398
“Lista negra” judicial	400
C. Recuperación de Bienes Ilícitos	400
La “Comisión Heath” de Sudáfrica	400
Acciones qui tam ²⁹	402
D. Amnistías: Lidiando con el pasado	403
Algunos indicadores para evaluar la eficacia de las leyes penales y civiles	406

Leyes para combatir la corrupción

*El soborno es una práctica maligna que amenaza los cimientos de cualquier sociedad civilizada.
El Procurador General vs. Reid [1994] 1 AC 324, 330¹*

Si los juristas pudieran redactar leyes para prevenir el comportamiento corrupto, la corrupción no sería problema. En gran medida, la crisis actual se debe a que las leyes y las instituciones jurídicas han fallado. Esta falla ha sido producto, por una parte, de las debilidades actuales de los sistemas judiciales y, por otra, de la falta de voluntad para fortalecer esos sistemas que se deriva de la interacción de actores que tienen intereses de diversos tipos en mantener el *statu quo*.

Si se tratara de empezar con la ley suprema de un país, su Constitución, el ejemplo de Tailandia tiene mucho que ofrecer:

Como pieza de la legislación contra la corrupción, la Constitución de Tailandia debería considerarse como un hito que intenta garantizar la democracia a través de una participación pública más extensa en la toma de decisiones y de la descentralización de los poderes del Estado, al mismo tiempo que combate la corrupción a través de la creación de instituciones tales como la oficina del *Ombudsman* y la Comisión Nacional contra la Corrupción, y simultáneamente promueve la transparencia y la integridad en la vida oficial.²

Existe un amplio consenso en torno a que la prevención de la corrupción debe ocupar el primer plano de las acciones de reforma; sin embargo, la puesta en marcha es igualmente importante. El confiar en el enfoque del “garrote” para enfrentar la corrupción después de que ésta se ha suscitado, puede ser incierto, ineficaz y ruinoso. Los procesos de acusación, aunque inevitables, son un indicador de que la prevención ha fallado. Las sanciones legales eficaces son, sin embargo, vitales: no sólo son esenciales para enfrentar a quienes actúan de manera indebida, sino que saber que las leyes se cumplen de manera segura y efectiva, contribuye de manera importante a los esfuerzos de prevención. El reformador debe, por tanto, tomar en cuenta ambos aspectos. La prevención y la observancia se refuerzan mutuamente.

Cuando se habla de leyes para combatir la corrupción, no sólo se hace referencia al derecho penal y a las leyes probatorias. Éstas son importantes, ya que sin leyes y procedimientos penales sólidos la tarea se dificulta aún más. Pero centrarse exclusivamente en estos elementos, como lo ha hecho un gran número de reformadores, equivale a ignorar una gama bastante más amplia de leyes que abarcan el acceso a la información (incluyendo la legislación sobre secretos oficiales):

- conflictos de intereses;
- contratación pública;

1. *Decisión del Comité Judicial del Consejo Privado a una apelación de Hong Kong. El Consejo Privado es el tribunal más alto de cierto número de países de la Commonwealth y sus decisiones gozan de amplio respeto en todo el mundo.*

2. Véase Jeffrey Tan. “*The Thai Constitution: The Fight Against Corruption*”, en la versión de Internet del presente Manual de Consulta: <http://www.transparency.org>.

- libertad de expresión
- libertad de prensa;
- protección a “soplones” y denunciantes;
- permitir la movilización de la sociedad civil;
- elecciones democráticas;
- obsequios y cortesías;
- la oficina del *Ombudsman*, y
- revisión judicial de la legalidad de las acciones administrativas.

Los puntos anteriores y otros más se discuten en los diversos capítulos del presente libro.

Es mucho lo que se puede lograr en el terreno administrativo, sin necesidad de reformar las leyes: aboliendo licencias innecesarias, racionalizando los trámites necesarios, limitando las áreas de discrecionalidad (y definiendo criterios cuando sea necesario), desarrollando programas de ética y despejando el camino para que los ciudadanos presenten denuncias de manera eficaz.³

En el presente capítulo la discusión se limitará a la función del derecho penal (las leyes para procesar a los delincuentes) y al papel que desempeña el derecho civil (que compensa a las víctimas por los daños recibidos u otorga a los ciudadanos poder para que hagan cumplir las leyes contra la corrupción, cuando las autoridades públicas no lo hacen). Por el momento se analizará el derecho penal.

A. Derecho Penal

Temporalidad

Puede pasar mucho tiempo antes de que las autoridades se enteren de los casos de corrupción. En algunos países, los estatutos de temporalidad (delimitación del periodo de tiempo durante el que puede perseguirse un delito), empiezan a correr a partir de la fecha en que se cometió el delito, no a partir de la fecha en que se denunció ante las autoridades. Esto puede significar que los funcionarios corruptos escapen al castigo por completo, simplemente porque sus actos corruptos no se detectan durante un periodo de tiempo suficientemente largo. Es importante, por tanto, que los estatutos de temporalidad establezcan un periodo de persecución que corra no a partir de la fecha en que se comete el delito, sino a partir de cuando sale a la luz por primera vez.

Los estatutos de temporalidad obstaculizan la responsabilidad delictiva.

El martes pasado, un tribunal de apelaciones de Milán revirtió una sentencia por cargos de soborno dictada contra el magnate de los medios de comunicación y dirigente de la oposición (y antiguo primer ministro) Silvio Berlusconi, en lo que representó un triunfo personal para el antiguo primer ministro, quien espera retornar a la política.

El tribunal exentó a Berlusconi de uno de cuatro cargos de soborno e invocó el estatuto de temporalidad para revertir la sentencia sobre los tres restantes con base en que había transcurrido demasiado tiempo desde que ocurrieron los hechos como para establecer decreto alguno. En 1988 se declaró a Berlusconi culpable de sobornar a inspectores fiscales para obtener fallos favorables en las auditorías practicadas a su emporio de medios de comunicación Fininvest. Sin embargo, el martes el tribunal de apelaciones anuló la sentencia previamente dictada de pasar dos años más nueve meses en prisión. El caso podría pasar ahora a la Corte de Casación, el tribunal más alto de Italia, si el fiscal apela o si la defensa desea obtener un veredicto de “inocente” en los tres tribunales donde se aplicó el estatuto de temporalidad.

3. En algunos casos se detecta que ciertos organismos son totalmente innecesarios, como por ejemplo en el caso del la Oficina del Inspector de Restaurantes de Zurich. “El asunto se centra en Raphael Huber, antiguo inspector de restaurantes y bares del cantón de Zurich, acusado de haber reunido cerca de 1.84 millones de dólares en sobornos de solicitantes de licencias durante los diez años anteriores a 1991. La historia impactó a un país donde la honradez de los funcionarios públicos siempre se ha tomado como un hecho. Nadie hubiera sospechado que podría abusarse a tal grado de los reglamentos cantonales que otorgaban a los inspectores poderes discrecionales inmensos. Entre otras cosas, los solicitantes debían demostrar que el establecimiento era ‘necesario’. Según el fiscal, Huber estableció un ‘reinado de terror’, aceptando pagos bajo la forma de préstamos o presionando a los solicitantes para que adquieran, a precios exorbitantes, cuadros pintados por su difunto padre. A pesar de ganar un salario modesto, Huber se las arregló para mantener dos departamentos en Zurich y adquirir una propiedad de 90 hectáreas en Chianti, Italia, con viñedo y lago artificial. Se espera que el caso se examine a principios del próximo año. Mientras tanto, el gobierno cantonal ha establecido nuevos reglamentos según los cuales los solicitantes ya no tienen que comprobar que sus servicios son ‘necesarios’”.

En segundo término, el periodo de temporalidad no debe ser demasiado corto. En Italia prevalece una situación extraña gracias a la que, cuando las personas acusadas han terminado de presentar apelaciones ante los tribunales superiores, quedan cubiertas por el estatuto de temporalidad. De aquí que un jurista bien activo pueda virtualmente garantizar que una persona corrupta escapará al castigo. Este tipo de leyes conducen al desacato del derecho mismo y ofrecen refugio seguro a los corruptos.

Ocho son los principios generales que deben regir las soluciones que ofrece el derecho penal:

1. Las leyes contra la corrupción deben apegarse a las normas internacionales de derechos humanos y permitir que los acusados tengan un juicio justo. Es crucial que el derecho penal que se ocupa de combatir la corrupción respete las garantías a los derechos humanos, de conformidad con lo que establecen la ley constitucional correspondiente o los códigos internacionales, con objeto de garantizar que los tribunales no echen por tierra ciertos procedimientos específicos por considerarlos anticonstitucionales.
2. No es conveniente que las leyes parezcan exageradamente represivas. Deben contar con la aprobación del público, ya que de lo contrario enfrentan el riesgo de no respetarse. En algunos países se argumenta que los castigos son tan benignos, que no vale la pena llevar los casos a juicio. Por ejemplo, en Japón se concedió la suspensión de sentencia a dos ejecutivos de la empresa Tobishima que sobornaron al gobernador de la Prefectura de Ibaraki para obtener parte del proyecto de una represa de grandes dimensiones, simplemente porque “estaban arrepentidos”.⁴ En otros países sucede lo contrario. En Corea del Sur, después de analizar los castigos que impone el derecho penal, se llegó a la conclusión de que las sanciones son demasiado duras. Los servidores públicos se enfrentan a un mínimo de siete años de prisión y como consecuencia los jueces se oponen a declarar culpable a alguien. En Uganda existe una ley contra la corrupción que no se ha ejercido en más de 20 años de estar en los estatutos, aparentemente porque se piensa que es “demasiado estricta”.
3. Deben existir lineamientos claros sobre las sentencias para que éstas sean consistentes de un caso a otro, y justas sin que el castigo resulte exagerado. Evidentemente, el tribunal debe poder distinguir entre aquellos casos en que un funcionario recibe sobornos para desempeñar sus funciones (por ejemplo, para agilizar la acción oficial) y los sobornos más graves para que un funcionario actúe de manera incorrecta. Las legislaturas pueden sentirse satisfechas de hacer cumplir leyes que dictan castigos ejemplares; pero esto en realidad podría socavar las acciones de reforma. A un buen número de fiscales le disgusta enfrentar casos que ameritan sentencias que la comunidad considera excesivas.
4. Convendría también fusionar las diversas leyes penales sobre corrupción y comisiones secretas en un solo instrumento, para reducir la posibilidad de escapatoria y para demostrar la seriedad con que la ley castiga este tipo de comportamiento, dejando en claro que los castigos se aplicarán a los sectores público y privado por igual. Cualquiera que sea el curso que se vaya a seguir, la ley debe prever el delito de otorgar y aceptar “comisiones secretas”.
5. Es esencial revisar con regularidad el marco jurídico penal (incluyendo las leyes probatorias y la eficacia de las penas existentes. Esto resulta particularmente cierto en los casos en que la tecnología moderna ha dejado atrás estipu-

Alcalde brasileño debe renunciar a su cargo, pero está haciendo tiempo
SAO PAULO, Brasil (AP). El martes pasado un tribunal estatal decretó que el alcalde de la ciudad más grande de América del Sur deberá renunciar a su cargo por haber utilizado fondos públicos de manera ilícita. Sin embargo, el dictamen permite a Celso Pitta permanecer en su cargo de alcalde de Sao Paulo en tanto no se presenten apelaciones. El tribunal dictaminó además que Pitta no podrá ejercer cargos públicos durante un periodo de ocho años, y le ordenó pagar 98,000 dólares por concepto de honorarios legales, declaró por vía telefónica César Lacerda, vocero de prensa del tribunal. La sentencia se basó en una decisión que tomó el tribunal en 1998, en que se declaró a Pitta culpable de emplear 200,000 dólares en una campaña publicitaria para defenderse contra acusaciones de estar supuestamente involucrado en un escándalo con bonos que tuvo lugar en 1997. Pitta pudo mantenerse en su cargo gracias a un proceso de apelación prolongado. Considerado como uno de los alcaldes menos populares de Brasil, Pitta está además enfrentando otros cargos que presentó su exesposa Nicea, quien esta semana lo acusó de manejar un círculo de corrupción masiva, de obstaculizar investigaciones y de sobornar a algunos legisladores. El miércoles, cerca de 800 estudiantes de preparatoria marcharon a través del centro de Sao Paulo para exigir la impugnación de Pitta.
Reuters, 16 de marzo del 2000

4. Financial Times, 22 de julio de 1994, citado en TI Newsletter, septiembre de 1994.

laciones legales menos sofisticadas. Por ejemplo, los delitos que involucran el uso de sistemas de cómputo y las pruebas que se generan a través de estos sistemas, que pueden ser contrarios a las restricciones existentes pensadas para un mundo que se basaba en los documentos impresos. También pueden surgir problemas si los sistemas jurídicos no han logrado ponerse al día en cuanto al concepto de conducta delictiva de un organismo corporativo. Por ejemplo, el derecho penal debe poder remediar prácticas corporativas corruptas, tales como los “círculos de licitadores” para obtener contratos públicos, en que los supuestos competidores se coluden entre ellos para decidir quién obtendrá un contrato determinado y a qué precio.

6. Puede ser necesario establecer disposiciones especiales para aquellos casos de corrupción en que se exige a los individuos, una vez que se ha comprobado que su riqueza excede a lo que permitirían sus fuentes de ingresos declaradas, explicar la procedencia de tal riqueza a satisfacción del tribunal. En aquellas circunstancias en que la ley ordena a una persona acusada que testifique bajo juramento, pueden surgir problemas constitucionales. En Zambia, se afirmó que este tipo de disposición es anticonstitucional por infringir los derechos individuales en contra de la autoacusación.⁵ En tales circunstancias, el problema reside en invertir la carga de la prueba, que obliga a una persona, bajo la amenaza de ser enjuiciada por presunta corrupción, a explicar cómo adquirió sus bienes de manera lícita, en lugar de sólo darle la opción de aducir pruebas para explicarse (como sucede en un buen número de jurisdicciones). En tales casos la ley podría requerir que el fiscal pruebe la existencia de un vínculo, lo que en ocasiones es excepcionalmente difícil cumplir al grado que exigen los procedimientos penales. Un enfoque más apropiado sería formular una disposición legislativa especial que indique que la corte puede establecer conclusiones “ante la ausencia de una explicación satisfactoria por parte del acusado”.⁶ Esto no tiene el fin de obligar a la persona a presentar pruebas (lo que se opone a las normas internacionales de derechos humanos contra la autoincriminación); se trata más bien de que, al establecer un caso a primera vista contra un individuo, éste pueda elegir entre presentar pruebas o arriesgarse a ir a juicio si no lo hace.
7. Se requieren disposiciones especiales para garantizar que el Estado pueda confiscar los productos de la corrupción, ya que con frecuencia se encuentran en manos de terceras personas o incluso fuera del país. El derecho penal debe ocuparse del rastreo, confiscación, congelación y cancelación de las ganancias ilícitas que se obtienen por medios corruptos. Una de las pocas ventajas de la lucha internacional contra el tráfico ilícito de drogas, es el desarrollo de marcos jurídicos que facilitan la investigación y confiscación de las ganancias, sin importar la jurisdicción en que se localicen. Algunos países establecen la cancelación, incluso si no hay detenidos, a menos que el dueño legítimo presente una reclamación dentro de cierto tiempo.
8. También es necesario establecer disposiciones para garantizar que el delito de la corrupción incluya tanto el pago como la aceptación de sobornos. Unos cuantos países sólo consideran como delito aceptar sobornos y no el ofrecerlos. Esto obviamente constituye una limitación seria para combatir la corrupción desde sus orígenes. Por supuesto, si los “sobornos” no se ofrecen, sino que se obtienen a través de la extorsión, sería injusto acusar a quien los paga, ya que hacerlo sería victimizarlo doblemente.⁸

¿Confidencialidad respecto de la corrupción pero no en cuanto al tráfico ilícito de drogas? “Si el principio de confidencialidad no se aplica a la transferencia de fondos del narcotráfico ¿por qué aplicarlo a casos de robo de dinero obtenido por medios corruptos?”
*Olusegun Obasanjo, Discurso inaugural, Seminario sobre Corrupción, Democracia y Derechos Humanos en África Occidental, Africa Leadership Forum y Transparency International, Cotonou, Benin, septiembre de 1994.*⁷

5. *Mumba v. The People (1984) ZR 38.*

6. Véase *Ley sobre Prácticas Corruptas de Hong Kong (enmienda)*, núm. 29 de 1987, ss. 8 y 13. Esto coloca el peso de la evidencia sobre un acusado pero no requiere que el acusado presente pruebas bajo juramento.

7. Véase *Ayodele Aderingwale (ed.)*, *Corruption, Democracy and Human Rights in West Africa: Summary Report of a Seminar organized by the Africa Leadership Forum (ALF Publications, Ibadan, 1994).*

Los límites del derecho penal

La cuestión del refinamiento de las leyes para combatir la corrupción por medio de juicios eficaces, es una realidad en aquellos países que cuentan con un sistema judicial en operación y con investigadores lo suficientemente independientes o valerosos como para indagar sobre casos de corrupción que involucran a personajes de alto nivel.

En este sentido, dos ejemplos resaltan por sus contrastes: el de Israel (donde se llamó a cuentas a un Primer Ministro por lo que algunos considerarían faltas serias, pero comparativamente menores⁹), y el de Rusia (donde, en 1999 se otorgó a un Presidente saliente inmunidad absoluta, aparentemente sin limitaciones). El primero de estos países cuenta con un sistema de integridad en operación y el otro evidentemente no. De aquí se advierte que el contenido preciso de las leyes es una cuestión seria para Israel y casi irrelevante para Rusia.

La obtención de las pruebas

A diferencia de la mayoría de los delitos (pero igual que en el crimen organizado), la corrupción generalmente no deja víctimas que puedan presentar denuncias. Todos los involucrados se benefician y a cada cual le interesa guardar el secreto. Por tanto, resulta excepcionalmente difícil obtener pruebas de los delitos reales. Quienes cometen la falta tienen poder sobre los demás.

- Las “pruebas de integridad” a través de un señuelo son una manera de abordar el problema, pero un gran número de países manejan este método con extrema cautela. Sin embargo, estas pruebas suelen ser altamente eficaces.
- Se puede alentar a quienes cometen delitos a que se presenten a rendir pruebas. Esto inevitablemente da lugar a la cuestión de la inmunidad. En Europa Central y del Este por años ha existido un reglamento en el sentido de que quien ofrece un soborno, debe informarlo dentro de un plazo de aproximadamente 24 horas, si desea quedar a salvo de acusaciones (hay quienes consideran que esto es cuestión de informar que se ha sido víctima de extorsión). Sin embargo, parecería que este reglamento no ha funcionado de manera eficaz, si es que alguna vez lo ha hecho. En Estados Unidos, a la primera persona involucrada en un delito que competa a la Comisión de Valores que “dé el soplo”, se le otorga inmunidad automática. Esto introduce un elemento de riesgo en la ecuación de la corrupción: lejos de que los involucrados puedan confiar en el silencio de los demás, cada cual tiene un poder absoluto sobre el otro.

8. *El código penal francés es uno entre tantos que establecen una diferencia entre corrupción “activa” y “pasiva” -la activa es cuando un funcionario público solicita un obsequio u otro tipo de ganancia antes de otorgar un contrato o de prestar un servicio dentro de su ámbito de competencia. La corrupción “pasiva” ocurre cuando un funcionario acepta un obsequio u otra gratificación después de haber otorgado un contrato o de haber realizado un servicio. Podría debatirse que sea necesario establecer estas diferencias en términos de la definición del delito (contrariamente a la decisión sobre el castigo apropiado).*
9. *Se acusó al antiguo primer ministro de no haber devuelto cierto número de obsequios que recibió en ocasiones oficiales, y que por ley pertenecían al estado, así como de haber realizado trabajo en su domicilio privado a expensas del estado. De ser ciertas, ambas acusaciones son, por supuesto, censurables.*

En Paquistán, el Decreto de la Oficina Nacional de Contraloría establece:

26. Otorgamiento de perdón a cómplices/ negociación de defensa:
 - (a) Con el fin de obtener pruebas de cualquier persona que supuestamente se ha visto directa o indirectamente involucrada en algún delito o ha sido cómplice de él, independientemente de lo que establece el Código, en cualquier etapa de una investigación o interrogatorio el presidente estará facultado para otorgar a esa persona el perdón absoluto o condicional a condición de que revele total y verdaderamente las circunstancias relacionadas con el delito que sean de su conocimiento, incluyendo los nombres de las personas involucradas, sea como autores principales, cómplices u otros.
 - (b) Toda persona que acepte un otorgamiento de perdón de acuerdo al subapartado (a) deberá comparecer como testigo durante el juicio correspondiente.
 - (c) De conformidad con el subapartado (d), la persona a quien se ha otorgado el perdón de acuerdo a este apartado, no deberá:
 - (i) en caso de habersele otorgado perdón absoluto, ser juzgado por el delito respecto al cual se le concedió el perdón, y
 - (ii) en caso de habersele otorgado perdón condicional, recibir castigo o multa mayores a los especificados en el otorgamiento de perdón, independientemente del castigo o multa que marque la ley.
 - (d) Cuando el presidente de la Oficina Nacional de Contraloría certifique que, en su opinión, una persona que aceptó el otorgamiento de perdón ha dejado de cumplir con la condición bajo la cual se otorgó éste por haber ocultado voluntariamente cualquier dato esencial o presentado pruebas falsas de manera voluntaria o involuntaria, o debido a cualquier otro delito del que resulte culpable, incluyendo la presentación de pruebas falsas que sepa o debiera saber que son falsas.
 - (e) Cualquier declaración ante el presidente de la ONC o ante el tribunal que realice una persona que haya aceptado el otorgamiento de perdón podrá ser utilizada en su contra durante el juicio correspondiente.

- Con frecuencia se cuenta con pruebas circunstanciales, pero la evidencia real de los actos corruptos puede no existir. El funcionario de aduanas que conduce un Mercedes Benz último modelo, sin duda se vuelve un sujeto legítimo de sospecha; lo mismo sucede con el jefe de gobierno que ha pasado su vida ganando un salario público modesto, pero que vive rodeado de lujos que están por encima de lo que podría pagar con sus ingresos oficiales comprobados (como en el caso de Charles Haughey, quien reside actualmente en Irlanda). La extravagancia misma de sus estilos de vida y desplantes de ostentación requieren explicación. Mientras que al funcionario de aduanas se le puede someter a una “prueba de integridad”, resulta bastante más difícil emprender acción en contra de quienes participan en la “corrupción de grande vuelos”, debido a sus altos cargos y a que los riesgos son considerablemente más elevados. De ahí que el delito de “vivir por encima de la medianía del ingreso oficial” o el “enriquecimiento ilícito” hacen necesario llamar a cuentas a estas personas.

El concepto anterior está presente en el Convenio Interamericano contra la Corrupción (adoptado durante la tercera sesión plenaria del 29 de marzo de 1996) en los términos siguientes:

Sujeto a su Constitución y a los principios fundamentales de su sistema jurídico, cada Estado que aún no lo haya hecho, deberá tomar las medidas necesarias para tipificar en su legislación el delito de un aumento significativo de los bienes de un funcionario gubernamental que no pueda explicarse de manera razonable con relación a los ingresos legales que haya percibido durante el desempeño de sus funciones.¹⁰

Este convenio ha tenido gran aceptación en todo el continente americano.¹¹ Los comentaristas de la acometida contra la corrupción de Hong Kong atribuyen buena parte de su éxito al cumplimiento de esta ley.¹²

La prueba esencial de la nueva legislación penal.

Antes de poner en marcha nuevas leyes penales se sugiere asegurarse de lo siguiente:

- (a) de que sea posible que el sistema judicial ponga en marcha las nuevas leyes penales (de otra forma, el propio sistema judicial debería centrarse en la reforma); de que las leyes se entiendan con facilidad y no den lugar a debates técnicos entre legistas que puedan frustrar las intenciones de los legisladores,¹³ y

10. Artículo IX, Enriquecimiento ilícito.

11. “Estados Unidos y el enriquecimiento ilícito. Algunos países de la OEA han tipificado el enriquecimiento ilícito como delito según sus leyes nacionales. Estados Unidos no espera establecer en sus leyes el enriquecimiento ilícito como delito individual. Una línea de pensamiento detrás de esta postura es que la noción podría entrar en conflicto con ciertos principios constitucionales básicos. Por otra parte, una diversidad de leyes y reglamentos, en su conjunto, se refieren a los tipos de conducta de los funcionarios gubernamentales que esta disposición trata de enfrentar. Por estos motivos, Estados Unidos no espera hacer del enriquecimiento ilícito, como se describe en el convenio, un delito individual según las leyes de ese país. Asistencia y cooperación de las partes (que no cuentan con leyes contra el soborno o el enriquecimiento ilícito transnacionales): las partes que firman el convenio que no establecen como delito el soborno y/o el enriquecimiento ilícito transnacionales en sus legislaciones nacionales deben, en la medida que lo permitan sus leyes, proporcionar a otras partes la asistencia y cooperación a que se refiere el convenio con respecto al soborno y el enriquecimiento ilícito transnacionales”. Extracto de Summary of the Inter-American Convention Against Corruption, elaborado por el Departamento de Comercio de Estados Unidos, Oficina del Asesor en Jefe para el Comercio Internacional, 22 de abril de 1998.

12. Véanse los diversos análisis de Bertrand de Speville, antiguo Comisionado de ICAC en Hong Kong.

13. El código penal de Alemania es un ejemplo de ley que hizo innecesariamente complicado para los fiscales comprobar la corrupción. Era esencial que establecieran, más allá de cualquier duda, que se había ofrecido un soborno o ganancia con relación a un acto oficial específico. Cuando se reformó la ley en 1997, se sugirió que se tipificara como delito el dar u ofrecer un soborno o ganancia “en relación con un cargo público”. Sin embargo prevaleció un punto de vista más legalista y se adoptó un curso medio, de manera que el soborno o ganancia tengan relación con el “ejercicio de las obligaciones oficiales” del funcionario público. Al mismo tiempo, se amplió la ley para que, por vez primera, incluyera ganancias de terceras personas, como en el caso de los cónyuges. Cierta número de países necesitan reconsiderar la adecuación sus leyes en este sentido.

- (b) de que las leyes no requieran que los fiscales prueben hechos que en realidad no son necesarios (por ejemplo, cuando una persona tiene un cargo importante y se detecta que tiene riquezas considerables que no puede explicar, una redacción cuidadosa de las leyes puede evitar que los fiscales deban proceder a probar que dicha riqueza se obtuvo por medios ilícitos).

No existe nada inherentemente injusto en solicitar a una persona que establezca su defensa (después de que la fiscalía ha determinado, por ejemplo, que una persona tiene riquezas desproporcionadas con relación a sus ingresos oficiales), cuando los hechos son peculiar o tal vez exclusivamente del conocimiento de esa persona.

Para “invertir” la carga de la prueba y “las explicaciones fidedignas”

La expresión “invertir la carga de la prueba” debería evitarse, ya que no sólo interpreta erróneamente el concepto que se discute, sino que abre un espacio semántico para que quienes se oponen a la reforma (que con frecuencia se encuentran en los bolsillos de intereses corruptos) combatan y anulen reformas correctamente ideadas y eminentemente justas.

Paradójicamente, el movimiento de derechos humanos, tan poderoso en su condena de la corrupción como fuente de gran parte de las violaciones a los derechos humanos, puede estar entre los primeros en atacar las reformas, cuando los gobiernos intentan remediar la situación. En 1999, una campaña de “derecho a la privacidad” que se realizó en Estados Unidos logró obstaculizar los requisitos de “Conozca a su cliente”, que habrían disminuido de manera considerable la capacidad de los bancos para manejar fondos ilícitos y prestarse al lavado de dinero. Esto puede parecer en extremo desilusionante para quienes participan en el movimiento contra la corrupción, gran parte de quienes han pasado un buen tiempo como miembros del movimiento de derechos humanos y que se unen a la lucha contra la corrupción, debido al impacto que ésta ejerce sobre los derechos económicos y sociales de tantas personas en todo el mundo.

¿Acaso el “invertir la carga” infringe los derechos de una persona acusada a que se le considere inocente hasta que se compruebe lo contrario? Un tribunal superior que analizó este tipo de reglamentos hizo la siguiente observación:

Antes de que la fiscalía pueda tomar como base el supuesto de que los recursos pecuniarios o las propiedades estaban bajo el control del acusado, debe poder comprobar, más allá de cualquier duda, los hechos que llevaron a tal hipótesis. El supuesto debe formularse con ciertas restricciones, de manera que los hechos determinen que fue más probable que se haya estado en posesión de los recursos pecuniarios o las propiedades... en representación del acusado, o bien que se hayan obtenido como obsequio de éste. Si se formula con ciertas restricciones, el supuesto se apega al derecho básico del acusado, por tratarse de una respuesta que calcula los subterfugios por medio de los cuales las personas sin escrúpulos podrían con toda facilidad hacer burla de los delitos.¹⁴

Sólo cuando se ha demostrado que la riqueza del acusado no pudo haber provenido de su salario oficial, deberá éste dar una explicación.¹⁵

Lo anterior no es ni novedoso ni sorprendente. Dicho esto, como afirmarí cualquier litigante, en todo proceso se llega al momento en que las pruebas que presenta la fiscalía son tales, que dan lugar a creer en la culpabilidad del acusado. El esposo que sale corriendo de su casa con una pistola humeante en la mano

14. Attorney General v. Hui Kin Hong, *Tribunal de Apelaciones de Hong Kong*, núm. 52 de 1995, p. 16.

15. La mayoría de los países con este tipo de reglamentos cuentan además con un procedimiento por medio del que la agencia investigadora realiza una solicitud formal para que una persona bajo investigación presente una relación de sus bienes. Esto ofrece una oportunidad para que quienes tienen explicaciones válidas las presenten y la investigación concluye sólo cuando la persona no logra ofrecer una explicación probable, de manera que el asunto puede pasar a audiencia en un tribunal.

mientras su esposa yace muerta en el piso, probablemente será acusado de haberla asesinado, a menos que pueda demostrar la probabilidad de que (a) ella se haya disparado; (b) él haya actuado en defensa propia, o (c) que la situación no es lo que parece; que luchó con otra persona para arrebatarse la pistola y corrió pidiendo auxilio. El punto es que la fiscalía no tiene derecho a excluir todas o alguna de estas posibilidades.

Una vez que se cuenta con pruebas suficientes para condenar a alguien, es conveniente (y en realidad es lo que sucede a diario en los tribunales de todo el mundo) que el acusado ofrezca una explicación fidedigna, a falta de la cual probablemente se le condene.

No se trata de “invertir la carga de prueba”, sino de lo que los abogados llaman “la carga de la prueba en favor de la defensa”. El “peso de la prueba” se mantiene durante todo el proceso; no existe presunción de culpabilidad. No es sino hasta que el fiscal haya realizado el descargo de pruebas, que corresponderá a la defensa ofrecer una explicación. De esta manera, la expresión “invertir la carga de la prueba” resulta engañosa y poco satisfactoria, y sigue siendo un reto la necesidad de incluir en el vocabulario de los reformadores un término más apropiado. Una formulación más adecuada sería que “el defensor debe ofrecer una explicación fidedigna”.

B. Derecho Civil

Soluciones a través del derecho civil

Existen diversas razones de peso para que el derecho civil, a diferencia del derecho penal, cuente con mecanismos de recuperación sólidos para combatir la corrupción. Los tribunales civiles son un medio menos gravoso que los tribunales penales para manejar las consecuencias de la corrupción. En el tribunal civil la carga de la prueba es menos grave y, en casos apropiados, la carga de las declaraciones impugnables puede colocarse sobre el sospechoso de manera más eficaz y, al mismo tiempo, más justa. Las pruebas que se obtienen a través del derecho civil sólo requieren establecer la culpa a través de un “equilibrio de probabilidades”, sin tener que ir “más allá de cualquier duda razonable”.

El funcionario corrupto puede levantar una cortina de humo para evadir el derecho penal, pero el derecho civil tiene un alcance más amplio. Las resoluciones de los tribunales civiles pueden hacerse cumplir en un número más extenso de países, con objeto de averiguar el contenido de cuentas bancarias y otros bienes en el extranjero. Esto aumenta el potencial del derecho civil para frenar la corrupción, ya que los funcionarios corruptos se ven obligados a pensar largo y tendido sobre dónde ocultar las ganancias de sus actividades ilícitas.

Sin embargo, los funcionarios corruptos ocultan con frecuencia su riqueza en fideicomisos familiares y por otros medios que les permiten argumentar, llegado el caso, que no tienen control sobre la propiedad. En un gran número de países, esta forma de evasión actualmente causa problemas graves. El pueblo arde en rabia mientras los funcionarios corruptos pasan una corta estancia en prisión y posteriormente recogen sin mayor riesgo el producto de sus bienes adquiridos por medios ilícitos, que aparecen temporalmente bajo los nombres de sus cónyuges o de sus abogados.

El derecho civil ofrece diversas soluciones que están actualmente bajo consideración:

- 1) cancelar los “fideicomisos” y los “obsequios” y considerarlos invalidados;
- 2) declarar nulas e inexistentes las demandas de “propiedad matrimonial” que presentan los cónyuges, tomando como base la inexistencia de “propiedad” de los bienes adquiridos ilícitamente, y
- 3) establecer el supuesto de un “control permanente” de la propiedad de un acusado que se derive de las circunstancias en que se transfirió tal propiedad.¹⁶

16. Véase, por ejemplo, el Decreto de Prevención del Soborno de Hong Kong, s. 10, que es además una herramienta útil para su aplicación en procesos penales.

Esta área de soluciones que ofrece el derecho civil contra la corrupción cambia con rapidez, por lo cual es conveniente mantenerla bajo revisión permanente.

Soluciones para el Estado a través del derecho civil

Se considera que el Estado es víctima de la corrupción, porque los dineros que acepta un funcionario corrupto le pertenecen por ley. Los sobornos se retienen, técnicamente, en un fideicomiso del Estado¹⁷ y, en consecuencia, el Estado puede demandar al funcionario por el valor total de los sobornos recibidos, incluso si tal funcionario (o ex-funcionario) ha gastado la mayor parte del dinero.¹⁸ El Estado también puede exigir una compensación por incumplimiento de obligaciones fiduciarias.¹⁹

Quedaría pendiente la discusión acerca de si la persona que en realidad ofreció el soborno también resulta responsable de robo a las arcas del estado. Aunque en este caso es posible recurrir al derecho común, sería preferible colocar el asunto más allá de toda duda introduciendo una ley estatutaria. Saber que pueden ser demandados por el estado y obligados a pagar el equivalente al monto original del soborno desalentaría de manera importante a quienes acostumbran ofrecer este tipo de recompensas. En términos de procuración corrupta, este “doble pago” lógicamente haría desaparecer uno de los elementos que distorsionan los precios, ya que éstos inevitablemente se reflejan en el precio final.²⁰ El grado de responsabilidad por actos de corrupción en una situación sistémica debe ser tal que si un grupo de personas recibe sobornos por participar en un arreglo corrupto, cada una de ellas resulta responsable en lo personal, no sólo por la cantidad que le correspondió recibir según el arreglo común, sino también como “integrante del fideicomiso”, en proporción a los sobornos que recibieron los demás.²¹

El derecho civil debe también establecer con claridad que los contratos que se obtienen por medios corruptos sólo serán válidos a discreción del estado. Esto permitiría al estado decidir por sí mismo, a favor del bien público, si debe o no cumplirse un contrato en que ha intervenido la corrupción. Para evitar el manejo arbitrario de este tipo de contratos, el estado podría designar a un tribunal superior autorizado para investigar las circunstancias en que se obtuvo el contrato y declararlo nulo si se comprueba que su concesión se realizó por medios corruptos. El hecho de que quienes ofrecen sobornos estén conscientes de que estos contratos descansan sobre bases poco firmes podría también inducir una conducta que se opusiera a la corrupción.

Soluciones que ofrece el derecho civil para el ciudadano privado

Existen diversas razones por las que los ciudadanos particulares deben poder entablar demandas en casos de corrupción. La primera se refiere al riesgo potencial que corre el estado debido a las pérdidas que sufren los ciudadanos particulares o los grupos de ciudadanos a causa de las acciones de un funcionario corrupto. Por ejemplo, si es posible demostrar que el estado ha sido negligente en su administración, quienes sufren un daño como consecuencia de un ejercicio corrupto de procuración pública bien podrían reclamar una compensación sustantiva.

Si el sector privado tiene poca confianza en las acciones contra la corrupción que realizan la policía y la rama judicial del gobierno, una manera de reunir apoyo sería otorgar al sector privado poder para vigilarse a sí mismo

17. Véase *Reading v. The King* (1951) AC: 507, 518; *Maheson v. Malaysia Housing Society* (1979) AC 374, 380.

18. *Attorney-General for Hong Kong v. Reid* (1994), 1 AC 324, 336.

19. *Reading v. The King* (1951) p. 580; *Maheson v. Malaysia Housing Society* (supra), p. 380.

20. Este enfoque se está poniendo a prueba en Gran Bretaña.

21. Véase *Selanger United Rubber Estates Ltd. v. Craddock* (núm. 3) (1968) 1 WLR 155, por *Ungoed-Thomas J.*; y *Karak Rubber Co Ltd. v. Burden* (núm. 2, (1972) 1 WRL 602, por *Brightman J.*, pp. 632-633.

y habilitarlo para realizar demandas a través de los tribunales civiles. ¿Pero a quiénes deben demandar? Sin duda sería deseable que el estado desviara las denuncias en su contra y las orientara hacia el funcionario público corrupto -el que actúa mal. El estado podría determinar que la responsabilidad por la pérdida recae en la persona o entidad (o ambas) que ofreció o aceptó el soborno. Por ejemplo, cuando se burla una acción de procuración pública, los intereses privados que resultan dañados por la corrupción podrían demandar a los perpetradores, y se les alentaría a hacerlo.²²

En los casos en que el estado no está en posibilidad de pagar una compensación adecuada, debería pensar en otorgar poder a sus ciudadanos para emprender acción legal contra los funcionarios corruptos cuando tengan motivos para creer que lo que está de por medio vale la pena el esfuerzo (la acción *qui tam* se discute más adelante).

La Convención de 1999 en materia de Ley Civil contra la Corrupción del Consejo Europeo, de las que un buen número de países europeos son signatarios, establece:

Artículo 3 – Compensación por daños

- 1 Cada una de las partes deberá establecer en su ley interna disposiciones para que las personas que han sufrido daños derivados de la corrupción tengan derecho a tomar acción con objeto de obtener una compensación plena por tales daños.
- 2 La compensación de referencia podrá cubrir daños materiales, pérdida de ganancias y pérdidas no pecuniarias.

Artículo 4 – Responsabilidad

- 1 Cada una de las partes deberá establecer en su ley interna disposiciones para que se cumplan las siguientes condiciones con objeto de compensar a las partes dañadas:
 - (i) que el acusado haya cometido o autorizado el acto de corrupción, o no haya tomado las medidas razonables para evitar el acto de corrupción;
 - (ii) que el demandante haya sufrido daño, y
 - (iii) que exista un vínculo causal entre el acto de corrupción y el daño.
- 2 Cada una de las partes deberá establecer en su ley interna disposiciones en el sentido de que si existen diversos acusados responsables de daño por la misma actividad corrupta, deberán ser responsables de manera conjunta e individual.²³

La Convención se refiere igualmente a casos de negligencia, periodos razonables dentro de los cuales se pueden realizar demandas, contratos que se anulan y cancelan por ser corruptos, protección a informantes y denunciantes, registro de casos, adquisición de pruebas y cooperación internacional en el seguimiento de demandas.

La Convención exige también que el estado pague compensaciones cuando los individuos se han visto dañados como consecuencia de la acción corrupta de los funcionarios en el desempeño de sus deberes. Esta estipulación sería, por supuesto, un peso intolerable para un país en que la corrupción es sistémica y generalizada; sin embargo, reconoce el principio de que el estado que no protege adecuadamente a quienes realizan negocios con él es responsable de las consecuencias.

22. El Convenio sobre Derecho Civil para Casos de Corrupción de 1999 del Consejo Europeo establece que los estados miembros deberán aceptar la responsabilidad de ofrecer compensación a quienes se vean afectados como resultado de las actividades de los funcionarios públicos corruptos. Esto obviamente resultaría una carga demasiado pesada que un gran número de países no podrían aceptar en la etapa actual de su desarrollo. Otros artículos del Convenio establecen soluciones civiles contra los perpetradores de actos de corrupción.

23. El texto completo se puede consultar en <http://www.coe.fr/eng/legaltext/174e.htm>.

“Lista negra” judicial

Por último está el valerse de los tribunales civiles para inhabilitar a los ciudadanos y a las empresas para que realicen negocios con el sector público. Esto tiene un potencial considerable para frenar la corrupción en situaciones en que las empresas internacionales operan fuera de la jurisdicción del estado y las leyes penales se rompen con impunidad. Sería muy probable que una empresa de este tipo estuviera operando también en otros países. Si la ley autoriza que el estado recurra a los tribunales valiéndose de procedimientos civiles, que a diferencia de los procedimientos penales pueden aplicarse a individuos y empresas en el extranjero, se sienta un precedente para el proceso de inhabilitación. Esto permite a los competidores referirse al fallo del tribunal al tratar con otros estados, y sugiere que quienes hacen negocios con tal empresa, o con individuos relacionados con ella, corren el riesgo de que se hagan conjeturas poco favorables sobre la naturaleza inapropiada de su relación.²⁴

C. Recuperación de Bienes Ilícitos

Resulta axiomático que el delito no sea buen negocio. Sin embargo, en el mundo real los productos de la corrupción pueden ser enormes y la posibilidad de que el estado de los que se extrajeron pueda recuperarlos parecería mínima.

La riqueza adquirida por medios ilícitos puede confiscarse a través del derecho penal o de un proceso civil. Como se ha dicho, es importante garantizar que los investigadores cuenten con ambos canales aunque es más fácil establecer el proceso civil y éste puede funcionar con mayor eficacia.²⁵ Sin embargo, a nivel internacional generalmente es necesario que los procedimientos penales den inicio antes que otros países se vean obligados a ofrecer ayuda en la localización y congelamiento de los bienes adquiridos por medios ilícitos.

La “Comisión Heath” de Sudáfrica

En la mayoría de los países la recuperación de la propiedad del estado se encarga a una dependencia tradicional, como sería el Ministerio de Justicia o la Procuraduría General. Los nombres pueden variar, pero las funciones son casi las mismas. Sin embargo, cuando se trata de los productos de la corrupción, estos órganos generalmente se ven abrumados por otras demandas en cuanto al tiempo y falta de poder para realizar investigaciones. Cuando actúan, lo hacen a través del sistema normal de tribunales. En Sudáfrica, la legislación correspondiente se puso en marcha en 1996 para prever el establecimiento de comisiones especiales para investigar faltas y prevaricación graves por parte de las instituciones del estado, y para establecer Tribunales Especiales que se hicieran cargo de los asuntos civiles derivados de las investigaciones que realizan las Unidades Especiales.²⁶

Para solucionar el problema de la confidencialidad y de las reglas contra la autoincriminación, se confirieron los siguientes poderes:

Los poderes de la Unidad Especial de Investigación

5.(2) La Unidad de Investigación puede:

- (a) exigir a cualquier persona, a través de uno de sus miembros, los detalles e información que sean razonablemente necesarios;

24. Este enfoque se recomendó durante un taller sobre leyes contra la corrupción celebrado en Malawi en octubre de 1995, al que asistieron 120 miembros del parlamento.

25. La Comisión Heath de Sudáfrica es un ejemplo de esto.

26. Ley sobre Unidades Especiales de Investigación y Tribunales Especiales de 1996 (No. 74 de 1996).

- (b) ordenar a cualquier persona, por orden escrita del Jefe de la Unidad Especial de Investigación o de un miembro comisionado para tal fin y entregada por un miembro de esa unidad, un oficial de policía o un alguacil, que comparezca en tiempo y lugar especificados en la notificación y presente libros, documentos u objetos específicos que estén en poder, en custodia o bajo el control de tal persona, siempre y cuando se indique en la orden las razones por las que se requiere su presencia;
- (c) a través de un miembro de la Unidad Especial de Investigación, administrar bajo juramento o aceptar una declaración de cualesquiera de las personas a que se refiere el párrafo (b), o de cualquier persona presente en el lugar a que se refiere el párrafo (b), independientemente de si se ha solicitado a esa persona comparecer, e interrogarla bajo juramento o aserción.
- (3) (a) La ley sobre los privilegios a que tiene derecho un testigo que se supone debe rendir evidencia en un caso penal o en un tribunal deberá aplicarse con relación al interrogatorio de una persona en los términos del subinciso (2): siempre y cuando una persona se niegue a contestar una pregunta con base en que la respuesta lo expondría a una acusación penal, podría obligársele a contestar.
- (a) No se admitirá evidencia relacionada con preguntas o respuestas a que se refiere el párrafo (a), en un procedimiento penal en que la persona esté siendo juzgada por cargos de perjurio u otra acusación que contemple la sección 319(3) de la Ley de Procedimientos Penales de 1955 (Ley número 56 de 1955).

La Comisión que se estableció con apego a la Ley de 1996, encabezada por el juez Willem Heath, obtuvo su mejor perfil cuando logró recuperar sumas considerables de dinero de personas que lo habían acumulado por medios corruptos.

La Unidad Especial de Investigación de la Comisión tiene poder para investigar:

- (a) prevaricación grave relacionada con los asuntos de cualquier institución del estado;
- (b) conducta impropia o ilícita por parte de los empleados de cualquier institución del estado;
- (c) apropiación o gasto ilícitos de fondos o bienes públicos;
- (d) actos, transacciones, medida o prácticas de adquisición ilícitas, irregulares o no autorizadas que tengan repercusión sobre los bienes del estado;
- (e) pérdida intencional o por negligencia de fondos públicos o daños a la propiedad pública;
- (f) corrupción relacionada con los asuntos de cualquier institución del estado;
- (g) conducta ilícita o impropia de cualquier persona que haya causado o pueda causar daño grave a los intereses del público o cualquier categoría relacionada.

Para la realización de estas tareas, la Comisión cuenta con poder para:

- (a) investigar alegatos relacionados con el asunto de referencia;
- (b) reunir evidencia relacionada con actos u omisiones que sean relevantes para su investigación y, de ser el caso, instituir los procedimientos contra las partes involucradas en un Tribunal Especial;

Dinero para nada... “Hasta la fecha, la unidad Heath, creada a principios del año pasado, ha puesto al descubierto el robo de bienes gubernamentales entre los que se incluyen terrenos, autos y equipo de oficina tal como computadoras y fondos por más de 1.5 mil millones de dólares. Eso, dice Heath utilizando un refrán africano, son “sólo las orejas del hipopótamo”. “El hurto administrativo no es exclusivo de la nueva Sudáfrica. El camaraderismo y el desperdicio fueron marcas distintivas del gobierno de segregación que, según Tony Leon, dirigente del Partido Democrático de oposición, “era capaz de impartir cursos de maestría, si no es que de doctorado, sobre el arte de la corrupción”. Las investigaciones de Heath, aunque se concentran en gran parte en casos recientes, datan de fechas tan remotas como 1976. “Algunos casos involucran manejos nefarios en los así llamados estados negros “independientes” de Sudáfrica segregacionista, que se han incorporado a las nueve provincias reorganizadas del país. Lucas Mangope, de 74 años de edad, antiguo presidente de uno del estado de Bophuthatswana, que en 1994 se dividió entre la provincia del Noroeste y el Estado Libre, fue declarado culpable de fraude y robo de cerca de 760,000 dólares, incluyendo alrededor de 400,000 dólares de fondos tribales que colocó en su cuenta bancaria personal. Pero en lo profundo del pasado segregacionista, la corrupción generalmente se vestía de misterio. En la actualidad, la transparencia de la nueva Sudáfrica la ha puesto al descubierto”. *Time Magazine*, 10 de agosto de 1998

- (c) presentar evidencia durante los procedimientos que se realicen ante un Tribunal Especial;
- (d) mencionar evidencia relacionada con la comisión de delitos, o que indique que se ha cometido un delito contra la autoridad acusadora relevante.

Al concluir una investigación, la Comisión presenta un informe final al Presidente. También debe presentar al Parlamento un informe sobre las actividades de investigación, la composición y los gastos en que incurrió la Unidad, cuando menos dos veces al año.

La Unidad utiliza un enfoque multidisciplinario para realizar las investigaciones. El equipo que se prepara para una investigación generalmente consiste de investigadores de alto nivel y auxiliares, auditores, contadores, abogados y, de ser necesario, peritos en Tecnología de la Información. Todas las investigaciones se realizan bajo la perspectiva de la acción civil ante el Tribunal Especial. La Unidad instituye una acción civil típica ante el Tribunal o presenta una solicitud de orden con procedimientos similares pero más breves que los que se instituyen en un Tribunal Superior.

Un porcentaje significativo de los casos que maneja la Unidad son acciones para prevenir la pérdida de bienes del estado o la protección de bienes o fondos estatales. La Unidad tiene poder para solicitar al Tribunal Especial que expida una orden de prohibición o de embargo para intervenir y evitar la pérdida de bienes del estado (que está por ocurrir) o para congelar bienes adquiridos por medios ilícitos que están fuera del alcance de las instituciones estatales. Un ejemplo de orden que prohíbe una transacción se da cuando el estado realiza un contrato sin haber cumplido con los requisitos de procuración. La puesta en marcha de un contrato de esta naturaleza se detiene hasta que se realice la investigación correspondiente. Un ejemplo de orden de embargo se da cuando una persona ha robado un cheque del estado, lo ha cobrado y depositado en una cuenta bancaria. Los fondos se congelan o embargan hasta tener los resultados de la investigación. Esto se ha convertido en un herramienta muy útil en los casos de lavado de dinero.

En casos de extrema urgencia, el Jefe de la Unidad, un Juez del Tribunal Especial, tiene derecho a emitir una Orden de Suspensión o una Prohibición. Este tipo de órdenes deben ratificarse dentro de un plazo de 48 horas de su emisión.

El concepto de la Unidad de recuperar y proteger los bienes del estado desde un punto de vista civil es único en el mundo, y sus logros muestran que ha tenido un éxito considerable.²⁷ También ha suscitado críticas de algunos políticos, lo que muestra la necesidad de que una Unidad de esta naturaleza goce de un nivel elevado de confianza pública y responsabilidad si no quiere arriesgarse a que le corten las alas.²⁸

Acciones qui tam²⁹

Un enfoque que aún no ha sido suficientemente emulado pero que valdría la pena considerar es el de la acción *qui tam*, que tiene sus raíces en la Inglaterra medieval (1424) cuando a alguien que puso al descubierto cierta conducta ilícita se le recompensó con parte de la multa que tuvo que pagar el malhechor. A principios de su existencia, el Congreso de Estados Unidos importó la noción a casi todos sus primeros 14 estados que imponían multas.

27. En Octubre de 1999 el juez Willem Heath informó a la Conferencia Internacional Contra la Corrupción celebrada en Durban que la Unidad tenía aproximadamente 220,000 casos bajo investigación en esa fecha, y durante el periodo de enero de 1998 a marzo de 1999 la unidad puso a salvo, protegió o recuperó bienes o fondos estatales por valor de 1.35 mil millones de rands.

28. Esta sección se basa en Willem Heath, "Civil Process to Combat Corruption", ponencia elaborada para la 9ª Reunión de ICAC, Durban, Sudáfrica, 13-14 de octubre de 1999: <http://www.transparency.org>. Desde la Conferencia de Durban, las tensiones entre la Comisión y ciertos políticos, y un aparente resentimiento entre la rama judicial ha conducido a que las funciones de la Comisiones se limiten de manera drástica. Parecería probable que la experiencia de la Comisión se vuelva un estudio de caso sobre las dificultades que puede enfrentar una iniciativa exitosa de las fuentes menos probables.

29. Apócope de qui tam pro domino rege quam pro se ipso in haec parte sequitur, (quien presenta la acción al rey también la presenta para su propia causa).

La actual Ley de Denuncias Falsas (False Claims Act)³⁰ de Estados Unidos tuvo su origen durante la guerra civil de ese país, cuando el fraude a gran escala que cometían los contratistas del gobierno extraía recursos que la Unión apenas podía permitirse perder. El Congreso y el presidente trataron de allegarse el apoyo de los ciudadanos individuales en su lucha por desarraigar el fraude y llenar las arcas del estado.³¹

El gobierno sencillamente no contaba ni con el tiempo ni con los recursos para enfrentar el problema de manera eficaz, y al otorgar al pueblo poder para actuar en su nombre (y compartir los productos recuperados) aumentó el factor de riesgo, desató el entusiasmo privado y, finalmente, recuperó miles de millones de dólares que de otra manera se habrían perdido. Ésta parecería ser una opción atractiva para los gobiernos que enfrentan actualmente el mismo dilema.

El enfoque de referencia se ha fortalecido a lo largo de los años, y en 1986 el Congreso de Estados Unidos lo describió como “la primera herramienta de litigio para combatir el fraude” con que cuenta el gobierno. Disposiciones similares se aplican con relación a otros estatutos federales, tales como el área de infracción a patentes.

La Ley de Denuncias Falsas de Estados Unidos establece responsabilidad civil cuando ocurren transacciones falsas (que incluyen ignorancia deliberada y desacato temerario de la verdad o falsedad, así como conocimiento real), y no establece el requisito de que haya un intento específico de fraude. Debido a que las acciones del tribunal son de carácter civil -no penal- no es necesario establecer los hechos “más allá de una duda razonable”, sino según la norma ligeramente menor que se aplica en los casos civiles. Los acusados pueden hacerse acreedores a una multa mínima de 5,000 dólares por cada denuncia falsa, más tres veces la cantidad del daño que sus actos causen al gobierno.

Cualquier individuo puede entablar acciones *qui tam* (no es necesario esperar a que el gobierno emprenda la acción) y existen formas para proteger a los denunciantes contra las represalias. Se envían al gobierno copias de los procedimientos y éste tiene 60 días para decidir si el Departamento de Justicia debe intervenir y tomar la responsabilidad principal de ejecutar la acción. Incluso cuando sí lo hace, el denunciante original tiene derecho a permanecer como parte de la acción, de manera que ésta no puede resolverse sin que se escuche a quien la origina. A final de cuentas, un denunciante individual que tiene éxito recibe 10 por ciento de la suma recuperada (si el gobierno se hace cargo de la acción), o 25 por ciento (si no lo hace).

Existen maneras para protegerse contra las denuncias infundadas. El gobierno puede intervenir y solucionar la denuncia, o bien puede solicitar al tribunal que lo resuelva. El tribunal puede también restringir la intervención del denunciante en el litigio si su participación irrestricta es para fines de acoso. En los casos en que la denuncia no procede por ser infundada o malintencionada, el tribunal puede imponer el pago honorarios y gastos legales razonables contra el denunciante. No obstante, algunos denunciantes han recibido compensaciones de millones de dólares, y la publicidad resultante puede alentar a otros a presentar sus casos.³²

D. Amnistías: Lidiando con el pasado

Una de las cosas menos populares que puede hacer una administración es conceder amnistía a quienes han abusado de su cargo oficial. Sin embargo, la pregunta sobre “cómo desatar el nudo gordiano” sigue siendo crucial por controvertida.

30. U.S.C. dd 372-933.

31. John C. Kunich, *Qui Tam. White Knight or Trojan Horse* (1998) 33 *AFLR* 31.

32. Ibid. Por ejemplo, en 1994 *Industrias Teledyne* resolvió una demanda relacionada con la certificación falsa de interruptores electrónicos que se surtieron a las fuerzas militares de Estados Unidos. Dos antiguos empleados entablaron una demanda y recibieron 18.5 millones de dólares como parte del arreglo de 112.5 millones. “Teledyne deberá pagar 112 millones por demandas de dos denunciantes”, *LA Times*, 22 de abril de 1994.

En los países donde la corrupción es un mal endémico, el presente puede ser prisionero del pasado. Los ricos y poderosos pueden sentirse amenazados y actuar para obstaculizar -o cuando menos entorpecer- los esfuerzos de reforma. Los sistemas corruptos pueden ser capaces de realizar reformas en el papel, pero los individuos corruptos pueden obstaculizar las mejores intenciones de los reformadores.

En diversos países se llevan a cabo debates permanentes con relación al tratamiento que debe darse al pasado cuando llega la hora del cambio político. ¿Sería posible alentar el cambio sentando un escenario en que los políticos corruptos en el poder estén más dispuestos a ceder? Quienes están en el poder podrían sentir la necesidad de contar con la garantía de que su futuro, una vez fuera del poder, será relativamente seguro.

Existen múltiples razones que justifican el enfoque de la amnistía, independientemente de qué tan impopular pueda ser. En primer término, en un nuevo clima moral con reglas y expectativas diferentes, tal vez no sea correcto que las acciones que se emprendieron en el antiguo ambiente moral deban juzgarse de acuerdo a normas “nuevas” (o “revitalizadas”).

En segundo lugar, la conciencia y las expectativas públicas de que al fin se hará algo acerca de la corrupción probablemente produzca un aluvión de denuncias que podrían abrumar a las instituciones creadas para enfrentar el problema.

Tercero, la voluntad política para derrotar la corrupción podría estar en riesgo de ser socavada por quienes ocupan cargos de influencia y se verían afectados adversamente por una acción competente contra la corrupción.

La amnistía, la reconciliación u otras maneras de manejar el pasado fuera del sistema de justicia penal resultan aconsejables, particularmente cuando:

- el gobierno está por crear un nuevo organismo contra la corrupción;
- la corrupción ha sido o es aún sistémica y lo más probable es que el número de casos pendientes paralicen al nuevo organismo;
- una proporción significativa de los servidores públicos se vieron forzados, debido a los bajos salarios, a valerse de actos menores de corrupción para sobrevivir (consideración que no puede aplicarse a quienes perpetran “grandes actos de corrupción”), o
- ha habido necesidad de llegar a un acuerdo con una administración corrupta como condición para que rinda su poder.

Las opciones se limitan a:

- (a) declarar una “amnistía” con el fin de que no se investigue lo ocurrido antes de cierta fecha;
- (b) emprender un proceso de “verdad y reconciliación” por medio del que quienes den un paso al frente dentro de cierto tiempo y admitan públicamente sus actos pasados de corrupción no sean enjuiciados;
- (c) restringir el uso de nuevos poderes de investigación para averiguar acerca de asuntos que ocurran sólo después de cierta fecha (constitucionalmente, los nuevos delitos sólo tendrán efecto a partir de la fecha en que se creen las leyes, ya que no pueden ser retroactivos); o
- (d) sencillamente no hacer nada con la esperanza de que todas las acusaciones puedan investigarse a satisfacción del público.

Oligarca solicita amnistía El magnate ruso Boris Berezovsky solicitó amnistía por fechorías relacionadas con la venta caótica y corrupta de acciones del estado, diciendo que el arresto de un magnate de los medios de Moscú que se realizó esta semana demuestra que Rusia necesita un estado limpio para proteger la división de la propiedad posterior a la era soviética... “Todos lo que han participado en los negocios durante los últimos diez años pueden ser víctimas de este sistema, dijo el señor Berezovsky... “Es necesario encontrar una solución y esa solución es la amnistía para los capitalistas iniciales. Es necesario poner fin a la historia de lo que pasó”... Dijo, además, que la falta de reglas claras que rigieron los negocios en las primeras etapas de la reforma y los cambios frecuentes en la ley empujaron a los empresarios a la indefinición y los tornaron vulnerables a ser enjuiciados si caían de la gracia del Kremlin... Todos los empresarios rusos, dijo, corren el riesgo de ir a prisión”. *Wall Street Journal*, 16-17 de junio del 2000

¿Qué implicaría cada una de las opciones anteriores?

(a) *¿Debe haber amnistía?*

Si se decide seguir este curso, es esencial que las personas comprendan y valoren las razones que hay detrás; asimismo, la amnistía debe establecerse con el mayor cuidado a través de una ley escrita. De esta manera, debe despertarse la conciencia pública sobre la necesidad de cierta clase de amnistía, y la discusión pública debe anteceder a la introducción de cualquier ley. Si ésta se presenta al público sin haber preparado el terreno cuidadosamente, es probable que las personas sospechen lo peor y erijan barricadas -en sentido literal.³³

Para toda amnistía general deben existir excepciones -tanto para permitir que el comportamiento monstruoso que saldrá a la luz sea investigado y castigado, como para que el propio concepto de amnistía resulte más digerible para el público en general. Si no se establecen excepciones, el mecanismo empleado para decidir cuáles casos merecen la amnistía y cuáles no, debe contar con la confianza del público -y la decisión debe ser irrevocable. El mecanismo debe ser de carácter judicial y no quedar en manos de los políticos (quienes es poco probable que lo administren con justicia).

Si las amnistías van a tener un carácter condicional o a concederse sobre bases *ad hoc*, el comité de animista debe integrarse exclusivamente por personas de comprobada integridad que gozan de confianza pública. El comité deberá analizar todas las acusaciones relativas a casos de corrupción que tuvieron lugar antes de la fecha de la amnistía y posteriormente deberá someterlas a mayor investigación o archivarlas.³⁴

(b) *Para emprender un proceso de "verdad y reconciliación"*

La ICAC de Nueva Gales del Sur (Australia), una de las principales agencias contra la corrupción ha disfrutado por varios años de poder para sostener audiencias públicas. Se llama a los testigos para rendir evidencia y aunque ésta no puede utilizarse contra ellos en procesos penales, las audiencias constituyen un medio para ilustrar al público respecto a qué es exactamente lo que ha estado ocurriendo. Por ejemplo, una investigación sobre abuso de privilegios de viaje por parte de los miembros de la Legislatura estatal condujo a mayor claridad en los procesos y normas más altas de conducta de los involucrados.³⁵

Si se trata de proporcionar un foro para "exponer en público" a los funcionarios y darles la oportunidad de reivindicar su pasado con un elemento de represalia que el público juzgue aceptable, este curso podría representar una alternativa. Por supuesto, la situación es cualitativamente poco semejante a las operaciones que realiza la Comisión de Verdad y Reconciliación de África del Sur. Ésta manejaba casos de violaciones de derechos humanos y no se enfrentaba a pillos que todavía tenían en su poder las ganancias de sus delitos.

(c) *Para limitar el uso de nuevos poderes de investigación*

Desde un punto de vista pragmático, existe el peligro real de que la autoridad contra la corrupción se vea abrumada por innumerables denuncias de casos antiguos y que sencillamente no pueda manejar tal volumen. Por otra parte, el intentar resolver casos antiguos absorbería recursos y limitaría la capacidad de la agencia para investigar denuncias de nuevos casos de corrupción.

33. Las acciones contra la corrupción de Hong Kong fallaron el día de hoy cuando uno de los pocos éxitos de los tiempos modernos casi sufrió una parálisis antes de arrancar. Cuando se estableció la nueva agencia contra la corrupción la policía entró en huelga por temor a convertirse en su blanco. El gobierno emitió una ley concediendo amnistía y esto provocó disturbios callejeros. La postura final fue que se procedería contra los casos graves, se extraditó y encarceló a un jefe de policía y el descontento popular cedió.

34. El análisis lo realizó Bertrand de Speville en Amnesty, Reconciliation and Other Alternatives of Dealing with the Past, Reunión de expertos de UNCICP, Viena, 13-14 de mayo del 2000.

35. Véase Corruption Matters, febrero/marzo de 1999, núm. 11, publicación de NSW ICAC, <http://www.cac.nsw.gov.au>.

Es necesario considerar con todo cuidado la cuestión de cómo hacer el mejor uso de los recursos disponibles en términos del manejo de denuncias presentes y futuras en comparación con denuncias antiguas. Si se está partiendo de cero, las agencias deben poder dar seguimiento a las denuncias de manera rápida y eficaz.

Las leyes nuevas podrían incluir las siguientes disposiciones:³⁶

Investigación de delitos anteriores [a cierta fecha]

- (1) A pesar de lo que establece el apartado [...] [las autoridades contra la corrupción] no deberán actuar como lo indica ese apartado con relación a supuestos delitos que se cometieron antes de [fecha], excepto cuando se trate de:
 - (a) personas que se encuentren fuera de [país], o contra quienes exista orden de arresto pendiente al [fecha];
 - (b) cualquier persona que haya sido entrevistada por un oficial de policía de [agencia contra la corrupción] y contra quien se hayan realizado denuncias de haber cometido un delito relacionado con la presente [ley];
 - (c) un delito que el [comité determinado y establecido] por acuerdo del [autoridad contra la corrupción] considere suficientemente grave para requerir acción.
- (2) El certificado que expida el presidente del comité, donde se asiente el hecho que el comité considera como delito lo suficientemente grave como para requerir acción deberá constituir la prueba concluyente del hecho.
- (3) La decisión que tome el comité de acuerdo al subapartado 1(c) deberá ser inapelable y no podrá cuestionarse bajo procedimiento legal alguno.

Sin las excepciones, la disposición diría:

A pesar de lo que establece el apartado [...], la [autoridad contra la corrupción] no actuará como lo indica ese apartado con relación a delitos supuestos cometidos antes de [fecha].

(d) *Simplemente no hacer nada*

La opción final es no hacer nada, y dejar que el pasado se ocupe de sí mismo. Esto levanta una nube de sospechas y no establece los lineamientos claros y transparentes bajo los cuales deberán trabajar las agencias nuevas o revitalizadas. También deja al público en tinieblas sobre lo que está sucediendo y sobre si realmente existe voluntad política. Esto resulta tentador y sin duda reduce al mínimo los obstáculos que representan los poderosos corruptos del pasado inmediato; pero también es la estrategia más arriesgada de todas.

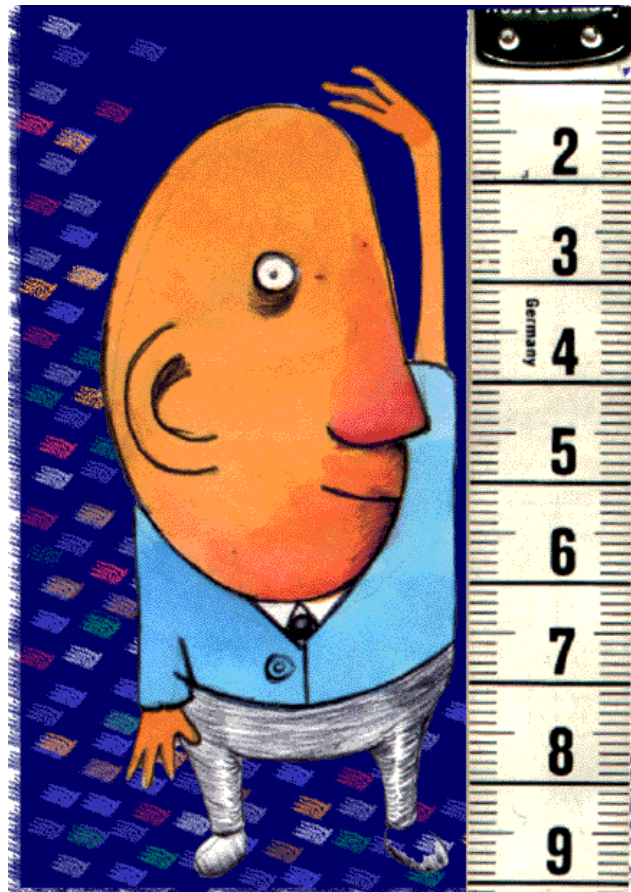
Algunos indicadores para evaluar la eficacia de las leyes penales y civiles

- ¿Prevé la legislación penal los siguientes seis delitos básicos?
 - soborno a servidores públicos (incluyendo jueces, miembros de la legislatura y ministros);
 - solicitar o aceptar obsequios por parte de los servidores públicos;
 - abuso de un cargo público para provecho personal;

36. Proyecto de Bertrand de Speville, Ibid. Adaptación de la reglamentación de Hong Kong.

- posesión por un servidor público de riqueza inexplicable (o vivir más allá de lo que permite el salario oficial);
 - comisiones secretas otorgadas a o realizadas por un empleado o agente (incluyendo corrupción dentro del sector privado);
 - sobornos y obsequios a los votantes;
- ¿Abarca el derecho penal los tipos más graves de corrupción y representa un freno para los posibles funcionarios corruptos? Si no es así ¿cuáles son sus fallas (estableciendo la diferencia entre las fallas que presentan las leyes reales en contraposición a las de las instituciones responsable de su observancia)?
 - ¿Resultan adecuadas las leyes existentes para emprender acciones en contra de funcionarios corruptos que adquieren propiedades de manera ilícita?
 - ¿Se considera que las leyes penales se están aplicando justamente, o selectivamente?
 - ¿Considera el público en general que todas las personas son iguales ante las leyes penales o piensa que existen ciertas categorías de funcionarios que están exentos de ellas?
 - ¿Se están manejando ciertas cuestiones como si se tratara de asuntos penales cuando resultaría más eficaz imponer una sanción administrativa?
 - ¿Se entiende con claridad la ley sobre pagos corruptos? ¿Es ésta adecuada? ¿Se cumple? Si no ¿por qué?
 - ¿Cuentan los ciudadanos particulares y el sector corporativo con soluciones para enfrentar las consecuencias de la corrupción?
 - ¿Se utilizan las demandas que presentan miembros de la familia como escudo para proteger la riqueza adquirida por medios ilícitos de las reclamaciones legítimas por parte del estado?

Las Encuestas como Herramientas Midiendo el Progreso





Indice

Las Encuestas como Herramientas / Midiendo el Progreso	410
Encuestas internacionales	412
Encuestas nacionales y sectoriales	413

Las Encuestas como Herramientas / Midiendo el Progreso

*Are we winning? Are we losing?
I can't tell,
I just keep punching
'til I hear some kind of bell...
[¿Vamos ganando? ¿Vamos perdiendo?
No lo sé,
Sólo sigo golpeando
hasta que escuche algún tipo de campana...]
Rock Follies, 1977*

La corrupción es quizás el crimen menos reportado que existe. Kevin Ford ha observado que:

(Un acto de corrupción) es perpetrado generalmente con gran secrecía. Todas las partes involucradas en la transacción inmediata (el que da el soborno y el que lo recibe) están usualmente satisfechos con el resultado y reconocen las posibles consecuencias negativas que resultarían de revelar su propio papel en dicha conducta criminal, incluso si no se encuentran satisfechos. Mientras tanto, las víctimas de la corrupción, que son usualmente el público en general y la sociedad en su conjunto, se encuentran alegremente inconcientes de los actos específicos de la corrupción o acostumbrados de tal manera a dicha corrupción que se vuelven indiferentes a ella.¹

Dada esa secrecía y los intereses comunes entre sus perpetradores, los niveles de corrupción son extremadamente difíciles de medir. No existe una ecuación que nos permita evaluar el tamaño del iceberg apreciando la parte de éste que sobresale por encima de las olas.

Por ello, al carecer de una medición se vuelve extremadamente difícil evaluar áreas particularmente difíciles o afirmar con seguridad si es que los programas de reforma están teniendo en la práctica algún efecto positivo. Ahora se reconoce que cierto tipo de encuestas constituyen una herramienta esencial en contextos en los que se busca contener a la corrupción y la conducta ilegal, a pesar de la serie de dificultades que implique su diseño y ejecución.³

Por supuesto que es poco realista esperar que la gente admita una conducta criminal o incluso socialmente indeseable en el transcurso de una encuesta, si es que al mismo

¿Por qué medir la corrupción? Instrumentar reformas que mejoren la gobernabilidad es inherentemente difícil. Debido a que dichas reformas disminuyen de forma dramática las rentas derivadas de la corrupción, los funcionarios de alto rango, los políticos y los burócratas se resisten frecuentemente a ellas. No obstante, dicha resistencia puede ser encubierta con frecuencia debido a la falta de evidencia concreta sobre la corrupción y la suposición-ahora descartada-de que la corrupción no puede ser medida. Cuando dicha evidencia es disponible, el debate en torno a la corrupción puede dejar de politizarse y enfocarse a asuntos substantivos. Medir la corrupción ofrece también otros beneficios. Puede ayudar a establecer prioridades... Educar al público... y establece una línea de base sobre la cual los éxitos y fracasos de las reformas pueden ser luego medidos.
Dani Kaufmann et al; Nota preparada titulada "Corrupción: Encuestas, análisis de información y reformas", discusiones Utstein Internet, abril 4 2000.²

¹ Comunicación del 30 de noviembre 1999: Foro de Desarrollo de Internet en materia de Estrategias de Anti-Corrupción coordinado por el Banco Mundial et al. Kevin Ford es Presidente del Consejo de la Conferencia Internacional de Combate a la Corrupción. Anteriormente fue Vice-Comisionado de Investigación en la Ciudad de Nueva York (1994-98) y ha pasado un total de más de 25 años investigando y persiguiendo la corrupción en los Estados Unidos.

² Nuevos trabajos con el uso de encuestas están siendo realizados por Dani Kaufman y su equipo en el Instituto del Bano Mundial. Estos trabajos incluyen encuestas a detalle en Albania, Georgia y Letonia, los cuales ofrecen una imagen asombrosa de una corrupción sistémica profundamente institucionalizada, aunque el patrón de cada uno de los países es distinto y diferente. Entre los resultados se encuentra el hecho de que la corrupción lastima de manera desproporcionada a los pobres (es más probable que los hogares ricos paguen sobornos, pero el peso de la corrupción, medido como fracción del ingreso utilizado en el pago de sobornos, es mucho mayor en los hogares pobres); los burócratas pagan por posiciones lucrativas en los tres países (lo cual sugiere que los funcionarios "invierten" al comprar su oficina pública); y las empresas pagarían impuestos más altos si la corrupción fuera eliminada.

³ Una herramienta más en vías de ser desarrollada es la definición y medición de los "indicadores de gobernabilidad" con objeto de permitir el avance en el desarrollo de formas de medición de la gobernabilidad.

tiempo existe el riesgo de exponerse a sí mismos. Existe sin embargo cierta categoría de personas que pueden ser encuestadas de manera efectiva, aquellos individuos que se ven a sí mismos como "víctimas" y no como conspiradores voluntarios, más expuestos a la "extorsión" que como participantes de una corrupción consensual.

Por ello, los negocios internacionales (a pesar de su papel como movilizador primario en la gran corrupción)⁴ ha estado dispuesto a ser sondeado. También lo están los negocios locales y la gente ordinaria (como los consumidores de servicios gubernamentales). Sin embargo, aunque este grupo de personas sabe algo acerca de los niveles de corrupción, este conocimiento, más allá de estar basado en su experiencia inmediata, es definitivamente poco confiable y descanza en el área de las "percepciones".⁵

Como regla general, mientras más amplio y menos específico sea la encuesta, más debatibles son sus resultados. El hecho de que las percepciones queden bastante por detrás de la realidad también debe ser tomado en cuenta, especialmente cuando las cosas van mejorando en la realidad pero las percepciones públicas son sustentadas en experiencias anecdóticas pasadas.⁶

Las encuestas pueden darle también crédito a lo que pueden parecer argumentos extravagantes, o afirmaciones para las cuales los encuestados no están equipados. Por ejemplo, en un sondeo nacional reciente en las Filipinas se reportó que más de la mitad de los encuestados aseguraron que más del 50 por ciento del financiamiento dirigido a la construcción de caminos fue desperdiciado. Casi dos terceras partes pensaron que más del 40 por ciento del financiamiento involucrado se perdió en el proceso de recolección de impuestos, 30 por ciento en proporcionar libros gratuitos a los niños en escuelas y 23 por ciento en instalar equipo moderno e las oficinas públicas.⁷ Esto no significa que las afirmaciones sean necesariamente erróneas, pero parece improbable que tantos encuestados estuvieran en posesión de evidencia tal que permitiera establecer como un hecho estas pérdidas. Fueron, y podrían ser sólo "percepciones".

Por otro lado, está la pregunta siempre presente sobre quién es el dueño de la información. Si los resultados de la encuesta son menos que alagadores, y si la encuesta le "pertenece" al organismo que esta siendo criticado, la tentación de suprimir-o peor aún, manipular-los resultados puede ser irresistible. Esta tentación puede ser abrumadora cuando se le dan a un organismo "objetivos de desempeño" que tiene que cumplir, y cuando la información de la encuesta será utilizada para juzgar la conducción de su desempeño. Por ello es altamente deseable que existan personas independientes encargadas del diseño e instrumentación de la encuesta, y que los resultados sean publicados y "compartidos" con la comunidad a la que se ha encuestado. La recolección honesta y profesional de datos de la mano con la subsecuente presentación de los resultados en forma transparente es lo que le da al ciudadano "una voz".

Los hechos, sólo los hechos

"Son sólo los hechos los que se desean en la vida. No cultives nada más, y desenraiza todo lo demás. Sólo puedes formar la mente de los animales por medio de los Hechos".

Mr Gradgrind en "Tiempos Dificiles", Charles Dickens (1854)

La policía advirtió no manipular los índices delictivos.

Estudios realizados por el inspector de la policía demostraron que algunas fuerzas de la policía habían estado manipulando los resultados de las encuestas reduciendo los índices de criminalidad en el área y aumentando los índices de detención y solución de casos. Los delitos fueron con frecuencia erróneamente clasificados considerándolos crímenes menos serios; existían "cancelaciones" (o "ausencia de crimen") de delitos inapropiados luego de haber sido registrados; y no se registraba el número correcto de crímenes, con un margen de error entre el 15 y el 65 por ciento." Guardian (UK), agosto 1 2000.

⁴ Ver la Información sobre Percepciones de Corrupción publicada por Transparencia Internacional el 20 de enero del 2000: sitio de internet – <http://www.transparency.org>.

⁵ Por esta razón, Transparencia Internacional siempre ha insistido que su índice anual de corrupción, que enlista a un gran número de países en función de sus niveles de corrupción, es un "Índice de percepciones" (un Índice de Percepciones de Corrupción) y no refleja necesariamente situaciones de hecho.

⁶ Por ejemplo, se considera que los esfuerzos financiados por el Gobierno de Dinamarca para mejorar los sistemas de archivo de la corte de Uganda han reducido de manera dramática la "desaparición" de archivos de la corte. Sin embargo, participantes de la sociedad civil en un taller, realizado poco tiempo después de la puesta en práctica de las reformas, identificaron a la desaparición de archivos de la corte como el problema más importante en el sistema judicial. Discusiones con miembros del poder judicial de Uganda, 1996.

⁷ Reportado en Linda Luz B. Guerrero y Steven A. Rood, *An Exploratory Study of Graft and Corruption in the Philippines* [Un Estudio Exploratorio del Chanchullo y la Corrupción en las Filipinas] PSSC Social Science Information of the Philippines Social Science Council, enero-junio 1999.

Los resultados de las encuestas deben ser como un elemento importante de un plan de acción nacional en contra de la corrupción, ser publicados e incluidos en sitios de Internet, poniendo así los resultados a disposición de un público amplio y presentando así un reto a la voluntad política de los líderes de un país.

Encuestas internacionales

Las encuestas internacionales sobre percepción de la corrupción han sido iniciadas por Transparencia Internacional, pero no sin cierto grado de controversia. Tal como TI lo ha reconocido siempre, estas encuestas son sobre percepciones, no necesariamente de la realidad, y su valor radica en tanto que reflejan las percepciones de la comunidad internacional de negocios, cuyas decisiones en materia de inversiones tienen un impacto en la economía nacional. Mientras más alto sea el nivel de percepción de la corrupción, menos inclinados estarán los inversionistas extranjeros a establecer compromisos más allá del corto plazo (y de altas ganancias) en un país.⁸

En particular, el Índice de Percepción de la Corrupción (CPI por sus siglas en inglés) de TI ha servido para hacer subrayar el asunto de la corrupción en varios países, y se le acredita el haber contribuido a elevar el nivel de atención de algunos gobiernos a dicho problema. También ha sido duramente criticado por ser "anti-Sur", al enfocarse tan solo en una parte del problema (los receptores de sobornos en lugar de los que ofrecen sobornos internacionalmente), y por dar, en ocasiones, un mensaje deprimente a los gobiernos que se encuentran haciendo esfuerzos sinceros para combatir la corrupción. La metodología desarrollada para amalgamar una serie de encuestas ha estado bajo constante revisión y aún no ha alcanzado por completo un consenso entre los expertos del campo.⁹ No obstante, el hecho de que los países deben ser cubiertos por al menos tres encuestas diferentes significa que el índice resultante es en sí mismo comparativamente sólido.

El CPI envía un mensaje simple a los gobiernos que califican pobremente. Estén o no justificados los resultados, el Índice refleja las percepciones de la gente de negocios que se encuentran tomando decisiones diarias que afectan directamente las economías de los países. Se llama a la acción, ya sea para desmentir los malos entendidos o poner remedio a las quejas. En palabras de The Economist, los gobiernos ignoran los resultados bajo su propio riesgo.

El CPI también ha ayudado a enfrentar el síndrome de "ellos y nosotros": la tendencia de algunos países en desarrollo a culpar sólo a los extranjeros por los males domésticos. Al enfocarse en la corrupción "en casa", el CPI estimula el debate doméstico e incentiva la creación de programas para combatirla.

Un segundo y más reciente "Índice de Pago de Sobornos" (BPI por sus siglas en inglés), fue elaborado en 1999 por la reconocida organización internacionalmente Gallup International a nombre de TI. Ésta encuestó a una muestra representativa de las élites en un varios mercados emergentes para determinar, a partir de aquellos que con más probabilidad saben (hombres de negocios, banqueros, abogados, etc.), de donde es más probable que provengan los sobornos. Esto arrojó una imagen deprimente del involucramiento en corrupción de los exportadores de varios de los países mundiales líderes en exportación. La información generada por esta encuesta puede ser considerada con alta confiabilidad debido a que se enfocó en una audiencia específica de la élite, una audiencia preparada a ser encuestada nuevamente para medir el grado y ritmo de algún cambio.¹⁰

⁸ Tal como lo ha demostrado Shang-Jin Wei, "Un incremento de uno por ciento en la tasa de impuesto marginal reduce el ingreso de IED en alrededor cinco por ciento... Un incremento de un grado en el nivel de corrupción [en una escala de 10 puntos] está asociada con una reducción de dieciséis por ciento en el flujo de IED, o lo que equivale aproximadamente a un incremento de tres por ciento en la tasa de impuesto marginal. En otras palabras, el empeoramiento del nivel de corrupción de un país receptor de inversión de la posición de Singapur a la de México equivale a un incremento de cerca de 21 por ciento en la tasa de impuesto marginal a la inversión extranjera." Ver "How taxing is corruption for foreign investors?", sitio de Internet de TI, <http://www.transparency.org>.

⁹ La metodología se detalla en el sitio de Internet de TI en: <http://www.transparency.org>.

¹⁰ Todos los detalles de la encuesta y su metodología se encuentran en el sitio de Internet de TI <http://www.transparency.org>.

Encuestas nacionales y sectoriales

¿Qué es lo que las encuestas nacionales pueden esperar obtener? Las encuestas de las percepciones de los ciudadanos parecerían tener poco valor a menos de que sean realizadas con altos estándares profesionales, y/o, sean dirigidas a sectores particulares (tales como los consumidores de clínicas de salud etc. para determinar sus experiencias). Cuando se realizan de esa manera, la información resultante puede ser extremadamente útil tanto para establecer una línea de base sobre la cual medir cambios futuros, como para determinar qué está mal. Cuando se publican los resultados, estos pueden también concientizar al público y generar un debate público.¹¹ Al dar a conocer los hechos, estos pueden eliminar la politización de la corrupción, que es con frecuencia una especie de fútbol político.

En particular, las encuestas pueden:

- Promover reformas institucionales - Medir los costos económicos y sociales de la corrupción puede ayudar a identificar áreas prioritarias de reforma, y establecer marcas cuantitativas para calibrar el éxito de reformas institucionales. La información específica sobre organismos enfoca el debate en las instituciones y no en los individuos. La información sobre las estructuras institucionales subyacentes ayuda a explicar por qué algunas instituciones son más vulnerables a las actividades y comportamientos corruptos que otras.
- Estimula el debate tecnocrático y focalizado sobre acciones concretas - La información y análisis de encuestas ayuda a construir coaliciones entre los actores clave al motivar su participación positiva, estimulando un debate tecnocrático sobre reformas concretas y promoviendo la acción colectiva.
- Ayuda a identificar áreas problemáticas y prioridades de reforma - Los instrumentos de las encuestas comprenden preguntas cerradas e indirectas que maximizan el índice de respuestas y facilitan el análisis sistemático de la información. Un análisis empírico riguroso conduce a un debate no-político en materia de reformas concretas para combatir la corrupción. Las preguntas de las encuestas enfatizan la información experimental (es decir, empírica), en lugar de la percepción. Tanto las experiencias como las percepciones son fuentes de información útiles para el análisis riguroso. La información concreta sobre temas nuevos y viejos es una herramienta poderosa para las estrategias de combate a la corrupción.
- Dar a la comunidad una "voz" y fortalecer el sentido de propiedad local - Las encuestas son instrumentadas por ONGs locales y compañías encuestadoras independientes y capaces técnicamente, capitalizando y fortaleciendo el conocimiento y las habilidades locales. Los resultados de las encuestas pueden ser compartidos con los actores y diseminados ampliamente para energizar y fortalecer a la opinión pública y generar condiciones para una reforma.

Los estudios de diagnóstico en materia de gobernabilidad y anti-corrupción instrumentados por el Banco Mundial incluyen ahora tres encuestas llevadas a cabo de manera simultánea, las cuales se enfocan en los funcionarios públicos, hogares y empresas, respectivamente.

- (a) Encuesta de Funcionarios Públicos - El propósito de esta encuesta es comprender los determinantes institucionales específicos de la corrupción (incluyendo soborno, nepotismo, interferencia política, malversación de fondos, etc.), discreción/informalidad, desempeño y gobernabilidad. Los resultados de la

CPI - un catalizador para la acción

Jorge Quiroga Ramírez, Vice-Presidente de 37 años de Bolivia y zar anti-corrupción, me dijo durante una estancia reciente en Miami, que el año pasado Bolivia invitó a los líderes de Transparencia Internacional y a los expertos del Banco Mundial a ir al país y hacer propuestas concretas. En lugar de denunciar el índice anual de corrupción de TI "nosotros decidimos utilizarlo como un catalizador para la acción", afirmó. "Bolivia pavimenta el camino de la anti-corrupción"

Miami Herald, septiembre 30 1998

¹¹ Por ejemplo, una encuesta conducida por TI-Bangladesh reveló altos niveles de percepción sobre corrupción en los niveles bajos del poder judicial, tan altos que los magistrados solicitaron que se tomara acción oficial en contra de la ONG. Sin embargo, el Presidente del país intervino e indicó que, incluso si los resultados eran correctos sólo en parte, el nivel bajo del poder judicial presentaba un problema bastante real.

encuesta le ofrecen al debate sobre políticas vínculos tales como los que existen entre gobernabilidad y alivio a la pobreza y diferencias políticas y de valores/cultura.

- (b) Encuesta Empresarial - Esta estudia el medio ambiente empresarial, poniendo un énfasis especial en los efectos de la gobernabilidad del sector público y la corrupción en el desarrollo del sector privado. Examina el papel de las compañías como usuarios de servicios públicos, como sujetos de diversas formas de reglamentación y como clientes para la tramitación de licencias y permisos. Se le da una atención especial al sistema judicial.
- (c) Encuesta sobre Hogares - El propósito del Estudio sobre Hogares es capturar las experiencias y percepciones de todos los días de los ciudadanos con respecto a la corrupción tanto en el sector público como en el privado. Los ciudadanos son encuestados sobre sus roles como usuarios de servicios públicos, como sujetos de regulación, como clientes en la tramitación de licencias y permisos, y como consumidores de servicios tales como educación, salud, electricidad y vivienda. Se da especial atención a servicios sociales tales como el cuidado a la salud y educación.¹²

La meta no es realizar un diagnóstico profundo, sino un medio para desarrollar programas de combate a la corrupción que se enfoquen en la reforma y la acción colectiva.

Sin embargo, todas estas encuestas necesitan ser aplicadas con regularidad si es que se desea medir el progreso. Más aún, en sociedades democráticas, la gente desearía saber si el gobierno está siendo en realidad efectivo, particularmente si no aprecian un cambio inmediato en su vida diaria. Si las encuestas demuestran que las reformas están comenzando, de hecho, a funcionar, entonces la gente puede probablemente jugar un papel, incluso, y lo que es más importante, generar un apoyo público a los programas de reforma y de esta manera sumarse a su dinamismo e impacto. Se sabe desde hace mucho que un pueblo apático y descreído puede minar fatalmente los programas de reforma mejor intencionados.

Otras seis medidas pueden ser de interés particular:

- (a) **Tarjetas de reporte** Una metodología particular, iniciada por el Centro de Asuntos Públicos de Bangladesh, es el uso de "tarjetas de reporte" de servicios públicos. Estas consisten en entrevistar a los "consumidores" de varios servicios públicos para determinar qué "extras" son los que se les pide pagar para tener acceso legítimo a un servicio. Las "tarjetas de reporte" resultantes son luego discutidas por los directores responsables de los diversos servicios y publicadas en la prensa y en la radio. Varias ONGs alrededor del mundo están siendo capacitadas en Bangalore para hacer uso de esta medida, incluyendo miembros de varios capítulos nacionales de TI.

En qué poner atención cuando la sociedad civil monitorea un proyecto

El Contrato

- procedimientos de selección del contratante;
- programa de actividades, metas claras (cualitativas cuando sea el caso), y resultados;
- cláusulas de aseguramiento (todos los riesgos del contratante, profesionales de diseñadores e ingenieros consultores, responsabilidad, riesgos totalizados de ingeniería civil);¹³
- estudios de factibilidad y planes de negocios (cuando sea el caso).

Instrumentación

- eficiencia operacional y co-participación;
- avance del contrato de acuerdo con el programa;
- razones de los cambios y conveniencia de las soluciones alternativas.

Procedimientos de evaluación

- control de calidad, programa, gasto;
- indicadores como método de análisis cuantitativo comparativo;
- independencia del evaluador (no sólo un asunto de integridad, sino sobre todo de eficiencia).

Resultados alcanzados

- gasto;
- cumplimiento con las metas iniciales;
- evaluación del proyecto luego de su existencia;
- la historia contada por los beneficiarios (p.ej. ¿Encontraron trabajo los capacitados por Have? ¿Se encuentran contentos los conductores con el nuevo camino?).

Técnicas de monitoreo

- ver el contrato;
- examinar la historia y estructura de la co-participación (¿Algún pariente político? ¿Suficiente confianza y espíritu de co-participación?);
- ¿Quién está haciendo qué?;
- gasto en función al presupuesto inicial;
- procedimientos de pago (documentación, impuestos);
- correlacionar metas y resultados;
- entrevistar a los beneficiarios!

Plamen Tonchev (TI-Grecia), "Monitoreo de la Licitación Pública", trabajo presentado en el taller regional de TI en Sofía, Bulgaria, abril 9 2000.

¹² Estos comentarios son una adaptación a las observaciones hechas por Pablo Zoido del equipo de Gobernabilidad del Instituto del Banco Mundial. Para obtener información detallada visite <http://www.worldbank.org/wbi/gac/instruments.htm> donde se pueden encontrar ejemplos de los instrumentos de encuestas que han sido instrumentados en varios países, así como también los resultados que han arrojado.

¹³ La Ley Spinetta en Francia (1978) y la Ley Merloni en Italia (1994) introdujeron una garantía de responsabilidad de diez años. Un seguro obligatorio para obras públicas fue adoptado por primera vez en Marruecos por un Decreto Real en 1895!

(b) **Encuestas "Big Mac"**¹⁴ Una metodología diferente ha sido desarrollada por Poder Ciudadano, el capítulo nacional de TI en Argentina. Esta metodología consiste en, primero ganarse la cooperación de un Ministerio de Gobierno específico o del Alcalde de una ciudad y luego llevar a cabo un análisis de los precios pagados o cobrados por varios servicios. Por ejemplo, se encontró que diferentes hospitales estaban comprando provisiones idénticas a precios muy distintos. Haya sido por razones de ineficiencia o corrupción, el desperdicio y extravagancia quedaron claros. Una vez que se identificó a los delincuentes a través de la comparación de precios, se tomó acción oficial y los precios de compra cayeron dramáticamente.

En otra encuesta argentina de "Big Mac", se revelaron las grandes discrepancias como resultado de una comparación de los costos de almuerzos escolares y los precios a que estos eran vendidos. A poco tiempo de la publicación de tales diferencias, los proveedores que estaban sobrepreciando disminuyeron sus precios y los pusieron todos en línea.

(c) **Encuestas de Antes y Después** En Milán, TI-Italia ha intentado medir la corrupción a través de una investigación sobre el costo de la corrupción adoptando una postura de antes y después.

Como bien se sabe, el conjunto de los Magistrados de Milán lanzaron su investigación "Manos Limpias" sobre la corrupción a principios de los 90. Un amplio grupo de políticos y hombres de negocios fueron procesados por malos manejos de fondos públicos y por proporcionar financiamiento ilícito a los partidos políticos y a políticos. La sociedad civil apoyó decididamente a los Magistrados e indujo un cambio en las siguientes elecciones municipales. Salvo algunos cuantos individuos altamente respetados, nadie de la vieja guardia de la Ciudad fue reelecto.

En estas circunstancias, el Capítulo Nacional de TI se sintió capacitado para medir el costo de diferentes inversiones públicas en varias áreas "antes y después". Los resultados fueron sorprendentes. El costo de las inversiones públicas en Milán antes y después de la campaña de "Manos Limpias" fue:

- las inversiones directas por año se incrementaron en cerca de 400 por ciento;
- la deuda municipal total del tren subterráneo se redujo en diez por ciento;
- el costo de construcción del tren subterráneo se redujo a más de la mitad;
- el nuevo aeropuerto internacional (construido en tres años) tuvo un costo real total de menos de la mitad de los costos estimados previamente;
- las compañías propiedad de la Ciudad cambiaron de pérdidas anuales a ganancias substanciales; y
- el impuesto municipal fue limitado a cinco por ciento, a diferencia del seis a siete por ciento aplicado en otras áreas urbanas comparables.

Estas cifras ayudaron a concientizar a la gente sobre los costos reales de los contribuyentes en contraposición a lo que de otra forma sería un concepto de corrupción algo abstracto.

Cerca de un año después, una compañía independiente de sondeo llevó a cabo un sondeo para TI-Italia sobre cómo se sentían los ciudadanos con respecto a la corrupción. Los resultados mostraron que:

- más del 76 por ciento afirmó que el estado no estaba protegiendo a los ciudadanos adecuadamente del peligro de la corrupción y la intimidación, ya que creían que los criminales habían tomado el control del estado y sus instituciones;

¹⁴ Las encuestas "Big Mac" toman su nombre de una técnica que fue usada por primera vez para medir los salarios comparativos en diferentes partes del mundo. En esencia, consiste en calcular el tiempo que un trabajador promedio tendría que trabajar para ganar lo equivalente al precio de un hamburguesa de McDonalds.

- más de la mitad (52.2 por ciento) pensó que la ilegalidad y los robos eran raramente castigados y un 42 por ciento más pensó que esta consideración era "en gran medida" cierta; y,
- cerca del 93 por ciento pensó que la red de corrupción en Italia no había sido totalmente descubierta, o que aún existían algunas áreas por ser exploradas.

No obstante, existía algo de satisfacción por el nivel de concientización de los ciudadanos, ya que 85 por ciento consideró que los costos de la corrupción cargados a los ciudadanos ordinarios es muy alto.¹⁵

Un rastreo subsecuente de los costos por licitación pública, después de haber sido obtenidas las ganancias iniciales, revelaron un incremento constante en los costos de algunas licitaciones públicas. Al parecer, no como resultado de la corrupción derivada de grandes compañías del sector privado, sino de negocios que habían comenzado a formar cárteles ilegales y a manipular el proceso de presentación de propuestas para contratos pequeños. En total contraste, el interés de las compañías internacionales en competir en el nuevo y más abierto mercado ha significado que la continua caída en costos de los contratos más grandes.¹⁶

(d) Valor por Dinero La tesis rectora es que la corrupción incrementa los precios mientras que reduce la calidad y el desempeño. Por tanto, al evaluar una transacción pública sobre la base de "valor por dinero", si existen distorsiones marcadas esto puede ser debido a la corrupción o a una absoluta ineficiencia. En cualquier caso, se requiere de una acción firme para fortalecer a los sistemas y evitar la repetición. Las distorsiones "marcadas" pueden ser detectadas con prontitud, particularmente dada la disponibilidad de organismos alrededor del mundo que pueden proveer información sobre precios existentes de bienes y servicios de manera rápida y no cara.¹⁷

(e) "Estadísticas de espejo" Las estadísticas de espejo son una forma de monitoreo de la sociedad civil que ha sido desarrollada en Bulgaria. Consiste en una comparación entre los bienes exportados al país vecino, Rumania, de acuerdo, por ejemplo, con documentos de Bulgaria, y la documentación de importación de Rumania, y vice versa. Esta prometedora iniciativa requiere de la cooperación de ambas autoridades aduanales. Así como sucede con la comparación de estadísticas nacionales, el intercambio diario de información y datos registrados en ambos lados de la frontera le permite a los oficiales de aduana de Bulgaria y a aquellos de los países vecinos comparar información acerca de los vehículos cargando bienes de categoría de "alto riesgo" a través de la frontera. Cuando esto fue aplicado en la frontera entre Bulgaria y Rumania, reveló una variedad de fraudes aduanales, particularmente en lo que se refiere a cigarrillos. Se demostró que camiones de Bulgaria cargados de cigarrillos destinados a la exportación jamás cruzaron la frontera o la cruzaron pero iban cargados de papel higiénico o productos semejantes (como aparece en los registros de la frontera del lado de Rumania). De esta manera, los bienes libres de impuestos permanecen en Bulgaria sin haber pagado el impuesto.¹⁸

¹⁵ *Comunicación del Consejo Ejecutivo de TI-Italia del 29 de noviembre de 1999 al Foro de Desarrollo de Internet sobre estrategias de Anti-Corrupción coordinado por el Banco Mundial et al.*

¹⁶ *Esta sección se basa en investigaciones realizadas por Fredrik Galtung, noviembre de 1999 a mayo del 2000. Su investigación continúa.*

¹⁷ *Este es el planteamiento que ha guiado en parte las deliberaciones del comité establecido en Nigeria en 1999 (sobre el cambio al gobierno democrático) para revisar los contratos pendientes del gobierno, presidido por Christopher Kolade. Este planteamiento también ha permitido que estas revisiones sean conducidas con prontitud, de manera justa y objetiva.*

¹⁸ *Corruption and Trafficking: Monitoring and Prevention – Assessment Methodologies and Strategies for Counteracting Trans-border Crime in Bulgaria [Corrupción y Tráfico: Monitoreo y Prevención – Metodologías de Evaluación y Estrategias para Contrarrestar el Crimen Trans-fronterizo en Bulgaria], Boyko Todorov et al (ed.), Center for the Study of Democracy, Sofia, Bulgaria (2000).*

- (f) **Monitoreo de grandes proyectos** Finalmente, existe el asunto sobre si es posible que la sociedad civil, con sus recursos necesariamente limitados, monitoree la instrumentación de grandes proyectos. El planteamiento que comienza a surgir sugiere que si es posible. La sociedad civil sólo debe buscar cumplir con tareas de las cuales pueda ofrecer resultados útiles. Por ello, cuando la escala de un proyecto en particular se encuentra más allá de su alcance, la sociedad civil puede hacer cualquiera de las siguientes actividades o ambas. Puede monitorear elementos seleccionados clave de la empresa, y/o monitorear el proyecto en su conjunto enfocándose en el "sistema" y la forma en la que funciona, asegurando así que los procesos por los cuales los contratos son ofrecidos se apeguen a los requerimientos legales y administrativos.

La frontera más nueva

La frontera más nueva en la lucha en contra de la corrupción es encuestar a las partes involucradas en la corrupción directa y simultáneamente-incluyendo a integrantes de los hogares, directores de empresa y funcionarios públicos-y preguntarles acerca de los costos y ganancias privadas resultantes del pago de sobornos para la obtención de servicios públicos, privilegios especiales y trabajos gubernamentales... Incluso con pocos reportes y falta de respuesta a algunas preguntas sensibles, los resultados parecerían arrojar niveles más bajos de corrupción.

Dani Kaufman et al; Nota preparada titulada "Corruption: Surveys, data analysis and reforms" [Corrupción: Encuestas, análisis de datos y reformas],

Utstein Internet discussions, abril 4 2000.