

## CORRUPCIÓN Y PODERES PRIVADOS

Francisco IBARRA PALAFOX\*

SUMARIO: I. *Una forma de corrupción poco estudiada.*  
II. *La expansión de los derechos humanos versus los poderes privados.* III. *Agentes privados y corrupción en las recientes reformas en México.*

### I. UNA FORMA DE CORRUPCIÓN POCO ESTUDIADA

Todo cambia, nada es permanente y la corrupción no fue la excepción en las últimas tres décadas. Con el declive del Estado nacional y el creciente poder fáctico de las corporaciones multinacionales, la noción misma de corrupción mutó silenciosa pero constantemente. Tradicionalmente, la corrupción se definió como el abuso del poder público para beneficio privado; este abuso era ejecutado por integrantes del sector público o, inclusive, en términos más restrictivos, por quienes al interior del Estado manejaban recursos públicos. Sin embargo, las políticas desreguladoras y privatizadoras implementadas globalmente desde finales de la década de los setenta implicaron que sectores controlados predominantemente por el Estado pasaran a responsabilidad de agentes privados, también de forma monopólica u oligopólica. No obstante esta transformación político-económica verificable empíricamente y generadora de profundas modificaciones jurídicas, en las ciencias sociales la

---

\* Secretario académico e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

noción de corrupción permanecía anclada, predominantemente, en el actuar de los agentes públicos.<sup>1</sup>

Frente a la reciente expansión de los poderes privados, esta noción debe ampliarse para comprender esa transformación global donde los agentes privados influyen decisivamente en las principales decisiones económicas y políticas de los Estados nacionales e, inclusive, violan derechos humanos. Así, también debemos entender por corrupción la acaecida entre particulares cuando uno de ellos toma ventaja de la ley o del poder político para lesionar derechos de otros particulares con el ánimo de obtener sobre éstos una ventaja ilícita de cualquier naturaleza (social, económica o política).

No obstante la creciente participación de los poderes privados en los actos de corrupción y la vulneración de derechos humanos, estos fenómenos apenas comienzan a ser estudiados, conformando una de las grandes lagunas de las ciencias sociales. Comprueba esta aseveración el análisis del principal indicador de la corrupción global, el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) elaborado anualmente desde hace dos décadas por Transparencia Internacional (TI). Éste es un indicador de percepciones sobre corrupción en el sector público y no examina la existente al interior de los poderes privados; en consecuencia, no constituye un dictamen definitivo sobre los niveles de corrupción de los Estados o sociedades nacionales. Sin embargo, al medir los indicadores de la corrupción en los gobiernos, indirectamente se miden los grados de corrupción de los agentes privados pues ellos interactúan con los principales operadores políticos.

Al examinar el índice se aprecia que la corrupción es un problema que afecta a todos los países del mundo, ninguno alcanza un puntaje perfecto y, más de dos tercios de ellos, obtiene uno por debajo de los 50 puntos en una escala de 0 a 100, donde 0 signi-

---

<sup>1</sup> Esta es la noción predominante en Ackerman, Rose, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Reino Unido, Cambridge University Press, 1999, y Heidenheimer, Arnold J. y Johnston, Michael (eds.), *Political Corruption. Concepts and Contexts*, Transactios Publisher, 2001.

ficaría la mayor corrupción posible y 100 la inexistencia de corrupción. Un bajo porcentaje es signo de soborno generalizado, ineficacia del sistema de justicia, alta impunidad e instituciones públicas ineficientes frente a las necesidades de la ciudadanía.

Con el propósito de brindar un esbozo de este indicador para diciembre de 2014 se observaba en los primeros diez lugares a los países escandinavos. Dinamarca es el país con menos corrupción (92 puntos), le siguen Nueva Zelanda (91), Finlandia (89), Suecia (87), Noruega (86), Suiza (86), Singapur (84), Holanda (83), Luxemburgo (82) y Canadá (81). En el décimo quinto lugar se encuentra el Reino Unido (78), Estados Unidos ocupa la décimo séptima posición (74), Chile y Uruguay la vigésima primera (73), España la trigésima séptima (60) y México la centésima tercera posición (35 puntos).<sup>2</sup> México ha caído año tras año en este indicador desde mediados de la década pasada, retroceso generado principalmente por la escalada de violencia producto de la guerra contra el narcotráfico. Al respecto, esta guerra debe considerarse como un problema de naturaleza global con diferentes consecuencias para cada uno de los Estados relacionados. Mientras los países productores y/o de tránsito como México, Colombia, Perú y las naciones centroamericanas experimentan una creciente violencia doméstica, los países consumidores de América del Norte y Europa magnifican sus sistemas carcelarios para penalizar el comercio, la portación y el consumo de drogas; el narcotráfico se debe examinar como un fenómeno donde colaboran tanto agentes públicos como privados para ejecutar actos de corrupción y debilitar a las instituciones públicas. En el caso particular de los Estados Unidos, su entramado penitenciario posee alrededor de 2.5 millones de presos, muchos de ellos relacionados con el comercio de estupefacientes; este país con apenas 5% de la población mundial posee casi la cuarta parte de los presos del mundo.

---

<sup>2</sup> Transparencia Internacional, *Corruption Perceptions Index 2014*, disponible en: <http://www.transparency.org/cpi2014/results#myAnchor1> (fecha de consulta: 1 de agosto de 2015).

El narcotráfico o el tráfico internacional de armas son buenos ejemplos de la complicidad de los agentes privados en la corrupción acaecida incluso en algunos de los países con buena calificación en el IPC. No se podría explicar la llegada de la cocaína producida en Colombia o Perú a las grandes metrópolis de Nueva York, Londres, París, Madrid o Amsterdam sin la complicidad de una gran variedad de agentes privados quienes cooperan en la cosecha, producción, traslado y financiamiento del poderoso emporio de los narcóticos; desde pequeños y medianos productores agrícolas hasta poderosos capos de los carteles e importantes operadores financieros respaldan este negocio multinacional.

## II. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS *VERSUS* LOS PODERES PRIVADOS

El tráfico internacional de productos ilícitos (armas, drogas, artículos piratas, medicinas, etcétera) se explica por la transformación acaecida en los Estados nacionales desde finales de la década de los setenta, la cual implica una profunda modificación del modelo estatal establecido en Occidente desde finales de la Segunda Guerra Mundial. Para comprenderla, formularé un brevísimo recuento de los principales cambios experimentados por el Estado desde sus orígenes renacentistas.

El primer gran momento de la institución estatal aparece con la consolidación de las monarquías europeas. Aquí los reyes concentraron el poder político y cohesionaron a las élites políticas, militares y económicas a su alrededor, lo cual aconteció aproximadamente hacia 1648 con la paz de Westfalia. La hegemonía de estas monarquías comenzó a fragmentarse con la Revolución francesa y las guerras napoleónicas; junto con la teoría liberal de finales del siglo XVIII se produjo el advenimiento de los Estados nacionales y la irrupción del constitucionalismo moderno. Fruto de este movimiento son las primeras Constituciones tanto americanas como europeas, las cuales abandonaron la legitimidad

monárquica y establecieron una nueva de naturaleza constitucional, radicada en las nociones de soberanía popular y poder constituyente.

Asentado el constitucionalismo como fuente de legitimidad jurídica y política, el último tercio del siglo XIX presenció un incesante crecimiento del capitalismo mundial. Como lo demostró Piketty, este periodo es uno de gran expansión del capitalismo en Occidente y en sus metrópolis coloniales;<sup>3</sup> de acumulación sin precedentes que generó grandes márgenes de desigualdad social en Europa y América y una competencia de las élites empresariales nacionales que desembocó en la Primera Guerra Mundial y la revolución social en Rusia y México. El Tratado de Versalles puso fin a esta guerra pero fue incapaz para degenerar las condiciones para la recuperación en Europa. La crisis económica mundial de 1929 y la búsqueda de mercados por esas mismas élites empresariales terminarían por desencadenar la Segunda Guerra Mundial; por esta razón, algunos historiadores llamaron a este periodo “la guerra de los treinta años”.

La devastación militar de Europa y más de 60 millones de seres humanos muertos en los cinco continentes al final de la guerra produjeron uno de los movimientos más importantes del derecho internacional de los últimos tiempos: el derecho internacional de los derechos humanos. A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 presenciamos la creación constante de tratados internacionales en esta materia, entre los más importantes se encuentran los siguientes: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979); Convención sobre los Derechos del Niño (1989);

---

<sup>3</sup> Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006); Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzosas (2006).

En el ámbito latinoamericano de los derechos humanos los tratados más importantes son los siguientes: la Convención Americana de los Derechos Humanos (1969); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador 1985); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención Belem do Para” (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia (2013); Convención Interamericana contra toda forma de Intolerancia (2013).

Paulatinamente, este derecho internacional de los derechos humanos se integró en los sistemas constitucionales de diversos Estados nacionales. Esta incorporación no fue sencilla por la obvia razón de que las cartas de derechos de las Constituciones europeas y latinoamericanas poseían una fuente de legitimidad distinta a la de los derechos humanos. En efecto, mientras los derechos civiles y políticos poseían un sustento liberal decimonónico y los derechos sociales eran una respuesta a los movimientos sociales de la primera mitad del siglo XX, en contraste, los derechos humanos descansaban en una base empírica y teórica diferente: eran una respuesta a un riesgo civilizatorio impuesto por la capacidad destructiva del hombre desarrollada en la Segunda Guerra Mundial y concebían al ser humano en una serie de re-

laciones mucho más amplia que el liberalismo. Mientras éste subrayaba la naturaleza individualista de la persona, los derechos humanos consideraban a la persona como un ente individual, colectivo y bio-social.

Por otro lado y de manera casi simultánea a la expansión de los derechos humanos presenciamos la de los poderes privados a escala global. El libre comercio, la apertura democrática, las privatizaciones, los flujos transnacionales de capitales, las fusiones de las grandes empresas industriales y de servicios, el desarrollo de las tecnologías de la información, el desmantelamiento del Estado social y la delincuencia transnacional colocaron en el escenario a los poderes privados como nuevos actores mundiales. Normalmente, estos poderes son empresas multinacionales de muy diversa naturaleza (empresas petroleras, farmacéuticas, militares, medios de comunicación, etcétera) con operación en cuando menos dos países y con capacidad para influir en las principales decisiones políticas y económicas de los Estados donde operan; son producto de la última gran expansión del capitalismo experimentada desde finales de los setenta y su hegemonía motivó a algunos constitucionalistas a crear la noción de Estado de mercado (*market State*) como sustituto del Estado nacional para principios de este siglo XXI.<sup>4</sup> Así, nos encontramos en un periodo de transición y de configuración de un nuevo modelo estatal donde los poderes privados, a través de las multinacionales, toman el papel de agentes hegemónicos en el mercado y el escenario político. En consecuencia, ya no es posible referirnos a las Constituciones en los términos tradicionales de una legitimidad soberana y cerrada sobre sí misma, porque el mercado y sus actores predominantes son capaces de influir en la configuración constitucional nacional mediante el *lobby* en las asambleas legislativas o el financiamiento de las campañas y partidos políticos en los sistemas democráticos, por mencionar sólo los ejemplos más representativos.

---

<sup>4</sup> Bobbitt, Philip, *The Thought Leader Interview*, disponible en: <http://www.strategy-business.com/article/04109?gko=ccb14>.

De esta manera, observamos la presencia de dos fuentes externas e inéditas al derecho constitucional, una formal, el derecho internacional de los derechos humanos, y otra fáctica, los poderes privados. Así, mientras el derecho internacional de los derechos humanos tiende a constitucionalizarse y ser integrado en los diversos órdenes jurídicos nacionales (como sucedió con la reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos), en el segundo caso, los poderes privados se mantienen como verdaderos factores reales de poder, con frecuencia al margen del derecho y, en ocasiones, en franca contradicción con los derechos humanos.

Esta es la gran paradoja, por un parte, los derechos humanos de fuente internacional se constitucionalizan y, por otro, los poderes privados nacionales o transnacionales cuentan con la capacidad de violar derechos humanos y deslegitimar el orden jurídico mediante la corrupción y la captura de los agentes reguladores. Además, los órdenes jurídicos nacionales sancionan predominantemente los actos de corrupción de los agentes públicos, ignorando a los poderes privados quienes protegidos en estas omisiones se consolidan como fieles de la balanza para inclinar a las instituciones estatales en su favor. Recientemente, la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos reconoce a los agentes privados como susceptibles de violar derechos humanos; esto apenas comienza a ser aceptado por los máximos tribunales nacionales, quienes con frecuencia están inmersos en las luchas y presiones de los enormes poderes fácticos.

### III. AGENTES PRIVADOS Y CORRUPCIÓN EN LAS RECIENTES REFORMAS EN MÉXICO

Entre las reformas constitucionales implementadas en México durante el periodo 2013-2015 se observa una ambivalencia respecto al combate a la corrupción de los agentes privados; por una parte, se establecieron medidas que podrían alentarla y, por otra, pasos inicia-



les para frenarla. Por razones de espacio, me referiré sólo a la reforma energética en materia de hidrocarburos y a la creadora del Sistema Nacional Anticorrupción, buenos ejemplos de esta situación.

La privatización de la industria petrolera en México ya es posible conforme al nuevo régimen jurídico implementado a partir de la reforma constitucional del 20 de diciembre de 2013. Entre otros aspectos, esta reforma estableció en su artículo 27 constitucional, párrafo séptimo, que tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones; sin embargo, con el propósito de obtener ingresos para el Estado, éste llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares; asimismo, para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos, las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En este sentido, el 11 de agosto de 2014, se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* nueve leyes nuevas y reformas a doce ya existentes, estableciendo el nuevo marco legal de la reforma constitucional señalada; me referiré sólo a la nueva Ley de Petróleos Mexicanos, la cual transforma en empresa productiva del Estado a Pemex.

Esta ley permite a Pemex realizar sus fines no sólo por sí misma o mediante sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, sino además, mediante la celebración de contratos, convenios, alianzas asociaciones o cualquier acto jurídico con personas físicas o morales del sector privado o social, nacional o extranjero (artículo 6o.); los contratos y todos los actos jurídicos celebrados por Pemex podrán incluir cualesquiera de los términos permitidos por la legislación mercantil y común (artículo 7o.).

En lo relativo al gobierno corporativo de la empresa, ésta será dirigida y administrada por un Consejo de Administración y un director general. Debe señalarse que los consejeros serán responsables exclusivamente en términos de lo dispuesto en la

nueva Ley de Pemex, estando eximidos del régimen de responsabilidades establecido en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (artículo 30). Esta disposición rompe con el principio de igualdad que debería operar para todos los servidores públicos; en efecto, aun cuando es un principio de derecho generalmente aceptado desde los albores del constitucionalismo liberal que las leyes especiales no deben existir por crear privilegios en favor de personas o grupos, la nueva Ley de Pemex establece un régimen especial de responsabilidades para sus consejeros. Esta disposición es abiertamente inconstitucional y sería difícil alegar en su favor la necesidad de proteger la función de los consejeros. Además, en una empresa como Pemex donde los actos de corrupción fueron frecuentes en el pasado, establecer un régimen de privilegio para los consejeros crea un incentivo perverso para la irresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Más aún, los consejeros no incurrirán en responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por Pemex cuando sus actos u omisiones en detrimento de la empresa sean “de buena fe” y hayan seleccionado la alternativa más adecuada a su leal saber o entender, o los efectos patrimoniales no hayan sido previsibles (artículo 36-III). Bajo este supuesto, los consejeros podrían alegar en su favor ser eximidos de prácticamente todos los supuestos de probable responsabilidad. Además, esta posibilidad podría encubrir los actos de corrupción de Pemex al contratar con los agentes privados ubicados a lo largo de la cadena productiva de la industria petrolera. Para agravar más esta situación, en lo relativo a la vigilancia de Petróleos Mexicanos, también se establece un régimen especial, pues se excluye a la Secretaría de la Función Pública y se crea una auditoría interna dependiente del Consejo de Administración por conducto de su Comité de Auditoría (artículo 52); es decir, en materia de vigilancia y auditoría el Consejo de Administración de Pemex será juez y parte.

Por otra parte, la nueva Ley de Pemex establece que a las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y obras de

cualquier naturaleza que realice Pemex y sus empresas productivas subsidiarias sólo serán aplicables las disposiciones establecidas en la nueva Ley de Pemex, excluyendo la aplicación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas (artículo 75); será el propio Consejo de Administración de Pemex el que establecerá las disposiciones a las cuales se someterá en tales materias (artículo 76-I), creando un incentivo adicional para la corrupción entre los funcionarios de la empresa petrolera y los agentes privados con quienes contrate.

En consonancia con la expansión de los poderes privados, la reforma constitucional del 27 de mayo de 2015 crea el Sistema Nacional Anticorrupción y establece, entre otras facultades, la posibilidad de sancionar a los agentes privados cuando incurran en actos de corrupción. Así, la fracción XXIX-H del artículo 73 constitucional faculta al Congreso para expedir la Ley del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, quien dirimirá las controversias suscitadas entre la administración pública federal y los particulares; este tribunal será competente para imponer las sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares cuando participen en actos vinculados con dichas responsabilidades.

En este sentido, los tribunales de justicia administrativa impondrán a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades, sanciones económicas, inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda pública o a los entes públicos federales, locales o municipales (artículo 109.IV). Las personas morales serán sancionadas cuando los actos vinculados con faltas administrativas graves sean realizados por personas físicas que actúen a nombre o representación de la persona moral y en beneficio de ella.

También podrá ordenarse la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva cuando se trate de faltas administrativas graves en perjuicio de la Hacienda pública, cuando la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos donde se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con tales faltas; en estos supuestos la sanción se ejecutará hasta la resolución definitiva. Como esta reforma constitucional señala que las leyes establecerán los procedimientos para la investigación e imposición de las sanciones aplicables, habremos de esperar a la ley secundaria para examinar si el gobierno posee la voluntad política para imponer las sanciones a los agentes privados partícipes en actos de corrupción.

Finalmente, se faculta a la Auditoría Superior de la Federación para fiscalizar los recursos federales destinados y ejercidos por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, fondos y mandatos, públicos y *privados*, o cualquier otra figura jurídica, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes.