



**ACCIONES COLECTIVAS, UN MECANISMO PARA PROTEGER LA VOLUNTAD DEL PUEBLO:  
CORRUPCIÓN EN LATINOAMÉRICA**

**LA APLICABILIDAD DE LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO UN MECANISMO PARA COMBATIR LA  
CORRUPCIÓN**

*Puedes engañar a todo el mundo algún tiempo.*

*Puedes engañar a algunos todo el tiempo.*

*Pero no puedes engañar a todo el mundo todo el tiempo.*

*- Abraham Lincoln -*

**I. INTRODUCCIÓN:**

En este trabajo analizaré la aplicabilidad de las acciones colectivas como un mecanismo para combatir la corrupción en el gobierno. Para ello, examinaré cómo la corrupción vulnera los intereses y la voluntad del pueblo como un bien colectivo que debe ser tutelado y presentaré la idea de que aplicar acciones colectivas en este tipo de casos no sólo es viable, sino que puede lograr una reducción notable de los casos de corrupción en ámbitos públicos de gobierno.

En primer lugar, analizaré los orígenes del poder que el pueblo delega a sus representantes y mostraré que gran parte de las constituciones de Latinoamérica han adoptado la idea democrática republicana. Luego, examinaré qué es la corrupción, cómo se manifiesta y por qué representa una falta de respeto a la voluntad del pueblo y una vulneración de los derechos humanos.

Frente a esto, demostraré que el poder judicial no sólo puede, sino que debe intervenir activamente en su función de contrapeso de los poderes Legislativo y Ejecutivo. En este sentido, presentaré la idea de activismo judicial y cómo un rol activo del Poder Judicial puede contribuir a solucionar problemas estructurales tales como la corrupción.

A continuación, presentaré la idea de las acciones colectivas y analizaré la viabilidad de la aplicación de las acciones colectivas a casos de corrupción en el ámbito público. Luego, mostraré el carácter colectivo de la afectación ocasionada por la corrupción y la importancia de la legitimación en este tipo de casos.

Seguidamente, mostraré que los Estados tienen una obligación internacional de asegurar la participación de la sociedad para combatir la corrupción y que las acciones colectivas pueden contribuir a que los Estados cumplan con esa obligación. Por último, realizaré una breve conclusión.

## II. EL ORIGEN DEL PODER DEL PUEBLO Y SU RECEPCIÓN EN LATINOAMÉRICA:

Desde los tiempos de los antiguos pensadores políticos se sostuvo la idea según la cual el poder residía en el pueblo quien era el encargado de formar un cuerpo soberano a través de un *contrato social*. En este sentido, Locke argumentaba que siendo todos los hombres naturalmente libres, iguales e independientes, pueden someterse a una sociedad civil dando su consentimiento creando así un gobierno. Así, Rousseau sostenía que “estando formado el cuerpo soberano por los particulares, no tiene ni puede tener interés contrario al de ellos”<sup>1</sup>.

Basta leer algunos de los trabajos de “El Federalista” para notar que los padres fundadores de Estados Unidos, Hamilton y Madison también adoptaron esta idea y postularon que el poder residía en el pueblo, que era la fuente original y pura de toda autoridad legítima<sup>2</sup>. En este sentido, sostenían que el poder residía en ese grupo mayoritario que lo delegaba en una minoría para que gobierne.

Según Bobbio, lo característico de la república no es el modo de gobierno o de elección de los gobernantes, sino que con *res publica* los romanos destacaron la cosa pública, la cosa del pueblo<sup>3</sup>. A su vez, resulta ilustrativo recurrir al concepto de Aristóbulo Del Valle en este sentido: “La república es la comunidad política organizada sobre la base de la libertad e igualdad de todos los hombres, en que el gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo, y responsable ante el pueblo de su administración”<sup>4</sup> (el resaltado me pertenece). Como tal, un gobierno que resulta simple agente del pueblo no puede actuar en contra de los deseos del pueblo; por ejemplo, a través de prácticas corruptas.

Han sido muchas las Constituciones de países de Latinoamérica que han receptado la idea republicana. A modo de ejemplo, el artículo 7 de la Constitución Política del Estado de Bolivia establece que “*La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y*

---

<sup>1</sup> Rousseau, Jean-Jaques, *El Contrato Social*, Biblioteca EDAF, pág. 64.

<sup>2</sup> Alexander Hamilton, *The Federalist Papers #22*. Ver también, James Madison, *The Federalist Papers #39*.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto - MATTEUCCI, Nicola - PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de Política*, 7ª ed. en español, Siglo XXI, México DF, 1994, p. 1391

<sup>4</sup> ROMERO, César E., *Derecho Constitucional*, cit., p. 170. Ver también, ZARINI, Helio J., *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 291.

*delegada*”<sup>5</sup>. Del mismo modo, la Constitución Política de Colombia en su artículo 3 utiliza un vocabulario sustantivamente idéntico<sup>6</sup>. También, la Constitución de El Salvador en su artículo 86 establece que el poder público emana del pueblo y que los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo<sup>7</sup>. Como los mencionados, hay una gran cantidad de ejemplos en Latinoamérica que han aceptado y adoptado para la formación de su gobierno la idea de que el poder reside en el pueblo<sup>8</sup>.

No obstante, si bien muchas de las constituciones latinoamericanas adoptaron las ideas provenientes de “El Federalista” en cuanto a la residencia del poder de los Estados en el pueblo que lo delegaba en un grupo minoritario para ejercer el gobierno, cabe resaltar en este punto la idea que los Federalistas tenían en mente al referirse a grupos minoritarios y grupos mayoritarios pues resultará esencial en el análisis de este trabajo. Ellos no se referían a minorías en el sentido de los grupos menos favorecidos, sino justamente lo contrario: minorías en cuanto a su número, pero dominantes en cuanto a su poder. En este sentido, tanto Hamilton, como Madison se referían a la minoría como sinónimo de los más favorecidos, los ricos y opulentos<sup>9</sup>. Puede señalarse que la Constitución norteamericana tuvo como objetivo la protección de un grupo minoritario, el de los socialmente más aventajados<sup>10</sup>. Dada la existencia de intereses contrapuestos, sostenían que si se le otorgaba todo el poder a uno de los grupos (ya sea el mayoritario o el minoritario) oprimiría al grupo restante. Por este motivo, consideraron que lo ideal sería otorgar una porción igual de poder político para evitar el riesgo de opresiones mutuas<sup>11</sup>.

Tener esto en mente resulta relevante en este trabajo en tanto lo que se argumentará más adelante es que frente a este grupo minoritario constituido por los que gobiernan, es necesario otorgar un poder igual para equiparar fuerzas y evitar que el poder del grupo minoritario tenga

---

<sup>5</sup> Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 7.

<sup>6</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 3.

<sup>7</sup> Constitución de El Salvador, artículo 86.

<sup>8</sup> *Ver en este sentido* Constitución de Guatemala, artículo 141; Constitución de Honduras, artículo 2; Constitución de México, artículo 39; Constitución de Nicaragua, artículo 1; Constitución de Panamá, artículo 2; Constitución de República Dominicana, artículo 2; Constitución de Cuba, artículo 3; Constitución de Brasil, artículo 1, párr. único; Constitución de Ecuador, artículo 1; Constitución de Paraguay, artículo 2; Constitución de Perú, artículo 45; Constitución de Venezuela, artículo 5; Constitución de Argentina, artículo 1.

<sup>9</sup> *Ver por ejemplo*, Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 299

<sup>10</sup> La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Pensamiento Jurídico Contemporáneo n° 3, Roberto Gargarella. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3), pág. 51.

<sup>11</sup> *Ibid*, pág. 54.

como consecuencia el ejercicio de prácticas corruptas que resulten en un menoscabo o violación a los derechos del pueblo. En este sentido, se sostendrá que las acciones colectivas pueden servir como un mecanismo que permita equiparar fuerzas y devolver el poder al grupo mayoritario cuando el grupo minoritario no cumple o no se adecúa a la voluntad popular.

### III. CORRUPCIÓN:

#### a. *Concepto*

Por “corrupción” se ha entendido a la “*desviación de la conducta de los funcionarios públicos que se aparta de las normas establecidas para ponerse al servicio de intereses privados*”<sup>12</sup>.

La corrupción entendida como corrupción política o corrupción en el ámbito público de gobierno es el abuso de la autoridad y poder común con el propósito de obtener beneficios privados en perjuicio de la colectividad. En este caso, lo importante es que la función que se ejerce y el deber que impone la regla tienen como fin el logro de un objetivo colectivo, el cual se ve perjudicado por el acto corrupto<sup>13</sup>.

En este sentido, se ha entendido a nivel internacional que “la corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”<sup>14</sup>.

Del mismo modo, la Convención Interamericana contra la Corrupción que fue ratificada por gran parte de los países miembros de la Organización de Estados Americanos sostiene que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos<sup>15</sup>.

Una de las formas más comunes de corrupción es el *clientelismo*. Básicamente se trata de una situación en la cual funcionarios públicos utilizan su posición institucional para el enriquecimiento personal o para lograr ventajas para ellos o sus amigos<sup>16</sup>. En este sentido suele ocurrir que las oficinas gubernamentales están sobrecargadas de personas cuya lealtad se da por

---

<sup>12</sup> S. P. Huntington, *El Orden Político en las Sociedades en Cambio* (Bs. As., Paldós, 1972), pág. 63. Ver también FRIEDRICH, C. *Corruption concepts in historical perspective*. En: HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael; LEVINE, Victor T. (ed.). *Political Corruption. A handbook*. New Jersey, Transaction Publishers, 1999, p. 15.

<sup>13</sup> WARREN, M., *What Does Corruption Mean in a Democracy?* American Journal of Political Science, Vol. 48, No. 2, 2004, págs. 328-343.

<sup>14</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004, Prefacio.

<sup>15</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción, 1997, preámbulo.

<sup>16</sup> Ver por ejemplo, Eduardo Díaz Uribe, *El Clientelismo en Colombia* (1986).

la relación que tienen con el que los designó en ese puesto. Es decir, en lugar de ser agentes del gobierno, son agentes del funcionario que los designó. La consecuencia directa de este tipo de nepotismo es la pérdida de legitimidad del gobierno en tanto las fuentes de poder se encuentran en el clientelismo, los contactos y las relaciones, y no en la constitución.

b. *Corrupción y derechos humanos*

Ciertos comités y órganos encargados de monitorear el cumplimiento de tratados de Naciones Unidas han concluido que cuando la corrupción es amplia los Estados no pueden cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos<sup>17</sup>. Aún más, algunos documentos internacionales han llegado a considerar a la corrupción como un “crimen contra la humanidad”, una categoría que usualmente incluye casos tales como genocidios y torturas<sup>18</sup>.

La pregunta que surge acerca de la conexión entre corrupción y derechos humanos es cuándo un Estado es responsable por los hechos de corrupción que violan derechos humanos. En este sentido, cabe destacar que en derecho internacional un Estado es responsable por la violación de derechos humanos cuando se puede demostrar que sus acciones (u omisiones) no se adecúan a las exigencias internacionales o domésticas en materia de derechos humanos. Para determinar si una particular práctica corrupta viola un derecho humano, es necesario entonces establecer el alcance y contenido del derecho humano en cuestión y la fuente de la que deriva.

Cabe destacar que las obligaciones de derechos humanos son exigibles a todos los poderes del gobierno (ejecutivo, legislativo y judicial) en todos los niveles (nacional, regional y local). En este sentido, la jurisprudencia de derechos humanos ha expresado que un acto (u omisión) es atribuible al Estado cuando haya sido cometido, instigado, incitado, o haya sido aceptado por una autoridad pública o cualquier otra persona que actúe en capacidad oficial.

En este punto, resulta interesante el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que fue ratificada por casi todos los países de Latinoamérica, en tanto define ampliamente al “funcionario público” incluyendo a “toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un

---

<sup>17</sup> Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “los Estados enfrentan problemas serios de corrupción, que tienen efectos negativos en el ejercicio pleno de los derechos cubiertos por el Pacto (PIDESC)” E/C.12/1/ADD.91 (CESCR, 2003, para. 12). Ver también Comité de los Derechos del Niño: “preocupado por el impacto negativo que la corrupción puede tener en la asignación de recursos escasos para mejorar efectivamente la promoción y protección de los derechos de los niños”, CRC/C/COG/CO/1 para 14; Relator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia judicial, E/CN.4/2006/52/Add.4. para 96. 34.

<sup>18</sup> Ver Seoul Findings, 11th International Anti-Corruption Conference, Seoul, Mayo de 2003; y la Nairobi Declaration, adoptada en la Regional Conference on the Human Rights Dimensions of Corruption convocada por la Kenya National Commission of Human Rights (KNCHR), Marzo de 2006.

servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

En lo que respecta al derecho humano vulnerado, la corrupción puede llegar a violar, entre otros, los principios de igualdad y no discriminación (en tanto quien soborna a un funcionario público se encuentra en una posición más ventajosa comparado con el resto y obtiene un estatus privilegiado); también los derechos al debido proceso y remedio efectivo; derechos a la salud y a la alimentación adecuada; derechos a la educación; derechos sociales, económicos y culturales. No obstante, en lo que respecta a este trabajo, el derecho violado más relevante a los efectos de la aplicabilidad de las acciones colectivas justificado desde el punto de vista de la voluntad popular y el ideal republicano, es el derecho a la participación de la sociedad y a cuestionar a sus representantes, derecho íntimamente ligado con el derecho de participación política y el interés público.

Desde el punto de vista de derechos humanos, el derecho a la participación supone que todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de participar en los procesos de toma de decisiones que tengan un efecto sobre ellos, pero aún más importante deben tener la posibilidad de cuestionar las decisiones adoptadas y el actuar del gobierno. Este derecho tiene su fuente inmediata en la idea de que el poder reside en el pueblo que lo delega en representantes. Los sobornos, abusos de poder y el tráfico de influencias en los órganos del gobierno y funcionarios públicos violan la libre expresión de la voluntad del pueblo y desvirtúan el interés público.

### c. *La situación en América Latina*

El problema de la corrupción en Latinoamérica es un problema grave. La corrupción socava la legitimidad de los gobiernos y vulnera los derechos humanos de todo el pueblo. La corrupción hace posible que se institucionalice la ilegalidad y, al mismo tiempo, desgasta los valores democráticos y la igualdad política.

En general, el problema de la corrupción en América Latina no deriva de la falta de leyes, sino de la falta de aplicación de las mismas, de un escaso control y monitoreo de las funciones públicas y de un ineficiente sistema de frenos y contrapesos.

En la mayor parte de los países de Latinoamérica, los funcionarios públicos no tienen obligación de rendir cuentas públicamente por su desempeño (o si la tienen es simplemente *de jure*, puesto que *de facto* no ocurre) y no están sujetos a mecanismos de remoción. Ocurre también muchas veces que en caso de existir mecanismos para la remoción de funcionarios públicos corruptos, éstos implican una necesaria puesta en marcha de todo el aparato estatal para lograr el objetivo de destituirlo de su puesto, motivo por el cual su aplicación es prácticamente nula.

Asimismo, suele ocurrir que en tanto las prácticas corruptas suelen tener un cierto grado de secretismo entre las partes que cometen esos actos la ciudadanía no tiene pleno conocimiento de la existencia, extensión y gravedad de las prácticas corruptas que ocurren en este tipo de ámbitos, por lo cual la presión pública suele ser inexistente.

Además, suele existir en la región una falta notoria de compromiso de los funcionarios públicos para encarar con convicción y determinación la lucha contra la corrupción, en tanto son ellos los que se benefician y abusan de sus poderes, y no están dispuestos a perder esos beneficios. Lo que termina ocurriendo como consecuencia directa de esta falta de compromiso real por combatir la corrupción es que la corrupción se termina institucionalizando y penetra en todo el entramado de gobierno.

La pregunta entonces es ¿qué debe hacer el pueblo cuando el actuar de los funcionarios públicos no refleja su voluntad? La corrupción bien puede ser vista como una falta de cumplimiento o respeto de la voluntad popular que fue delegada en los órganos de gobierno. En este sentido, más adelante analizaré cómo, en términos Hohfeldianos, el pueblo tiene un derecho colectivo que debe ser tutelado y el Estado una obligación de adoptar medidas para fomentar la participación activa de la sociedad con el fin de monitorear y luchar contra la corrupción. Sostengo, que no hay nadie mejor que el propio pueblo para monitorear el desempeño y accionar de los funcionarios públicos y órganos de gobierno. Planteo entonces que el mecanismo de las acciones colectivas es el medio adecuado para contrarrestar este tipo de casos y hacer valer el derecho del pueblo a, por un lado, cuestionar las decisiones de los funcionarios públicos y el gobierno y, por otro lado, hacer valer su propia voluntad.

#### **IV. LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO UN MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LA VOLUNTAD GENERAL**

##### *a. Concepto:*

Las acciones colectivas o acciones de clase son procesos colectivos en los que “la acción es propuesta por un representante en la defensa de un derecho colectivamente considerado, cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas”<sup>19</sup>.

##### *b. Admisibilidad y legitimación:*

Para que proceda una acción de clase debe haber un derecho colectivo o un derecho de incidencia colectiva que haya sido vulnerado. Éstos entendidos como aquellos que protegen intereses indivisibles de un número indeterminado de personas<sup>20</sup>. Algunos autores distinguen entre derechos colectivos, entendidos como aquellos que corresponden a un grupo de personas unidos por una conexión común; y derechos de incidencia colectiva o derechos difusos entendidos como

---

<sup>19</sup> Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, La tutela de los derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos, hacia un Código modelo para Iberoamérica, Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 15

<sup>20</sup> Mairal, Héctor A., *Collective and Class Actions in Argentina*, Argentina National Report, Stanford. Ver también Rivera, Julio César y Rivera (h), Julio César, “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, LL 2005-B-1053.

aquellos que corresponden a un sector indeterminado de la población que carecen de esa conexión<sup>21</sup>. En este sentido, a los fines de determinar si en un caso concreto está en juego un derecho de incidencia colectiva resulta necesario tener en cuenta, además del derecho violado, el tipo de tutela jurisdiccional que se pretende<sup>22</sup>. Hay pretensiones que buscan satisfacer intereses meramente individuales y otras que persiguen la tutela de bienes de incidencia colectiva.

El carácter colectivo de la afectación que ocasiona la corrupción está dado por la imposibilidad de identificar cuánto y a quiénes afectan dichas prácticas corruptas. En este supuesto, se encuentra en juego la tutela de un bien colectivo (el respeto por la voluntad popular del cual se deriva la soberanía y los derechos del pueblo de participar y cuestionar a sus representantes) que es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes<sup>23</sup>.

Por otra parte, resulta relevante la cuestión de la legitimación cuando se encuentran en juego derechos humanos y constitucionales, ya que si se careciera de legitimación la acción no prosperaría. En el caso particular de las acciones colectivas, la importancia de la legitimación activa viene dada por la eventual afectación de individuos de una clase o colectivo que no han participado efectivamente en el proceso, pero que serán afectados por la inmutabilidad (cosa juzgada) de lo que resuelva la sentencia colectiva. En este sentido, lo que resulta de suma importancia es que el representante sea idóneo para defender en forma apropiada los derechos de los miembros ausentes, además se deberá exigir que el representante actúe diligentemente en todo el proceso. En el derecho comparado se han dado diversas soluciones a esta cuestión. En algunos países se ha legitimado a personas físicas y jurídicas, en otros sólo personas físicas; también en la gran mayoría de los países se ha permitido iniciar acciones colectivas al Ministerio Público, al Defensor del Pueblo y asociaciones civiles.

En el caso de la corrupción en funcionarios públicos y órganos de gobierno, pareciera ser que la legitimación se le debería otorgar a personas físicas y jurídicas, asociaciones civiles que propendan esos fines, pero ciertas dudas surgen al momento de otorgarle legitimidad al Ministerio Público o al Defensor del Pueblo ya que en muchos casos en América Latina la corrupción ha penetrado tan profundo que probablemente llegue a esas instituciones, motivo por el cual considero que se deberá hacer un análisis en el caso concreto.

---

<sup>21</sup> Ver Osvaldo A. Gozaíni, *Tutela de los derechos de incidencia colectiva*, 2005-B L.L. 1393.

<sup>22</sup> Ver en este sentido, Nery Junior, Nelson, “Art. 109 a 119”, en Pellegrini Grionver, Ada y otros, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Río de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 778. En: Rivera, Julio César, *La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores*, pág. 4.

<sup>23</sup> Ver CSJN, 20/6/2006, *Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros*, LL 2006-D-86, considerando n° 6.

En todo caso, si ese fuera el caso o si fuera el caso en el que se tenga dudas acerca de la representatividad del representante, esta carencia de “representatividad” se podría llegar a subsanar admitiendo más voces en el proceso a través de audiencias públicas, la admisibilidad de *amici curiae* y todo procedimiento que permita incorporar nuevos argumentos e información al proceso.

## V. EL ROL DEL PODER JUDICIAL COMO GARANTE DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO

En tanto la corrupción vulnera la propia voluntad del pueblo que es el pilar fundamental de la soberanía en la gran mayoría de los Estados latinoamericanos, el pueblo posee legitimidad para reclamar frente a esta afectación.

La pregunta que subyace en este punto es ante quién debe ser reclamada la protección de este derecho. Esta resulta ser una pregunta un tanto paradigmática ya que el encargado de velar por la protección de los derechos siempre ha sido el Poder Judicial. No obstante, en los casos de corrupción en el ámbito público se presenta la dificultad de que el Poder Judicial como medida para subsanar la falta de cumplimiento de la voluntad popular deberá, indefectiblemente, adoptar medidas que afecten a los otros dos poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo) o incluso a funcionarios de su propio poder. Esto supone un activismo judicial que puede ser víctima de una serie de objeciones.

La objeción más relevante en este punto es la que sostiene que el Poder Judicial no debe tener un rol activo ya que esto vulneraría la separación de poderes que es un elemento esencial en toda sociedad democrática. Conforme con esta crítica, el Poder Judicial estaría interfiriendo en una tarea reservada para los representantes del pueblo y, por lo tanto, rompiendo el equilibrio y distribución de las funciones de cada poder. Al tomar un rol activo, los jueces se estarían convirtiendo en legisladores en un área reservada a los actores parlamentarios que resultan ser representativos de distintas secciones y regiones de la sociedad.

También, se ha invocado la llamada “objeción democrática” según la cual los miembros del poder judicial carecen de la legitimación que tienen otras autoridades democráticas en tanto la mayoría de sus miembros no son electos y no pueden ser removidos por el pueblo directamente. Por este motivo, este contexto de legitimidad disminuida es una razón suficiente para evitar que los jueces interfieran con las decisiones acerca de cómo queremos organizar nuestra sociedad o distribuir nuestros recursos.

Sin embargo, el rol de los tribunales en lo que respecta a una intervención activa de ellos no sólo es compatible con los ideales democráticos, sino que es exigible en el sentido de que necesitamos un Poder Judicial que nos asegure que nuestras normas son el producto de una discusión colectiva e inclusiva y no de la imposición de unas pocas opiniones. En ese sentido, los tribunales se encuentran en una excelente posición para lograr ese objetivo. Así, resulta ilustrativo el emblemático caso *Marbury vs. Madison*, en el cual el juez Marshall sostuvo que la revisión judicial era legítima en tanto su fin era proteger la verdadera voluntad popular: “el

pueblo tiene el derecho original a establecer, para su futuro gobierno, principios tales como aquellos que, en su opinión, sean propicios para su propia felicidad”<sup>24</sup>.

En el caso de la corrupción en el ámbito público lo que ocurre es que los aquellos que legislan o son parte del Poder Ejecutivo son quienes defraudan la voluntad general al cometer actos de corrupción. Es ese pequeño grupo de personas quienes tergiversan la voluntad del pueblo con su actuar y no aplican a sí mismos las leyes que ellos dictan. Se aprovechan y abusan del poder que les fue delegado para obtener un beneficio propio en lugar de un beneficio para la mayoría, para el pueblo. En este sentido, el Poder Judicial debe asegurar una discusión colectiva y la participación de la ciudadanía en aquellos casos en los cuales su voluntad se vea afectada.

El caso de la corrupción se trata de un problema estructural que los políticos se niegan a considerar y tratar porque, en la gran mayoría de los casos, ellos se ven involucrados en esos casos. Esta negativa a actuar frente a la corrupción puede convertirse en una fuente de violación permanente, masiva y manifiesta de derechos. En este sentido, Roberto Gargarella sostiene que el hecho de que el Poder Judicial no tenga legitimidad para definir un remedio frente a las violaciones de esos derechos nada dice acerca de su participación en el proceso de búsqueda de una solución para tal problema. De hecho, buscar una solución es parte del deber del Poder Judicial, ya que dado el lugar que ocupa institucionalmente, comparte la responsabilidad por cualquier violación sistemática de derechos que pudiera llegar a ocurrir<sup>25</sup>.

Estos argumentos se han utilizado para justificar la intervención del Poder Judicial a través del concepto de “estado de cosas inconstitucional”<sup>26</sup>, pero bien podrían ser utilizados para justificar un mayor activismo judicial en casos de corrupción y, de ese modo, justificar la admisibilidad de las acciones colectivas en casos de corrupción con el fin de defender a la sociedad de la afectación de su voluntad general. Si bien los jueces no están autorizados a llevar a cabo políticas públicas, bien pueden contribuir a poner el tema en agenda a través de la admisibilidad de acciones colectivas como mecanismos que permitan combatir la corrupción y, de ese modo, traer al *foro* información, argumentos e investigaciones por parte de los actores afectados. Así, el Poder Judicial, sin necesariamente exceder su competencia, puede contribuir a sensibilizar la opinión pública y que la sociedad ejerza presiones para poner en marcha el aparato legislativo y abrir el debate público frente a esta violación. En este sentido, el caso *Matanza-Riachuelo* de la Corte Suprema de Argentina es un claro ejemplo de un caso en el cual se admitió un reclamo colectivo que permitió no sólo establecer que había una gran cantidad de personas

---

<sup>24</sup> Supreme Court of the United States, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 176 (1803)

<sup>25</sup> Roberto Gargarella, Dialogic justice in the enforcement of social rights: Some initial arguments en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen, eds.: *Litigating health rights. Can courts bring more justice to health?* Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press pp. 232-245

<sup>26</sup> Al respecto *ver* jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. En particular, el caso T-153/98 y T-025/04

que estaban sufriendo violaciones de sus derechos, sino que también sirvió para abrir el debate y poner en agenda pública el tema de la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo<sup>27</sup>.

Para reforzar la postura según la cual el Poder Judicial debe tener un rol activo en casos de corrupción, encontramos otro argumento en lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que fue ratificado por casi todos los países de Latinoamérica, que establece el deber de los Estados de asegurar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción. Del mismo modo, la Convención Interamericana contra la Corrupción sostiene la “necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción”<sup>28</sup> y refuerza esta idea al establecer que los Estados Partes considerarán a aplicabilidad de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer los “mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”<sup>29</sup>. En este sentido, el Poder Judicial, en tanto institución y parte fundamental de un Estado, debería encargarse de cumplir con ese deber y fomentar la participación de la sociedad en caso en los cuales las otras dos ramas de gobierno no lo hacen y, así, a través de la admisibilidad de acciones colectivas en casos de corrupción, lograr una mayor participación ciudadana.

En este punto y con el fin de darle más peso a esta obligación de los Estados, resulta relevante recordar que es un principio elemental de derecho internacional que las naciones no pueden invocar normas nacionales (ni siquiera las constitucionales) para negarse a cumplir con sus compromisos internacionales. Dicho principio que originariamente sólo poseía fundamento consuetudinario, en la actualidad tiene expreso reconocimiento en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que ha sido ratificada por casi todos los Estados latinoamericanos y ha sido receptada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Última Tentación de Cristo”, del 5 de febrero de 2001.

En este sentido, el Poder Judicial, dado el lugar institucional que ocupa como uno de los tres poderes que conforman el gobierno tiene la obligación de asegurar la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción. Así, la admisibilidad de las acciones colectivas en este tipo de casos puede ser el mecanismo adecuado para cumplir con tal deber.

## VI. ACCIONES COLECTIVAS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

---

<sup>27</sup> CSJN, *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ Daños y perjuicios*, 8 de julio de 2008. Ver también, por ejemplo, CSJN, *Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*, 3 de mayo de 2005.

<sup>28</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción, 1997, preámbulo.

<sup>29</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción, 1997, Artículo III. 11.

Como ya he mencionado, la corrupción socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de derechos humanos y destruye la legitimidad del gobierno. La corrupción rompe el vínculo entre la toma de decisiones colectivas y los poderes de las personas para influir en las decisiones a través de su voz y voto<sup>30</sup>. La corrupción quebranta la expresión de voluntad del pueblo y, al hacerlo, termina con la fuente primera de soberanía de los Estados: “*el poder reside en el pueblo*”.

En este sentido, “en la medida en que los representantes electos sean inmunes a la indagación judicial, tendrán más oportunidades de abusar con la función que se les fue designada en una democracia representativa”<sup>31</sup>.

Frente a esto, el Poder Judicial debe erigirse como guardián de la voluntad del pueblo, de la defensa de los derechos humanos de la sociedad y asegurar la participación del pueblo en las decisiones públicas. En la lucha contra la corrupción en los ámbitos públicos de gobierno, el Poder Judicial es el mejor posicionado a la hora de promover la participación ciudadana y la discusión colectiva.

El Poder Judicial puede servir como un canal o medio para instalar en la agenda pública temas que suelen ser evitados por los representantes en las discusiones parlamentarias o por funcionarios públicos y, al lograr sensibilizar la opinión pública con respecto a la existencia, causas y gravedad de la corrupción, puede contribuir a lograr una reducción notable de la corrupción en el gobierno en tanto sitúa el actuar de los funcionarios públicos y órganos gubernamentales bajo la mira y escrutinio constante del pueblo.

En este sentido, la democracia exige que “cada persona potencialmente afectada por una decisión colectiva tenga una oportunidad de influir en la decisión, en proporción a su interés en el resultado”<sup>32</sup>. Por lo tanto, se podría afirmar que la norma fundamental de la democracia es la inclusión de los afectados en las decisiones colectivas.

Los Estados no pueden negarse a cumplir con la obligación de asegurar la participación de la sociedad en la lucha contra la corrupción y, una forma de hacerlo es a través de la admisibilidad de acciones de clase o acciones colectivas como un mecanismo que permita combatir la corrupción, ya que las acciones colectivas permiten que la sociedad haga valer los

---

<sup>30</sup> WARREN, M., *What Does Corruption Mean in a Democracy?* American Journal of Political Science, Vol. 48, No. 2, 2004, pág. 328.

<sup>31</sup> Wigley, Simon. 2003. Parliamentary Immunity: Protecting democracy or protecting corruption? *Journal of Political Philosophy* 11 (1), pág. 24.

<sup>32</sup> Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MA: MIT Press, 1993, capítulo 3; Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2000, págs. 5-6.

derechos y obligaciones que legalmente le corresponden, posibilitan el acceso a la justicia de un grupo vulnerado, sensibilizan la opinión pública acerca de la corrupción, permiten considerar problemas estructurales tales como la corrupción que los políticos se niegan a tratar y los efectos de las sentencias colectivas beneficiarían a toda la sociedad afectada por las prácticas corruptas.

## **VII. CONCLUSIÓN:**

En este trabajo intenté demostrar que es posible la aplicabilidad de las acciones colectivas a los casos de corrupción por parte de funcionarios públicos u órganos gubernamentales en tanto las prácticas corruptas no sólo violan derechos humanos, sino que afectan la voluntad del pueblo que es la fuente principal de la soberanía de los Estados. La corrupción mina la legitimidad y destruye cualquier ideal democrático y republicano, socavando así cualquier institución de gobierno que haya sido creada a partir de la voluntad del pueblo.

Este peligro que presenta la corrupción puede traducirse en una necesidad imperante de que el pueblo tenga una participación más directa en el control y monitoreo de las acciones del gobierno. En este sentido, las acciones colectivas o acciones de clase pueden ser una gran herramienta a la hora de combatir la corrupción en ámbitos públicos ya que permitiría tutelar la voluntad de todos, abrir el debate y sensibilizar la opinión pública acerca de la existencia, causas y gravedad de la corrupción.

No sostengo que las acciones colectivas sean el único mecanismo capaz de combatir la corrupción, sino que es uno más y que debería ser considerado como tal. Por tal razón, creo que este ensayo puede servir como una piedra angular en la construcción y el desafío de considerar la posibilidad de crear un marco regulatorio que contemple la admisibilidad de las acciones colectivas en casos de corrupción.