La Constitución y el combate a la corrupción

Antonio María HERNÁNDEZ
Diego VALADÉS
Coordinadores

Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

LA CONSTITUCIÓN
Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 941

COORDINACIÓN EDITORIAL

INSTITUTO
DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES DEL ESTADO
DE QUERÉTARO

Rogelio Flores Pantoja
Director

Carolina Hernández Parra
María Alejandra de la Isla Portilla
Fernanda Sugey Pacheco Díaz
María Andrea Niño Rivera
Tania Mariel Farfán García
Margarita García Alvarez
Jhonatan García Patiño
Cuidado de la edición

Edna María López García
Apoyo editorial

Felipe Luna
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

LA CONSTITUCIÓN Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Antonio María Hernández
Diego Valadés
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2022

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 7 de enero de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

www.juridicas.unam.mx

DR © 2022. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

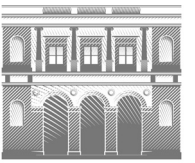
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-7822-83-7



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

María Guadalupe Murguía Gutiérrez
Secretaria de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director
Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica
María Marván Laborde

Secretario técnico
Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

CONTENIDO

Nota introductoria del director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM XI
Pedro SALAZAR UGARTE

Nota introductoria del director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro XIII
Rogelio FLORES PANTOJA

La Agenda de Integridad en la nueva normalidad XV
Delia FERREIRA RUBIO

Presentación XXI
Antonio María HERNÁNDEZ

Noticia preliminar XXIII
Diego VALADÉS

La corrupción en América Latina 1
Antonio María HERNÁNDEZ

La corrupción en Argentina 21
Antonio María HERNÁNDEZ

El combate a la corrupción en Brasil, los acontecimientos recientes y sus consecuencias 59
Marcelo FIGUEIREDO

La Constitución y el combate a la corrupción en Chile 101
Francisco ZÚÑIGA URBINA

La Constitución colombiana de 1991. La lucha contra la corrupción: una tarea histórica inconclusa 119
Julio César ORTIZ GUTIÉRREZ

El derecho español ante la corrupción 161
Miguel Revenga Sánchez
José Joaquín Fernández Alles

Constitución y corrupción. Autores que perfilan la naturaleza 185
Alejandro Maldonado

La disciplina anticorrupción en Italia entre políticas de prevención y de represión. 215
Luca Mezzetti
Francesca Polacchini

Reflexión en torno al fenómeno de la corrupción en México y Singapur 239
Daniel Márquez Gómez
Beatriz Camarillo Cruz

La corrupción en Perú y su enfrentamiento en clave constitucional . 265
Ernesto Blume Fortini

Democracia, corrupción y transparencia 301
Allan R. Brewer-Carías

Consideraciones teóricas sobre constitucionalismo y corrupción . . . 331
Diego Valadés

NOTA INTRODUCTORIA DEL DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

La capacidad de convocatoria de Diego Valadés y de Antonio María Hernández, una vez más, ha quedado patente en esta obra colectiva coordinada por ellos y editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Se trata de una obra que conjunta una baraja de textos escritos por personas expertas sobre uno de los temas más sentidos y problemáticos a nivel mundial, pero, sobre todo, en nuestro continente americano: la corrupción.

El abordaje de esa temática que indigna y preocupa a la ciudadanía se perfila desde la perspectiva constitucional y, con ello, los textos reunidos advierten la dimensión jurídica del problema. Pero también reconstruyen momentos y eventos recientes que ilustran de manera casuística y elocuente la magnitud del fenómeno.

De hecho, una de las virtudes medulares del volumen es la perspectiva comparada con la que se estudia el tema de la corrupción. Las personas autoras van reconstruyendo casos nacionales de América Latina, Sudamérica, pero también de Europa e incluso Asia.

Con ello, a la vez que ofrecen un fresco global sobre el fenómeno, permiten calibrar la magnitud del mismo y ponderar las diferentes respuestas constitucionales y de políticas públicas utilizadas para combatirlo. Al hacerlo, además, rinden tributo a una tradición académica de la que los coordinadores son verdaderos expertos: el método comparado.

Por todo lo anterior, la obra que presentamos es oportuna, rigurosa y necesaria. Oportuna porque aparece en un momento en el que la corrupción amenaza con erosionar los cimientos sociales e institucionales de las democracias en muchos países; rigurosa porque el tema es analizado por personas expertas que conocen la disciplina constitucional y el fenómeno estudiado, y necesaria porque hacen falta estudios que constituyan, a la vez, una denuncia y una aportación, y esta obra logra ambas cosas.

Como director de una de las dos instituciones editoras, celebro la publicación e invito con convicción a su lectura y análisis.

Pedro SALAZAR UGARTE

NOTA INTRODUCTORIA DEL DIRECTOR DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Desde hace varios años tenemos una productiva relación académica y editorial con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Cada obra representa un aporte al necesario análisis y debate científico, crítico, creativo y propositivo, particularmente este libro coordinado por Diego Valadés, uno de los constitucionalistas más reconocidos en Iberoamérica, y por el jurista argentino Antonio María Hernández, al tratar uno de los problemas centrales que enfrentan muchos países, complejo y multicausal: la corrupción.

En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se sostiene 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".[1]

Este libro nos ofrece elementos para entender, definir e identificar las causas que la originan, pero también los factores contradictorios que permiten que se instale como modo de vida pública y social, es decir, se sabe que este fenómeno profundiza la desigualdad, genera desconfianza en las instituciones, amenaza la gobernanza, el desarrollo sustentable, los procesos democráticos y las prácticas corporativas justas, pero se fomenta o tolera su práctica.

Los ensayos que integran la obra dan cuenta de visiones y experiencias nacionales, regionales y comparadas. Se encontrarán trabajos que hacen visible la relación entre la corrupción y el detrimento en la efectiva salvaguarda de los derechos humanos y cómo ello ha impedido la construcción de sociedades democráticas en la región. Otros revelan el papel de actores públicos y privados y su incidencia en la violación de los derechos. Igual-

[1] Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Preámbulo, párr. 1, *https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf.*

mente, existen voces que apuntan hacia la configuración paulatina, pero progresiva, de estándares e instituciones anticorrupción. Estos aportes, entendidos en conjunto, nos ayudan a categorizar el fenómeno en al menos tres rubros: la percepción sobre su extensión y frecuencia; la participación o exposición a conductas; las actitudes y valores frente a actos de corrupción.

Con la convicción de que este trabajo representa un relevante aporte orientado a enfrentar la corrupción en sus distintas dimensiones, como fenómeno social, político y económico complejo, me sumo a la celebración por su publicación.

Rogelio FLORES PANTOJA

LA AGENDA DE INTEGRIDAD EN LA NUEVA NORMALIDAD

Luchar contra la corrupción no es solo una cuestión instrumental, ceñida a modificar los marcos legales y a poner freno a la impunidad. La lucha contra la corrupción apunta a controlar al poder, evitar abusos y aplicar las sanciones correspondientes en aras del bien común, la protección de los derechos y libertades de las personas, el fortalecimiento del Estado de derecho y la mejora en la calidad de la democracia.

Una visión global de la discusión mundial en la actualidad permite detectar un diálogo convergente en diversos sectores y múltiples espacios hacia lo que denomino una "renovada" Agenda de Integridad, en la que se inscribe la lucha contra la corrupción.

La pandemia ha servido como catalizador para consolidar y conectar debates y esfuerzos que estaban dispersos y que hoy confluyen en las ideas de "reconstruir mejor" y "nueva normalidad" que orientan los programas y proyectos post-COVID de los organismos multilaterales de crédito, de las organizaciones internacionales y de los países.

Entre los puntos nodales que confluyen en esta tendencia podemos mencionar los trabajos de la OCDE sobre integridad en el sector público;[1] los del Foro Económico Mundial con especial acento en el sector privado, en consonancia con la noción de *stakeholders' capitalism*;[2] la renovada atención a los conceptos de "propósito" y "valor público" de las empresas;[3] la jerarquización de la disciplina del cumplimiento hacia el modelo de "Integrity beyond Compliance".[4] En la misma línea se inscribe la labor del Pacto Global[5] y la Agenda 2030[6] de las Naciones Unidas.

---

[1] OCDE, "Anti-Corruption & Integrity Hub", *https://www.oecd.org/corruption-integrity/*.

[2] Foro Económico Mundial, "The Future of Trust and Integrity", *http://www3.weforum.org/docs/WEF_47529_The_Future_of_Trust_and_Integrity_report_2018.pdf*.

[3] *https://yourpublicvalue.org/*.

[4] Foro Económico Mundial, "Ethics and Integrity Beyond Compliance. Agenda for Business Integrity. October 2020", *http://www3.weforum.org/docs/WEF_GFC_on_Transparency_and_AC_pillar1_beyond_compliance_2020.pdf*.

[5] ONU, *Uniting Against Corruption. A Playbook on Anti-Corruption Collective Action*, *http://ungc-communications-assets.s3.amazonaws.com/docs/publications/2021_Anti-Corruption_Collective.pdf*.

[6] ONU, "Objetivos y metas de desarrollo sostenible. 17 objetivos para transformar nuestro mundo", *https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/*.

En lo que respecta específicamente a la lucha por la transparencia y en contra de la corrupción, la Agenda de Integridad surge clara en la Estrategia 2030 de Transparencia Internacional[7] y en el trabajo de la Alianza para el Gobierno Abierto y su campaña "Open Response, Open Recovery, Open Renewal".[8]

Son muchos los aspectos en los que se advierte la convergencia en la Agenda de Integridad. Un buen ejemplo es la búsqueda de transparencia en cuanto a los beneficiarios finales —dueños reales— de las empresas. Saber quién es quién permite seguir la ruta del dinero en los casos de corrupción, financiamiento ilícito de las campañas y lavado de dinero, así como detectar posibles conflictos de interés que constituyen la antesala de la corrupción. Por años, este fue un reclamo de las organizaciones de la sociedad civil. Hoy es una agenda común[9] que incluye a gobiernos tanto en el orden nacional[10] como en plataformas internacionales, como la Alianza de Gobierno Abierto[11] o el G20.[12] Organizaciones que nuclean al sector empresarial —como el Foro Económico Mundial[13] y el B-Team—[14] también se han comprometido en este esfuerzo, ya que los esquemas de ocultamiento de la real titularidad de las empresas afectan el clima de negocios y ponen en riesgo la responsabilidad jurídica de la empresa por su cadena de valor. La confluencia en

---

[7] Transparencia Internacional, "Our Strategy. Holding Power to Account – A Global Strategy Against Corruption 2021-2030", *https://www.transparency.org/en/the-organisation/our-strategy.*

[8] Open Government Partnership, "The pandemic has shown just how easily things can break down. But it also offers the opportunity to build them back up, better and stronger", *https://www.opengovpartnership.org/campaigns/open-renewal/.*

[9] Transparencia Internacional, "Hundreds of Academics, Civil Society Groups and Business Leaders Join Call for UN General Assembly to end Anonymous Shell Companies", *https://www.transparency.org/en/press/ungass-2021-hundreds-join-petition-to-end-anonymous-shell-companies.*

[10] Transparencia Internacional, "Historic Anti-Corruption Measures Become Law", *https://us.transparency.org/news/historic-anti-corruption-measures-become-law/.*

[11] Open Government Partnership, "Overview", *https://www.opengovpartnership.org/policy-area/beneficial-ownership/.*

[12] ONU, "G20 High-Level Principles on Beneficial Ownership Transparency", *https://www.unodc.org/documents/corruption/G20-Anti-Corruption-Resources/Thematic-Areas/Beneficial-Ownership-Transparency/G20_High-Level_Principles_on_Beneficial_Ownership_Transparency_2014.pdf.*

[13] Foro Económico Mundial, "World Economic Forum submission United Nations Special session of the General Assembly against corruption", *https://ungass2021.unodc.org/uploads/ungass2021/documents/session1/UNGASS_submisson_World_Economic_Forum_PACI_GFC_final.pdf.*

[14] The B Team, "Ending Anonymous Companies: Tackling Corruption and Promoting Stability Through Beneficial Ownership Transparency. The Business Case", *https://bteam.org/assets/reports/B-Team-Business-Case-Ending-Anonymous-Companies-Report.pdf.*

esta Agenda de Integridad es un paso adelante, pero igual la sociedad civil sigue atenta e informada sobre la implementación de estos compromisos.[15]

Pero más allá de las modificaciones institucionales orientadas a consolidar un sistema de integridad en el que operen todos los actores sociales, resulta indispensable abordar, como objetivo de más largo plazo, los cambios culturales necesarios que harán sustentable y sólido ese sistema de integridad como marco de convivencia.

En ese sentido, la convergencia en la Agenda de Integridad se vincula con un fenómeno que, si bien surgía con claridad en los estudios de opinión pública desde hace años, se hizo más agudo a raíz de la emergencia global desatada por el COVID; la falta de confianza. La confianza es un elemento central para poder enfrentar una emergencia; es una condición de resiliencia. Sin confianza en la dirigencia, la sociedad pierde capacidad de coordinación y acción colectiva. Sin confianza en los demás se hace aún más difícil la solidaridad.

Estudios como el Latinobarómetro[16] y el Barómetro de Confianza de la Fundación Edelman[17] muestran el constante deterioro de la confianza en las instituciones y los liderazgos sociales en general, con las instituciones y líderes políticos como los que menos confianza generan en la ciudadanía. La atención en la política hizo que perdiéramos de vista que la confianza interpersonal era, en muchos casos, aún inferior a la que teníamos en los políticos.

El clima de desconfianza afecta la gobernabilidad, deteriora el Estado de derecho, compromete la democracia y el respeto a los derechos y libertades, desarticula y fragmenta a las sociedades y genera el caldo de cultivo perfecto para los populismos de todos los colores políticos. La demanda de soluciones urgentes frente a la emergencia y el miedo generado por la incertidumbre crean el clima propicio la concentración de poder y la suspensión de los controles, tal como se comprobó en 2020, cuando muchos gobiernos usaron la pandemia como una excusa para el abuso de poder.[18]

---

[15] Transparencia Internacional, "Access Denied? Availability and Accessibility of Beneficial Ownership Data in the European Union", *https://Www.Transparency.Org/En/Publications/Access-Denied-Availability-Accessibility-Beneficial-Ownership-Registers-Data-European-Union.*

[16] Latinobarómetro, "Informe 2018", *https://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf.*

[17] Fundación Edelman, "The Edelman Trust Barometer 2021", *https://www.edelman.com/sites/g/files/aatuss191/files/2021-03/2021%20Edelman%20Trust%20Barometer.pdf.*

[18] Transparencia Internacional, "Why fighting Corruption matters in Times of CO VID-19", *https://www.transparency.org/en/news/cpi-2020-research-analysis-why-fighting-corruption-matters-in-times-of-covid-19.*

La confianza es la argamasa que da fortaleza a una comunidad. Sin ella vivimos en un clima de inseguridad y sospecha; debemos estar en guardia y a la defensiva; la construcción colectiva es cada vez más difícil; la incerteza complica la posibilidad de prever y planear; la atención se concentra en un "sálvese quien pueda", en el presente sin proyección de futuro, ni personal ni colectivo.

En la base del problema de la desconfianza en instituciones y líderes está la falta de confianza interpersonal. A mi juicio, el fenómeno se origina en la ruptura de los consensos éticos básicos de una sociedad. Cuando no está claro lo que está bien y lo que está mal; cuando no hay diferencia entre lo que *es* y lo que *debe ser*; cuando no hay consenso sobre lo que vamos a tolerar y lo que es intolerable; cuando no hay acuerdo sobre cuáles son los modelos sociales.

Esta quiebra de los consensos éticos se manifiesta claramente en lo que yo denomino la "cultura *Cambalache*", en referencia al famoso tango de Discépolo.[19] Compuesto en 1935, lamentablemente parece una descripción de la situación actual, donde todo es igual y nada es mejor, donde el mérito no tiene valor, donde da lo mismo ser honesto que ladrón, donde los privilegios son la contracara del clientelismo. Se trata de sociedades en las que la falta de integridad se transforma en estructural y sistémica, opera como modelo o justificación para la deshonestidad y genera un clima de resignación y relativismo que incentiva el individualismo.

En lo político, esta "cultura *Cambalache*" explica por qué impera la impunidad en materia de corrupción, por qué los corruptos siguen ganando elecciones al son del argumento "Roban, pero hacen" o "Roban, pero rebalsa". En este clima no hay incentivos para la transparencia, el acceso a la información, la independencia y eficacia de los controles, ni para restaurar la noción de que los funcionarios (electos o nombrados) son servidores públicos que deben rendir cuentas.

La respuesta institucional y la reacción social frente a la corrupción dependen en parte de la solidez de los consensos valorativos básicos. Cuando esos consensos son débiles o están quebrados aumentan la tolerancia y la indiferencia de la ciudadanía frente a la corrupción. La corrupción es un fenómeno global que puede darse —y de hecho se da— en cualquier país, aun en aquellos percibidos como transparentes de acuerdo con el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional;[20] la diferencia entre los países depende de la reacción frente a los casos.

---

[19] Discépolo, Enrique Santos, *Cambalache, http://www.discepolintango.com.ar/letras/letra/c/cambalache.htm.*

[20] Transparencia Internacional, "Corruption Perceptions Index", *https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl.*

Los consensos éticos básicos, cuando son sólidos, no solo cimientan la reacción frente a la corrupción, sino que operan como canales ordenadores de la conducta de los actores sociales previniendo la corrupción, aun ante la ausencia de un régimen legal específico.

Cuando esos acuerdos sociales básicos sobre lo que está bien y lo que está mal se rompen, la respuesta que históricamente han buscado las sociedades es la de imponer heterónomamente esas normas en un proceso de *juridización* de la ética,[21] revistiendo con la fuerza y coercibilidad de la ley ciertas conductas elementales. Así surgieron las leyes de ética pública en muchos países. Fue necesario decir con fuerza de ley que es deber de los funcionarios actuar con "honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana".[22] Algo tan obvio y elemental como eso. Y a pesar de contar con leyes y sanciones, hay funcionarios públicos que no lo entienden y jueces que los apañan.

En el caso del Reino Unido, la primera norma legal de ética pública fue el resultado de la investigación que realizó la Comisión Nolan sobre una serie de casos de corrupción que se habían producido en el Parlamento. En la nota de elevación de las recomendaciones de la Comisión, lord Nolan —su presidente— dice: "[…] los cambios ocurridos a lo largo de los años en los roles y el ambiente de trabajo de políticos y otros servidores públicos han conducido a *confusión sobre lo que es una conducta aceptable y aquello que no es aceptable*".[23] Precisamente la ruptura de esos consensos éticos básicos que rigen la conducta de los actores sociales.

La Agenda de Integridad requiere la reconstrucción de la confianza sobre la base de un renovado consenso ético básico, y en esa tarea uno de los principales obstáculos que enfrentamos es la relativización del valor de la verdad, que caracteriza la posmodernidad. Vivimos en la época de la postverdad, las noticias falsas (*fake news*), la manipulación de los hechos, la narrativa de los "hechos alternativos". En una época en que el *Deep Fake* y el anonimato en las redes sociales ocultan y tergiversan la verdadera identidad del otro, el diálogo social se torna más difícil e incluso agresivo, aumentan la incertidumbre, la sospecha y la generación de burbujas de autoconfirmación como mecanismo para superar la sensación de vulnerabilidad. En el plano

---

[21] Ferreira Rubio, Delia, "Marco Teórico", en Rodríguez Chang, Ronny (ed.), *Ética parlamentaria en Centroamérica y República Dominicana*, San José, IIDH, 2021, *https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/20CC01F4B2B5901B05257DE300613D36/$FILE/13867.pdf.*

[22] Argentina, Ley 25.188 de Ética Pública, art. 2, inc. b), *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/texact.htm.*

[23] Lord Nolan, "Standards in Public Life. First Report of the Committee on Standards in Public Life", *https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20131205113448/http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm28/2850/285002.pdf.*

político, estas características del diálogo social favorecen la manipulación de los ciudadanos y permiten a algunos actores intensificar la fragmentación social y el enfrentamiento en la lógica amigo-enemigo, tan favorable a los liderazgos populistas.

La demanda de transparencia se vincula en el plano más instrumental con la necesidad de reconstruir la verdad como eje central del consenso ético que servirá de base sólida para la generación de confianza.

El concepto de transparencia comprende dos aspectos igualmente importantes: la integridad y la información. Tanto la información como la integridad son centrales en la prevención y sanción de la corrupción. La integridad ordena la conducta y la información permite la participación y el control.

La Agenda de Integridad que apunta a la reconstrucción de la confianza incluye la necesidad de reglas claras que ordenen la convivencia en una sociedad más justa, inclusiva, democrática y respetuosa de la libertad, la igualdad y los derechos de sus miembros. Si abandonamos la "cultura *Cambalache*" y renovamos el acuerdo sobre el valor de la palabra, el respeto recíproco, la honestidad como deber, la transparencia como regla y la integridad como principio rector de nuestra conducta, entonces habremos dado un paso importante en la construcción de un futuro mejor.

Delia FERREIRA RUBIO*

Buenos Aires, julio de 2021

* Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Presidenta de Transparencia Internacional.

PRESENTACIÓN

Diego Valadés, como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, presentó la Primera Encuesta de Cultura Constitucional en México,[1] en el contexto del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en la Ciudad de México en febrero de 2003. Posteriormente invitó a los presidentes de las asociaciones de derecho constitucional que forman parte de dicho Instituto Iberoamericano a que hicieran lo propio en sus respectivos países.

En mi caso, comprendí la importancia de la iniciativa regional y afortunadamente pude dirigir y publicar las dos encuestas realizadas en Argentina, en 2004 y 2014.[2]

Esas experiencia interdisciplinarias, de notable valor para el conocimiento de la realidad latinoamericana, han sido sumamente útiles para el estudio e investigación de nuestra materia, en un tema tan relevante como el de la cultura constitucional y de la legalidad.

En esta misma línea de pensamiento, nos proponemos con Valadés introducirnos ahora en otra cuestión fundamental, vinculada a la anterior, como es la relativa al fenómeno de la corrupción.

Como veremos, se trata de uno de los problemas más graves de la región, a la luz de las encuestas difundidas desde hace años por Transparencia Internacional.

Ya se advertirá que se trata de una materia sumamente compleja, que requiere de especial cuidado en los aspectos metodológicos y conceptuales para su estudio.

---

[1] En el libro titulado *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, junto con Hugo A. Concha Cantú, Héctor Fix-Fierro y Julia Flores, que fueron coautores.

[2] La primera fue publicada en el libro *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, IDEA Internacional y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, coordinada por Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, México, 2005, y la segunda en el libro *Segunda Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, compilada por Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Eduardo Fidanza, Buenos Aires, Eudeba, 2016.

Sin pretender abordar en su integralidad el fenómeno, en esta obra proponemos un análisis comparativo de la cuestión, con base en lo dispuesto por las leyes supremas de los respectivos países.

Confiamos en que esta iniciativa servirá para mejorar el conocimiento de la realidad de la región y, asimismo, para avanzar en el cumplimiento de las finalidades liminares y perennes del constitucionalismo que profesamos: asegurar los derechos humanos y controlar y limitar el poder.

Por otra parte, partimos de la firme convicción acerca de la conveniencia e importancia de los estudios comparativos, ya que, tal como lo decía Voltaire: "Hay alguien tan inteligente que aprende de la experiencia de los demás".

La obra comienza con las reflexiones del director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pedro Salazar, y de la presidenta de Transparencia Internacional, Delia Ferreira Rubio, seguidos de un capítulo a mi cargo sobre la "Corrupción en América Latina".

Enseguida encontramos los capítulos sucesivos de cada uno de los países elegidos, por orden alfabético, y que corresponden a los siguientes coautores: Argentina, también a mi cargo; Brasil, Marcelo Figueiredo; Chile, Francisco Zúñiga Urbina; Colombia, Julio César Ortiz Gutiérrez; Guatemala, Alejandro Maldonado; México, Daniel Márquez Gómez y Beatriz Camarillo Cruz —quienes además efectúan una comparación con Singapur—; Perú, Ernesto Blume Fortini, y Venezuela, Allan Brewer-Carías.

Por tratarse de un Instituto iberoamericano, también hemos considerado pertinente incorporar los capítulos de España, a cargo de Miguel Revenga Sánchez y José Joaquín Fernández Alles, y especialmente de Italia, dada la necesidad de conocer el proceso denominado "Mani Pulite", a cargo de Luca Mezzetti y Francesca Polacchini.

La obra concluye con las "Consideraciones teóricas sobre constitucionalismo y corrupción", de Diego Valadés.

Agradecemos muy especialmente la participación de cada uno de los autores convocados por su dedicación y vocación para la investigación de tan trascendente tema.

Antonio María HERNÁNDEZ

NOTICIA PRELIMINAR

Cuando el profesor Antonio María Hernández me propuso que emprendiéramos esta obra, acepté de inmediato, convencido de que se trata de un tema central para el Estado constitucional contemporáneo. Ofrezco testimonio de mi reconocimiento al profesor Hernández y a los eminentes juristas que contribuyen con sus análisis orientadores.

Tal vez la corrupción sea el problema más añejo de la organización estatal, porque se presenta siempre que hay arbitrariedad y arrogancia en el ejercicio del poder, y estos son males que el constitucionalismo se esfuerza por superar, sin haberlo conseguido por completo.

En muchos casos el combate a la corrupción es solo una posición retórica; en otros es una meta genuina, pero con instrumentos equivocados o incompletos. En esta obra se verán las vicisitudes de esta lucha a través de los ejemplos que el profesor Hernández y yo consideramos merecedores de la mayor atención.

Agradezco a José Daniel Chávez su eficaz colaboración en la revisión de los materiales que componen esta obra.

Diego VALADÉS

LA CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA

Antonio María HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La corrupción: concepto y clasificaciones*. III. *La corrupción a nivel transnacional, los instrumentos y convenciones internacionales contra la corrupción, Transparency International*. IV. *La corrupción en América Latina*.

I. INTRODUCCIÓN

Carl J. Friedrich, en su obra clásica sobre *La democracia como forma política y como forma de vida,*[1] nos advierte que "la corrupción no es un vicio exclusivo de la democracia, sino de todas las formas de gobierno y de todo orden político" y "[…] que la corrupción es tan inevitable como la suciedad en casa. Es pues, un estado de cosas que se repite siempre y que deriva de su propia naturaleza, contra la cual no hay mejor remedio curativo que la constante lucha con diferentes medios para cada forma de gobierno".

En esa línea de pensamiento, se puede vincular esta problemática a la de la propia naturaleza de la condición humana. Y aún sin poder profundizar

* Profesor titular plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la UNC, profesor honorario de la UBA y *Postdoctoral Senior Fellow* de la State University of New York at Buffalo Law School. Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales (IACFS). Exmiembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL). Convención Municipal Constituyente de la Ciudad de Córdoba en 1995. Autor y coautor de más de 50 libros en derecho constitucional, federalismo, constitucionalismo provincial y derecho municipal. Ha pronunciado más de 750 conferencias y exposiciones en universidades del país y del extranjero.

[1] Friedrich, Carl J., "La democracia desde el punto de vista histórico y comparativo: Dominio y Cooperación", en *La democracia como forma política y como forma de vida,* Madrid, Tecnos, 1961, p. 16.

un tema propio de la filosofía moral, que excede este trabajo, no podemos desconocer la opinión de grandes figuras del pensamiento que meditaron al respecto. Ya desde el pensamiento griego, a través de Tucídides, Sócrates, Platón y Aristóteles,[2] se señalaron las muy complejas características y contradicciones de la condición humana. Asimismo, se establecieron normas e instituciones para luchar contra la corrupción en las constituciones.[3] Cicerón hizo lo propio como el gran abogado y pensador de Roma, y así se fue perfilando históricamente la idea y tradición republicanas.[4] La bondad y la maldad humanas fueron especialmente analizadas por Maquiavelo, Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau en sus obras clásicas.[5]

Estas concepciones estuvieron presentes en el momento de la sanción de la primera Constitución republicana y federal, en Filadelfia, en 1787. Por eso Alexander Hamilton sostuvo, en *El Federalista núm. 6,* que los hombres son "ambiciosos, vengativos y rapaces",[6] y Madison escribió en *El Federalista núm. 10* sobre el peligro de las facciones y de las pasiones humanas, mientras que en el núm. 51 se preguntó: "Pero ¿qué es el gobierno si no el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario".[7]

---

[2] En sus respectivas obras clásicas *La guerra del Peloponeso,* de Tucídides; los diversos *Diálogos*, donde se expone el pensamiento de Sócrates; *La República,* de Platón, y *Política,* de Aristóteles. Véase el análisis efectuado por Pettit, Philip, *Republicanism: a theory of freedom and government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, cap. 1.

[3] Véase Ghirardi, Olsen A., *La Constitución de los atenienses. Los obstáculos contra la corrupción*, en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *www.acaderc.org.ar.* Las instituciones entre los que menciona: *1)* la anualidad de las magistraturas; *2)* la fianza; *3)* la rendición de cuentas; *4)* el sorteo de los cargos; *5)* el examen; *6)* el juramento; *7)* el ostracismo; *8)* la acción de ilegalidad (la *graphe paranomos*), y *9)* la antídosis o cambio de fortunas o de bienes. Este instituto era un juicio que podían plantear los ricos que recibían alguna obligación dineraria y que podían señalar a otros que estuviesen en mejores condiciones de hacerlo. Ejemplos de esas obligaciones eran el armado de un trirreme y el pago de su tripulación por un año. El autor indica que hubo pocos casos, mencionando el proceso que Megaclides le inició exitosamente a Isócrates en el año 356 a. C., por el pago de un barco de guerra. Ghirardi atribuye la grandeza de Atenas a los valores y espíritu de los atenienses y al cuidado de sus magistraturas.

[4] En sus obras clásicas como *Tratado de la República* y *Cuestiones tusculanas*.

[5] *El Príncipe* y *Discursos sobre la primera década de Tito Livio,* de Maquiavelo; *Leviatán,* de Hobbes; *Segundo tratado sobre el gobierno civil,* de Locke; *Del espíritu de las leyes,* de Montesquieu, y *El contrato social* y *El Emilio,* de Rousseau, respectivamente.

[6] Hamilton, Alexander *et al., El federalista*, 2a. ed., trad. de Gustavo Velazco, México, FCE, 2006, núm. 6, Hamilton, p. 19.

[7] *Ibidem*, núm. 10, Madison, p. 36, y núm. 51, Madison, p. 220. La maldad humana está magistralmente descripta por Shakespeare en los personajes de sus obras clásicas y por Dostoyevski en *Los demonios*, entre otros maestros de la literatura universal.

Esta visión del hombre justificaba y requería una república basada en la división y equilibrio de los poderes —tanto en forma horizontal como vertical— para alcanzar los grandes y perennes objetivos del constitucionalismo: asegurar los derechos del hombre y evitar la concentración del poder.[8]

La historia posterior y la actualidad mundial, regional y nacional, con una presencia permanente de actos de corrupción, nos indica el acierto de esta concepción republicana y la necesidad de profundizar los controles.[9]

Sostenemos que para la consideración integral de este fenómeno se requiere el análisis de sus aspectos filosóficos éticos, morales, históricos, jurídicos, políticos, sociológicos y económicos, con metodología interdisciplinaria, lo que excede la extensión y propósitos de este trabajo. Por ello, desarrollaremos esta problemática en relación más específica con la corrupción política en la realidad latinoamericana y, en particular, en Argentina.

Estimamos necesario referirnos inicialmente al concepto y clasificaciones de la corrupción, donde se confirmará la complejidad del tema. Después, observaremos los datos y realidades en las distintas esferas, lo que incluirá el accionar de organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos (OEA), que han celebrado sendos tratados y convenciones en la materia. Asimismo, es menester detenernos en la tarea de una destacada organización no gubernamental como Transparencia Internacional (Transparency International, TI).

Luego abordaremos el análisis de esta cuestión en Argentina y, finalmente, nos referiremos a las diversas propuestas de lucha contra la corrupción, atento a sus gravísimas consecuencias, especialmente para las democracias.

II. La corrupción: concepto y clasificaciones

El *Diccionario de la lengua española* indica que la palabra "corrupción" proviene del latín *corruptio* y significa "acción y efecto de corromper o corromperse",

---

[8] Véase Hernández, Antonio María (dir.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. I, cap. 1 "Teoría constitucional", y *Estudios de federalismo comparado: Argentina, Estados Unidos y México*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2018, cap. 2, en el punto 1.4 "El pensamiento y diseño constitucional de Madison y Hamilton sobre el federalismo", pp. 67-74.

[9] Recuérdese, asimismo, la conocida frase de lord Acton: "El poder tiende a corromper, pero el poder absoluto corrompe absolutamente", que ha sido corroborada históricamente, y en la actualidad, con una enorme mayoría de sistemas políticos autoritarios o totalitarios, y con alto grado de corrupción. Véanse al respecto los índices sobre democracia y corrupción de diversas instituciones especializadas que más adelante citaremos. La democracia constitucional, el imperio de la ley y la división de los poderes, resultado de la tradición republicana, han tratado de impedir que el poder del Estado se utilice para fines privados.

mientras que "corromper", proviene del latín *corrompere* y tiene siete acepciones, de las que citaremos las primeras cinco: *1)* "Alterar y trastrocar la forma de alguna cosa"; *2)* "Echar a perder, depravar, dañar"; *3)* "Sobornar a alguien con dádivas o de otra manera"; *4)* "Pervertir o seducir a una persona"; *5)* "Estragar, viciar. Corromper las costumbres, el habla, la literatura".[10] La pluralidad de significados nos advierte que se trata de una polisemia y, a partir de allí, se podrá comprender la complejidad y profundidad del tema en análisis.

En primer lugar, según lo expresa Malem Seña, siguiendo a Peter Euben, la "historia conceptual de la corrupción es incierta, pues aunque el origen etimológico es claro, su uso no lo ha sido tanto a lo largo de la historia".[11] En ese tenor, menciona el uso histórico de la palabra con dos sentidos: uno general, vinculado a destrucción, adulteración, degeneración, envilecimiento, ilegalidad, ilegitimidad, o inmoralidad, que abarca toda calificación de corrupción, sea política, económica o social.[12] Pero a lo largo del tiempo se han dado numerosas definiciones que han modificado su sentido primigenio, y el autor las agrupa en tres grandes modelos: el primero

> [...] pone el acento en los deberes de funcionario público y en la singularización de la función pública. El segundo, en aspectos concernientes a la demanda, la oferta y el intercambio de acciones corruptas, nociones estas que deberían ser interpretadas a la luz de la moderna teoría económica. Finalmente, el tercer modelo define a la corrupción atendiendo al interés público.[13]

Para los propósitos de este trabajo, y ante la gran cantidad de definiciones existentes en la doctrina y jurisprudencia,[14] que exhiben las dificultades

---

[10] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, p. 410.

[11] Malem Seña, Jorge F., *La corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 22.

[12] Malem Seña expresa que Peter Euben ha asimilado la corrupción con estos significados en Jorge F., "Corruption", en Ball, Terence *et al.* (comps.), *Political innovation and conceptual change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 223.

[13] *Ibidem*, p. 22. Sobre el último modelo, Dennis F. Thompson expresa: "Los funcionarios cometen inmoralidades por codicia, deseo de poder o lealtad a su familia y amigos. Pero hay una suerte de inmoralidad propia de la función pública que paradójicamente muestra una apariencia más noble, pues no se la comete para satisfacer objetivos personales sino en la búsqueda del bien común. El problema de las "manos sucias" incumbe al político que infringe los principios morales en nombre del interés público". En Thompson, Dennis F., *La ética política y el ejercicio de los cargos públicos*, Barcelona, Gedisa, 1999, cap. 1, p. 25.

[14] Es muy amplio y profundo el análisis y debate de esta cuestión en la doctrina y jurisprudencia estadounidense. Entre muchos autores, véanse especialmente los aportes de la profesora de Yale, Susan Rose-Ackerman y, en particular, en su libro *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reformas*, Madrid, Siglo XXI, 2000, y del profesor de Harvard, Dennis F. Thompson, en

conceptuales en esta materia, nos limitaremos a presentar la opinión de Malem Seña. Con respecto a su noción de corrupción, sostiene que

> […] son actos corruptos aquellos que reúnen las siguientes características: 1 […] Implican la violación de un deber posicional (provoca la transgresión de alguna de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen)[15] […] 2 […] Debe haber un sistema normativo que le sirve de referencia (la corrupción puede tener una naturaleza económica, política, jurídica o ética, o participar de estos distintos niveles a la vez) […] 3 […] No siempre entraña una acción penalmente antijurídica (corrupción e ilegalidad penal son en ese sentido, términos independientes) […] 4 […] Están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional (no es necesario que ese beneficio constituya una ganancia de carácter económico, puede ser política, profesional, sexual, etc.) […] 5 […] Tienden a realizarse en secreto o al menos en un marco de discreción (los corruptos siempre tratarán que sus acciones pasen lo más inadvertidas posibles).[16]

Y así define a los actos de corrupción, como "aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera fuere su naturaleza".[17]

---

particular en su libro *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, Gedisa, 1999. Agregamos, asimismo, estos artículos: Rose-Ackerman, Susan, "Corruption and Democracy", *Proc. Ann. Meeting Am. Soc'y Int'l L.*, vol. 90, 1996, p. 83 y "Corruption: Greed, Culture and the State", *The Yale Law Journal Forum*, vol. 120, 10 de noviembre de 2010; Stark, Andrew, "Beyond Quid Pro Quo: What's Wrong with Private Gain from Public Office?", *American Journal of Political Science*, vol. 91, 1997, p. 108, Hellman, Deborah, "Defining Corruption and Constitutionalizing Democracy", *Michigan Law Review*, vol. 111, 2013, p. 1385; Issacharoff, Samuel, "On Political Corruption", *Harvard Law Review*, vol. 124, 2010, p. 118; Warren, Mark E., "Democracy and Deceit: Regulating Appearances of Corruption", *American Journal of Political Science*, vol. 50, 2006, p. 160; Thompson, Dennis F., "Two Concepts of Corruption: Making Campaigns Safe for Democracy", *The George Washington Law Review*, vol. 73, 2005, p. 1036, y Teachout, Zephyr, "The Anti-Corruption Principle", *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009, p. 341.

[15] Malem Seña, en la p. 32, precisa que lo posicional en modo alguno significa "que es necesaria la presencia de un funcionario público para que haya un caso de corrupción. También la corrupción es posible entre agentes privados". Y por eso rechaza, en la n. 21 de dicha página, las definiciones de corrupción de Susan Rose-Ackerman y del Banco Mundial, que sostienen que la corrupción "es el uso de un cargo público en beneficio privado". *Cfr.* Rose-Ackerman, Susan, "La corrupción y los gobiernos…", *cit.*, p. 125.

[16] *Ibidem*, pp. 32-35. Para un análisis más detallado del concepto de corrupción en sus aspectos filosóficos véase Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción", en Laporta, F. y Álvarez S. (comps.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

[17] *Ibidem*, p. 35. El autor indica que dicha definición coincide en lo esencial con la propuesta por Ernesto Garzón Valdés en el trabajo mencionada en la nota anterior. Previa-

En cuanto a las clasificaciones de la corrupción, también consideramos pertinente señalar solo algunas de ellas que nos parecen útiles para este trabajo. Tal como lo vimos, hay una corrupción política,[18] económica, social, sindical, deportiva, etc., de acuerdo con el ámbito respectivo en que se produce.[19] Ya sabemos que la corrupción no opera solamente con la presencia

---

mente, Malem Seña menciona lo que la corrupción no es y enumera, en tal sentido, en las pp. 23-31, lo que seguidamente sintetizamos: *1)* no debe ser confundida la corrupción con medidas estatales de carácter promocional (como las leyes de incentivos fiscales, aunque esto también dependerá del momento en que se efectúa, porque si se hace en forma previa a un acto electoral puede ser corruptor del sistema político); *2)* tampoco puede ser confundida con un ejercicio desviado del poder (ya que, en algunos casos, ello no será necesariamente así si no existe un beneficio posicional para la autoridad en cuestión); *3)* no debe asimilarse corrupción y clientelismo político, ya que existen algunas diferencias conceptuales; *4)* si bien la recepción de regalos y de compensaciones económicas o de otro tipo por parte de funcionarios públicos, de políticos o de un particular en virtud del desempeño de su trabajo se ha considerado como actos genéricos de corrupción, considera que en algunos casos puede establecerse una línea demarcatoria entre esas prácticas y ciertos actos corruptos. En ese sentido, compara a esos regalos con el soborno y menciona las diferencias, siguiendo a John Noonan Jr., en su obra *Bribes*, Nueva York, Macmillan Publishers, 1984, p. 697; *5)* conviene distinguir entre los actos de corrupción y la recepción, ofrecimiento y dación de propinas; *6)* quien participa de un acto de corrupción no puede ser confundido con un reformador social, como los que aducen que la corrupción cumple funciones similares a las que cumplen las reformas económicas o burocráticas en sistemas de burocratismo excesivo que impide el desarrollo económico. Y dice: "Quien participa en la corrupción no está interesado en modificar el sistema normativo de referencia, sea este jurídico, social o político. Ni, desde luego, el sistema moral vigente". Y seguidamente cita esta opinión de Samuel Huntington: "[...] la corrupción en sí misma puede ser un substituto de la reforma, y ambas, corrupción y reforma, un substituto de la revolución. La corrupción sirve para reducir los grupos que presionan a favor de cambios en la política, justamente como sirve la reforma para reducir las clases que presiona en favor de cambios estructurales". "Modernization and corruption", en Heidenheimer, Arnold *et al.* (comps.), *Political corruption. A handbook*, 3a. ed., Londres, Transaction Publishers, p. 381.

[18] Que "consiste en la violación de un deber posicional de carácter político, en el incumplimiento de una función de ese mismo tenor o bien se realiza atendiendo a intereses políticos". *Ibidem,* p. 37.

[19] "Puede haber una corrupción pública y otra privada [dice Malem Seña]. Y aunque se haya prestado poca atención a esta última, conviene decir no solo que es posible conceptualmente sino que desde un punto de vista empírico es más frecuente de lo que parece a primera vista. En el comercio internacional se dan estos dos tipos de corrupción. Sin embargo, prácticamente todos los análisis y las medidas propuestas para hacer frente están pensados como si la corrupción fuera fundamentalmente de carácter estatal o público. La corrupción sería un problema que surgiría de la intersección de los intereses públicos y privados. Tal vez por esa razón se haya considerado tradicionalmente al Estado fuente de toda corrupción. Y se haya señalado entre las causas más notorias del aumento de la corrupción el hecho de que el Estado de Bienestar haya asumido competencias en materia económica que en el estado policía quedaban reservadas a agentes privados […] Pero la propuesta de abandonar el Estado de Bienestar por el estado privatizador con el fin de erradicar la corrupción no ha resultado una

de funcionarios públicos. Se trata de un problema que afecta tanto a la sociedad como al Estado, más allá de las profundas interrelaciones entre estos últimos dos términos. Por eso, más adelante nos referiremos a países con una verdadera "cultura de la corrupción".

También se puede clasificar la corrupción en la Administración pública, en el Poder Legislativo,[20] en el Poder Judicial, en el financiamiento de la política y en el comercio internacional.[21]

Asimismo, se puede distinguir entre la corrupción común u ordinaria y la gran corrupción, como lo hace Rose-Ackerman. La autora refiere que[22]

> La corrupción ocurre en la vida cotidiana de las personas y en las actividades comerciales de rutina a medida que las personas navegan en su relación con el estado. Sin embargo, de particular importancia es la corrupción en la parte superior de la jerarquía estatal que involucra a los líderes políticos y sus asociados cercanos y se refiere a la adjudicación de importantes contratos, concesiones y la privatización de empresas estatales. Dicha "gran corrupción" impone grandes costos a la gente común al desviar fondos a los principales líderes políticos a cambio de acuerdos "amorosos" con grandes empresas extranjeras y nacionales.

Otra clasificación, de Arnold Heidenheimer,[23] toma en cuenta la percepción que las élites y la opinión pública de un país tienen de ciertos actos

---

estrategia adecuada". Malem, Seña, *op. cit.*, p. 214. El autor refiere más adelante que "En otro lugar expuse, con cierto detalle, los ramos a los que pertenecían las empresas privatizadas, los procedimientos privatizadores utilizados, la falta de controles de esos procesos y la ingente cantidad de recursos transferidos del sector público al sector privado. También señalé entonces los costes sociales que todo ello produjo y las enormes cuotas corruptas que pagaron los empresarios para hacerse con las empresas públicas, algunas de ellas en pleno rendimiento" (p. 216 y n. 4, donde hace referencia a otra de sus obras: "Globalización, comercio internacional y corrupción", pp. 139 y ss.). Después cita a Rose-Ackerman en su obra sobre la corrupción y los gobiernos, quien sostiene que incluso una disminución de la actividad estatal puede dejar intactos el esquema y los niveles de corrupción vigentes (p. 217).

[20] Véase Thompson, Dennis F., "La ética política y el ejercicio de cargos públicos", *cit.*, cap. 4, "Ética legislativa", pp. 145 y ss.

[21] Véanse los caps. 2 a 5 de la obra citada de Malem Seña.

[22] Ackerman-Rose, Susan, "Corruption: Greed, Culture and the State…", *cit.*: "Corruption occurs in people's day-to-day lives and in routine business activities as people navigate their relationship to the state. However, of particular important is corruption at the top of the state hierarchy that involves political leaders and their close associates and concerns the award of major contracts, concessions and the privatization of state enterprises. Such "Grand corruption" imposes large costs on ordinary people by diverting funds to top political leaders in exchange for sweetheart deals with big foreign and domestic businesses".

[23] "Perspectives on the perception of Corruption", en Heidenheimer, Arnold *et al.* (comps.), *op. cit.*, pp. 161 y ss.

corruptos y así se distingue una corrupción negra, gris y blanca. La primera es cuando existe consenso acerca del reproche y de la necesidad de su castigo. La segunda es cuando las élites y la opinión pública tienen una opinión ambigua sobre la necesidad de la penalización de los actos. Y la tercera, blanca, es cuando los actos de corrupción son tolerables y no se apoya vigorosamente su criminalización.[24]

Finalmente, mencionamos la distinción entre corrupción nacional y corrupción transnacional, según se superen las fronteras nacionales y se observe la presencia de corporaciones y legislación internacional de lucha contra la corrupción.[25]

III. La corrupción a nivel transnacional, los instrumentos y convenciones internacionales contra la corrupción, Transparency International

> La corrupción está en todas partes. En los ricos países industrializados y en las regiones pobres, en el Norte y en el Sur, en el Este y en el Oeste. A simple vista el informe sobre corrupción resulta deprimente. Por todas partes la corrupción parece imposible de erradicar y podría pensarse que en Transparency International nos hemos propuesto una tarea hercúlea. Cada día aparecen

[24] *Cfr*. Malem Seña, *op. cit.,* p. 37. En referencia a clasificaciones de la corrupción en la doctrina estadounidense véase el artículo de Dawood, Yasmin, "Classifying corruption", *Duke Journal Constitutional Law and Public Policy*, 9, Annual 2014, p. 103. Allí la autora sostiene que: "Los estudiosos han categorizado varios tipos de corrupción. Thomas Burke ha distinguido tres tipos de corrupción: quid pro quo, influencia monetaria y distorsión. Zephyr Teachout ha identificado cinco categorías: soborno criminal, desigualdad, voces ahogadas o silenciadas, público desanimado y falta de integridad. Deborah Hellman ha descrito tres tipos principales de corrupción: la corrupción como la deformación del juicio, la corrupción como distorsión de la influencia y la corrupción como la venta de favores. Aunque hay varios enfoques en la literatura para clasificar la corrupción, sostengo que existen dos enfoques generales para conceptualizar el «mal» de la corrupción. El primer enfoque es que la corrupción equivale a un abuso de poder. El segundo enfoque es que la corrupción viola el principio de igualdad política. Esta parte también considera la teoría de la corrupción de la dependencia de Lawrence Lessig, que ofrece un enfoque alternativo para comprender la corrupción". Por otra parte, en dicho artículo, Dawood analiza los distintos conceptos y clasificaciones que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en relación con la corrupción especialmente en las campañas políticas".

[25] Para un análisis de la corrupción transnacional véase Delaney, Patrick X., "Transnational corruption. Regulation across borders", The Australian National University, Asia Pacifica School of Economics and Government, *Policy and Governance, Discussion Papers*, 2005, *www.apseg.anu.edu.au.*

> nuevas variantes de fraudes y sobornos, como las cabezas de la Hidra mitológica, que volvían a crecer cada vez que se las cortaba.[26]

Esta es la conclusión de Peter Eigen, fundador de la institución citada que, sin embargo, señala los avances producidos a nivel internacional en la lucha contra la corrupción, además de la instalación del tema en la agenda mundial.[27]

En este sentido, consideramos necesario referir los distintos tratados y convenciones que se fueron estableciendo para asegurar la cooperación internacional en la lucha contra la corrupción.

En este proceso debe tenerse presente la importancia de una ley sancionada en Estados Unidos, en 1977, de prácticas corruptas en el extranjero (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA), que penalizaba el soborno comercial de funcionarios públicos extranjeros por parte de emisores de valores y empresas nacionales. Para implementar las prohibiciones contra la corrupción comercial contenidas en la ley se impusieron requisitos sustanciales de control interno y de contabilidad a los emisores de valores. Posteriormente, en 1988, el Congreso enmendó sustancialmente dicha ley para incluir una disposición que requiere que el presidente debe solicitar cooperación internacional para reprimir ese soborno comercial. Esta ley sería el precedente de las convenciones multilaterales anticorrupción, a nivel internacional y regional, adoptadas en 1996 por la OEA y, en 1997, por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Como consecuencia de la firma de esta última Convención por Estados Unidos, se produjo una nueva modificación en el texto de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, en 1998, para la adecuación de los respectivos textos legales. Dichas convenciones difieren en sus miembros y características.[28] Asimismo, debe mencionarse la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen

---

[26] Eigen, Peter, *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos de poder*, Bogotá, Planeta, 2003, p. 302.

[27] La obra es un relato de su experiencia internacional en el Banco Mundial y de su retiro en 1993 para crear Transparencia Internacional, que es una organización no gubernamental (ONG) con secciones nacionales en más de 100 países y que ha desarrollado una notable lucha contra la corrupción. Entre otras actividades desarrolladas que mencionaremos, esta institución es la responsable del conocido Índice Global de Percepción de Corrupción, que comenzó a publicarse en 2001. En la obra se hace referencia a la corrupción en países desarrollados, como su natal Alemania y España, así como en países latinoamericanos y africanos.

[28] *Cfr.* Harms, Brian C., "Holding public officials accountable in the international realm: A new multi-layered strategy to combat corruption", *Cornell International Law Journal*, vol. 33, 2000, p. 159.

Transnacional Organizado, adoptada en 2000, y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.[29]

Brian C. Harms[30] sostiene que

> Los Convenios de la OEA, la OCDE y la UE adoptan, aunque en formas modificadas de manera diversa, el principio de la FCPA de la extraterritorialidad y de la criminalización de la oferta de sobornos comerciales de países de origen, de funcionarios extranjeros de países de acogida y de funcionarios de organizaciones públicas internacionales. Casi todas las naciones históricamente prohibieron el soborno de sus propios funcionarios, aunque tal regulación del lado de la demanda era evidentemente ineficaz para prevenir el soborno y la extorsión en muchos países; y es un lugar común, si no universal, prohibir también la corrupción comercial.

Agrega que

> Una impresionante variedad de otras entidades multilaterales, incluidas las Naciones Unidas (ONU), la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Consejo de Europa, el Banco Mundial, y el Fondo Monetario Internacional (FMI), ha adoptado resoluciones o esfuerzos dirigidos hacia la reducción y la eliminación definitiva de la corrupción comercial internacional. En particular, la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales y el Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales, en conjunto indican un reconocimiento mundial de que el soborno comercial es incorrecto.[31]

Y más adelante añade esta reflexión: "Un régimen global anticorrupción implica, en parte, lo que puede considerarse un principio moral plausible, a saber, que el soborno y la extorsión son éticamente inaceptables, aunque sean tolerables económica y políticamente. Por lo tanto, las normas claramente pueden surgir como resultado de principios morales".[32]

---

[29] Véase el artículo de Santiago, Alfonso, "La cláusula ética del art. 36. Normatividad jurídica, normalidad social y la necesidad de un cambio de cultura política", *Jurisprudencia Argentina. Número Especial: A veinte años de la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 20 de agosto de 2014, pp. 38 y ss., donde se analizan las cuatro convenciones recién mencionadas, y que, como veremos, fueron aprobadas por Argentina.

[30] *Idem.*

[31] *Idem.*

[32] *Idem.* Después efectúa interesantes reflexiones sobre las relaciones entre el globalismo y las realidades locales, que presentan especiales particularidades culturales en torno a la corrupción.

Años después se adoptaría la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas, a escala mundial, de especial relevancia en esta materia, que fuera adoptada por la Asamblea General en Nueva York, mediante la Resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, y que al comienzo del Preámbulo expresa, en una notable síntesis, la preocupación de los Estados parte "[…] por la gravedad de los problemas y amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley".

La Convención consta del preámbulo, ocho capítulos y 71 artículos, que regulan integral y sistemáticamente la lucha contra la corrupción y la cooperación internacional requerida. El capítulo I se titula "Disposiciones Generales", el II "Medidas preventivas", el III "Penalización y aplicación de la ley", el IV "Cooperación internacional", el V "Recuperación de activos", el VI "Asistencia técnica e intercambio de información", el VII "Mecanismos de aplicación" y el VIII "Disposiciones finales".

Más adelante volveremos sobre esta convención universal y la regional americana, al analizar la legislación argentina.

No se puede desconocer la importancia de la lucha contra la corrupción que realiza TI. Tal como lo anticipamos, la institución no gubernamental de carácter internacional, con sede en Berlín, Alemania, fue creada por iniciativa de Peter Eigen, quien fuera elegido como su primer presidente en 1993. Muy pronto fueron establecidas las sociedades y filiales nacionales, que actualmente superan los 100 países.[33] Y comenzó la tarea intelectual de desarrollar instrumentos de lucha contra la corrupción. En primer lugar, la publicación del *Source Book* o *Libro de consulta*, que recoge métodos, ejemplos y medios para enfrentar la corrupción mediante sistema de integridad en las leyes e instituciones. Esto fue seguido por la Encuesta sobre la Percepción de la Corrupción,[34] que comenzó a publicarse en 1995, con gran repercusión. En 1999 se difundió el Índice de Fuentes de Soborno,[35] que mostraba los países y empresas que pagaban sobornos en los países en vías de desarrollo. En 2000, la institución ayudó a crear los Principios de Wolfsberg, por los cuales los grandes bancos del mundo se comprometen a impedir la corrup-

[33] Véase Eigen, Peter, *op. cit.* En 1994, la ONG Poder Ciudadano de Argentina se unió a Transparencia Internacional, como la primera ONG. En la actualidad, TI está presidida por la destacada jurista y politóloga argentina Delia Ferreira Rubio, lo que distingue a nuestro país, y que también presidiera Poder Ciudadano por dos mandatos.

[34] *Ibidem,* cap. 12, "El índice de percepción de corrupción", pp. 111-118.

[35] *Ibidem,* cap. 13, "El índice de fuentes de soborno", pp. 119-122.

ción y el blanqueo de dinero. Y a partir de 2001 se hizo público el Informe Global sobre la Corrupción.[36]

Otras propuestas de la institución fueron el Pacto de integridad y el Código de Conducta de las Empresas. La primera, destinada a que los gobiernos y las empresas que participan en la adjudicación de contratos se comprometieran a la competencia sin métodos corruptos, con la supervisión de entidades independientes, como las secciones nacionales de TI. La segunda, con el objetivo de asegurar la vigencia de principios éticos en el funcionamiento de las empresas privadas dentro de la economía global, con el concepto de desarrollo sostenible.[37]

A ello deben sumarse las herramientas de lucha contra la corrupción, donde además del *Source Book* o *Libro de Consulta*, se desarrollaron las Herramientas para el Control Ciudadano de la Corrupción. Mientras el libro persigue el objetivo de establecer sistemas de integridad, las Herramientas son experiencias prácticas en materia de combate a la corrupción a nivel local para utilizar en el día a día.[38]

Mencionamos, asimismo, el Premio a la Integridad de TI, que se otorga para el reconocimiento del coraje de las personas comprometidas en la lucha contra la corrupción.[39]

Hacemos referencia, por último, al Índice Global de Percepción de la Corrupción de 2020, publicado en Berlín el 28 de enero de 2021, por TI, que posiciona en el primer lugar a Dinamarca y Nueva Zelanda, con 88 pun-

---

[36] *Ibidem,* cap. 5, "Crecimiento de la organización", pp. 49-57.

[37] *Ibidem,* caps. 8 "El Pacto de integridad" y 9, "Cómo deben proceder las empresas", p. 75.

[38] *Ibidem,* cap. 10: "Herramientas para combatir la corrupción", pp. 95-102.

[39] *Ibidem,* cap. 14: "El premio a la integridad de TI, una protección para los whistleblowers", pp. 123-132. Para el autor se trata de premiar a quienes tocan el silbato de alarma y denuncian la corrupción, lo que implica correr graves riesgos. Y allí se indican los distintos premiados a partir de 2001, que comprenden a personas de muy diversos países. El primero fue Mustafá Adib, capitán del Ejército de Marruecos, que destapó un caso de corrupción y que terminó encarcelado. La obra incluye tres capítulos muy importantes sobre la corrupción en España (cap. 15) y en Alemania (caps. 16 y 17), pp. 133-193. En el libro debe destacarse el "Epílogo", de Hans Kung, titulado "La lucha contra la corrupción requiere un marco ético", que comienza con estas afirmaciones: "Es evidente que la lucha contra la corrupción debe emprenderse con todos los medios legales. Y solo triunfará, si se responsabiliza a los culpables, independientemente de su posición, y de ese modo se hace respetar la justicia. Pero esto no basta. A menudo no hay ninguna voluntad política de combatir la corrupción porque detrás no hay voluntad ética; y muchas disposiciones legales contra la corrupción no se aplican en la práctica por la falta de una conciencia de injusticia, ya que se han perdido las pautas éticas elementales, tanto en la población en general como en las élites. La reforma de un Estado suele ser muy difícil porque falta una base ética" (p. 251).

tos, seguidos de Finlandia, Singapur, Suecia y Suiza, con 85 puntos, mientras que en las últimas posiciones aparecen Sudán del Sur y Somalia, con 12 puntos, luego Siria, con 14, Yemen y Venezuela, con 15 puntos.[40] El promedio general es de 43 puntos, y por regiones ocupa el primer lugar la Unión Europea y Europa Occidental, con 66 puntos, y el último África, con 32 puntos, seguido con 36 por Europa del Este y Asia Central. Más de dos terceras partes de los 180 países incluidos en el estudio tienen menos de 50 puntos.

La conclusión del Informe es que hay incapacidad de los países para controlar la corrupción, lo que contribuye a una crisis de la democracia a nivel mundial. Se advierte una directa correlación al respecto, ya que los países con democracias plenas[41] tienen en promedio 75 puntos, las democracias imperfectas o débiles una media de 49 puntos, los regímenes híbridos (que presentan elementos autoritarios) un promedio de 35 puntos y los regímenes autoritarios tienen el peor promedio, de 30 puntos. La directora ejecutiva de la entidad, Patricia Moreira, expresa al respecto:

> La corrupción socava la democracia y genera un círculo vicioso que provoca el deterioro de las instituciones democráticas, que progresivamente van perdiendo su capacidad de controlar la corrupción […] Con tantas instituciones democráticas amenazadas en todo el mundo —a menudo con líderes autoritarios o populistas— es menester seguir trabajando para fortalecer los mecanismos de control y equilibrio y proteger los derechos de los ciudadanos.[42]

Finalizamos este punto con la opinión especializada de Susan Rose-Ackerman:

> Mucho se ha hecho recientemente sobre los esfuerzos para controlar la corrupción a través de los tratados internacionales y las iniciativas de la sociedad civil, como las encabezadas por Transparencia Internacional (TI) y la Iniciativa de Transparencia de Industrias Extractivas (EITI). El G20 en su comunicado de junio de 2010 reconoció que la corrupción es un problema

---

40 Téngase presente que 100 puntos significan el máximo de transparencia y cero puntos, el máximo de corrupción.

41 De acuerdo con la clasificación de la Unidad de Inteligencia de *The Economist,* dedicada a medir la calidad democrática a nivel mundial. Según el último informe de 2018, solo hay 19 países con democracias plenas, correspondiendo solo a un país de Latinoamérica esa ubicación, que es Uruguay. Chile dejó de integrar ese grupo, de la misma manera que ha retrocedido sus calificaciones en el Índice Global de Corrupción. Más adelante se consideran estas cuestiones en el punto siguiente sobre Latinoamérica.

42 Véase "El Índice de Percepción de la corrupción muestra un estancamiento de la lucha contra la corrupción en la mayoría de los países", Transparency International, Surveys, 29 de enero de 2019, *www.transparency.org.*

> global. Esta preocupación internacional es un avance positivo que puede complementar y recompensar los esfuerzos dentro de los países receptores, especialmente para combatir la gran corrupción por parte de empresas multinacionales. Sin embargo, las iniciativas existentes tienen poca vigencia real como Hard Law (ley dura). Su impacto depende del cambio de las costumbres y de la mala publicidad que tenga la corrupción […] Estos esfuerzos internacionales, loables como son, no pueden sustituir la reforma interna.[43]

IV. La corrupción en América Latina

Sobre la situación actual de esta cuestión en nuestra región, en el Informe del Grupo Asesor de Expertos en Anticorrupción, Transparencia e Integridad para América Latina y el Caribe, del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se expresa:[44]

> Con el trasfondo de una serie de escándalos de alcance sin precedentes en América Latina y el Caribe (ALC), es evidente que la corrupción amenaza con erosionar los cimientos de gran parte del bienestar económico y la estabilidad política de la región, así como el Estado de Derecho. Hartos de la corrupción y la impunidad, el actuar de manera concreta y efectiva para frenar este cáncer es una de las prioridades de los votantes y de muchos de los candidatos en las numerosas elecciones de la región en 2018 y probablemente también en los próximos años. Es hora de analizar detenidamente lo que ha sucedido en la región y en el mundo, y las enseñanzas que hemos aprendido de ello, como así también lo que esto significa para las próximas iniciativas destinadas a controlar la corrupción y mejorar las perspectivas de los 650 millones de habitantes de la región […]. Esta labor es urgente y necesaria. La corrupción ha logrado penetrar los más altos niveles de gobierno, la sociedad y la economía. Está vinculada a la perniciosa captura del Estado por parte de las élites en gran parte de la región y, como lo ilustra el caso Lava Jato, opera a través de las fronteras. En términos generales, los datos muestran que en las últimas dos décadas no ha habido mejoras significativas en la región en indicadores claves de gobernanza, o peor aún, salvo algunas excepciones, la región ha mantenido un desempeño deficiente en la implementación del Estado de Derecho y el control de la corrupción. El impacto distorsionador del dinero en la política en la región se asocia a políticas y prácticas que benefician a

---

43 *Cfr.* Rose-Ackerman, Susan, "Corruption: Greed, Culture and the State", *cit.*

44 Autoría de Engel, Eduardo; Ferreira Rubio, Delia; Kaufmann, Daniel; Lara Yaffar, Armando; Londoño Saldarriaga, Jorge; Simone Noveck, Beth; Pieth, Mark y Rose-Ackerman, Susan, BID, 2018, Código de publicación IDB-MG-677, Washington, *www.iadb.org*.

> una reducida élite que, con reformas fallidas, socava la confianza pública en el gobierno y las instituciones democráticas.

Después de referirse que la globalización y la tecnología brindan oportunidades sin precedentes para ocultar las ganancias del crimen y la corrupción, se afirma que: "En la mayoría de los países de ALC, la corrupción y la captura del Estado son sistémicas. La interconexión entre redes de élites políticas y económicas a menudo socava la formulación de políticas sólidas y el Estado de derecho, consolidando la impunidad y desviando los recursos públicos y la inversión en el bien común".

La claridad, precisión y crudeza de este resumen de tan reconocidos expertos nos exime de otros comentarios al respecto.

Es coincidente con el precedente análisis la mirada de Daniel Zovatto, director regional para América Latina de IDEA Internacional, que en su agudo estudio sobre el estado de las democracias en América Latina, entre las amenazas y retos para la región, señala los altos niveles de corrupción y opacidad, junto a otros, como la debilidad de las instituciones democráticas, el excesivo presidencialismo, la fiebre reeleccionista, los elevados índices de inseguridad ciudadana y los ataques a la independencia de la justicia y a la libertad de expresión.[45] Sostiene que la corrupción "ha sido una constante histórica en la mayoría de los países de la región y todo indica que este flagelo es uno de los problemas más graves y persistentes de América Latina". Indica que ello ha producido una falta de confianza en las instituciones, que afecta a los partidos políticos, a los poderes del Estado —y entre ellos el Poder Judicial—, además de la policía.[46] Y afirma que

> […] la corrupción no es un problema exclusivo de la política o las entidades del Estado. La ola privatizadora, que en mayor o menor medida, ha recorrido la región en las últimas dos décadas parece contribuir a la percepción de los ciudadanos acerca de la corrupción. Los bajos niveles de confianza que arrojan las grandes empresas privadas en varios sondeos de la región son un indicio de ello. Casi el 45% de los encuestados latinoamericanos afirma que el sector empresarial de sus países es "corrupto" o "muy corrupto".[47]

---

[45] Zovatto, Daniel, "El estado de las democracias en América Latina: a 35 años del inicio de la Tercera Ola Democrática", *Cátedra Democracia Perú*, Domingo García Rada, Lima, Jurado Nacional de Elecciones-Fondo Electoral-Escuela Electoral y de Gobernabilidad, 2014, Serie Cátedra Democracia, núm. 1, pp. 38-49.

[46] Con datos del Barómetro Global de la Corrupción de 2013 de Transparencia Internacional.

[47] Téngase presente que esta opinión y estos datos eran anteriores al proceso *Lava Jato*.

Para nosotros resulta indudable que la corrupción incide decisivamente en las características y calificaciones de media y baja calidad democrática que se presentan en general en nuestra región, más allá de su heterogeneidad.[48]

No puede dejar de señalarse, sin embargo, la extraordinaria importancia que ha tenido en esta materia el proceso denominado *Lava Jato*, en Brasil, que ha significado un notable cambio en el accionar del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción, y que ha tenido enorme impacto a lo largo de la región.

No obstante que el tema será desarrollado en detalle por mi distinguido colega, el profesor Marcelo Figueiredo, es menester efectuar algunas referencias al respecto. Así como el proceso *Mani Pulite*[49] implicara un antes y un después en la materia y con profundos efectos en el sistema político italiano,[50] lo propio puede decirse de lo que está en curso en *Lava Jato*, en

[48] Véase el análisis de Zovatto, Daniel, *op. cit.,* pp. 28-37. Cita la siguiente definición de Morlino al respecto: "[…] democracia de calidad es una estructura institucional estable que permite que los ciudadanos alcancen la libertad y la igualdad mediante el legítimo y correcto funcionamiento de las instituciones y mecanismos" (p. 28). Para medir la calidad democrática de la región, Zovatto recurre a tres índices: el de Freedom House, el de Desarrollo Democrático de la Fundación Konrad Adenauer y el de Democracia, de la Unidad de Inteligencia de The Economist. En este último índice se distingue entre democracias plenas, democracias imperfectas, regímenes híbridos y regímenes autoritarios. Según el índice de 2012, solo Uruguay y Costa Rica estaban en el primer grupo, mientras que en el segundo estaban Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana. Eran catalogados como regímenes híbridos: Bolivia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Venezuela y solo Cuba como régimen autoritario (p. 35). El autor concluye que "[…] los 3 índices ponen en evidencia el alto grado de heterogeneidad de las democracias latinoamericanas, que pueden ser estructuradas en tres grandes grupos, además de la situación especial de Cuba: 1. Un primer grupo formado por Uruguay, Costa Rica y Chile, caracterizado por contar con los índices de democracia más elevados de América Latina; 2. Un segundo grupo de países con índices de democracia entre alto y medio pero con diferencias importantes entre sí: Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Paraguay; 3. Un tercer grupo formado por los países que cuentan con los índices de democracia más bajos, constituido por Bolivia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Venezuela y 4. La situación particular de Cuba" (p. 37). Nosotros consideramos que actualmente tanto Venezuela como Nicaragua integran el último grupo de países autoritarios, junto a Cuba.

[49] "Manos limpias" en español, lo contrario de "Las manos sucias", título de la conocida obra teatral de Jean-Paul Sartre. En relación con esto, véase a Thompson, Dennis F., cap. 1, n. 13.

[50] El proceso comenzó el 17 de febrero de 1992 mediante la detención, ordenada por el fiscal de Milán Antonio di Pietro, del dirigente del Partido Socialista Mario Chiesa, en el momento en que recibía un soborno del empresario Luca Magni, para acceder a la concesión de una obra pública. Este último había puesto en conocimiento del fiscal los hechos, que dieron origen a una investigación que abarcó todo el país, ya que el sistema político estaba completamente corrompido a través de la obra pública por los sobornos, las extorsiones y el

Brasil, pero con especiales implicancias en otros países —especialmente de la región—, ya que se trató de corrupción transnacional.[51]

En español, *Lava Jato* significa "autolavado", ya que en uno ubicado en Curitiba se encontraba la oficina del operador cambiario Alberto Youssef, que fuera detenido por la Policía Federal, por orden del juez federal de dicha ciudad, Sergio Moro, en una investigación sobre lavado de dinero y evasión impositiva. Ello ocurrió el 17 de marzo de 2014, en lo que se llamó la primera fase de la operación.[52] Posteriormente fue detenido un exdirector de Petrobras, Paulo Roberto Costa, vinculado a Youssef, que terminó implicando, además, a las más poderosas empresas constructoras del país como Odebrecht, Camargo Correa, OAS y Mendes Junior, que eran contratistas de la empresa estatal, en lo que se constituyó como el más importante proceso judicial contra la corrupción de Brasil. Mediante la firmeza de la investigación, con utilización de la delación premiada y especial conocimiento del caso *Mani Pulite*, el juez Moro y los fiscales dirigidos por Deltan Dallagnol avanzaron hasta condenar a más de 120 políticos y empresarios, incluidos entre estos últimos los más importantes del país, como Marcelo Odebrecht y Leo Pinheiro,[53] además de ministros, legisladores —incluido el expresidente de la Cámara de Diputados, Eduardo Cunha— y hasta el propio expresidente de la República, Luiz I. Lula da Silva.[54] Debe tenerse

---

financiamiento ilegal de la política. La mecánica fue denominada "tangentopoli", de tangente, soborno. En pocos años fueron condenados 1 233 políticos, funcionarios y empresarios. En una entrevista concedida a *Clarín* en Buenos Aires, Di Pietro señaló que la corrupción era un problema cultural y que, además de la actuación del Poder Judicial, era esencial el acompañamiento de la sociedad en la lucha contra la corrupción y con especial énfasis en la importancia de la educación. "Las lecciones de Mani Pulite", *Clarín*, Opinión, Buenos Aires, 12 de agosto de 2018.

[51] Ya que la empresa Odebrecht sobornó a funcionarios de muchos países para conseguir importantes concesiones de obra pública.

[52] Actualmente se desarrolla la fase 54, según lo expuesto por el periodista Marcio Resende en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, el 2 de octubre de 2018. También dijo que la empresa Odebrecht llegó a pagar sueldos a 60 periodistas argentinos.

[53] Marcelo Odebrecht fue condenado por el juez Sergio Moro a 19 años de prisión en solo algo más de dos años de proceso. Hasta marzo de 2018 se habían dictado 188 sentencias de condena contra 123 políticos, funcionarios y empresarios. *Cfr. Agencia Efe,* Río de Janeiro, 17 de marzo de 2018.

[54] Que recibió además una condena de 12 años y 11 meses de prisión por otro caso de corrupción por parte de la jueza federal Gabriela Hart, que sustituyó a Sergio Moro, que luego fuera ministro de Justicia de Brasil. En este caso se comprobó que fue beneficiado por las empresas OAS y Odebrecht por obras realizadas en una propiedad rural que frecuentaba, cerca del municipio de Atibaia, en el estado de San Pablo. *Cfr. La Voz del Interior*, Córdoba, p. 18, bajo el título "Nueva condena a Lula por corrupción".

presente que las sentencias de primera instancia fueron confirmadas por las Cámaras de Apelación y también hubo recursos ante el Supremo Tribunal Federal, lo que indica que ha sido el Poder Judicial en sus diversas instancias el responsable de este extraordinario proceso anticorrupción, que contara con gran apoyo popular.

Pero como las empresas de Brasil, y especialmente Odebrecht, obtuvieron concesiones de obras en otros países, como Argentina, Perú, Colombia, Ecuador, Venezuela, Panamá, Guatemala, República Dominicana, Angola, Mozambique, entre otros, también allí se utilizó el método del soborno,[55] lo que originaría sendos procesos judiciales; algunos de ellos con enormes implicaciones políticas, ya que los últimos cuatro expresidentes de Perú —Humala, Toledo, García y Kucynski— afrontan investigaciones penales por esta razón. En Ecuador, Jorge Glas tuvo que dejar la vicepresidencia, y cumple una sentencia por sobornos de la empresa.

En el caso de Argentina, la justicia está actuando muy lentamente, pese a que, según datos del Departamento de Justicia de Estados Unidos, la empresa Odebrecht ha reconocido el pago de 35 millones de dólares en el país. En este sentido, el juez federal Casanello ha dictaminado el procesamiento del exministro De Vido, los exfuncionarios Baratta y López y los empresarios Roggio, Walker, Biagini y Rodríguez, además de los exdirectivos de la empresa Aysa por las obras potabilizadora y depuradora en Tigre y en Berazategui, respectivamente.[56]

Nos referimos seguidamente al Índice Global de Percepción de la Corrupción en América Latina, de 2020. Allí aparece Uruguay en la primera posición de la región, con 71 puntos, y en la posición 21 en el Índice Global, seguido por Chile, con 67 y 25 en el Índice Global, y en la última posición aparece Venezuela, con solo 15 puntos y en la posición 176 sobre 179 países. Muy cerca se ubica Haití, con 18 puntos y en la posición 170 del Índice Global, y algo más allá se encuentran Nicaragua, con 22 puntos, Honduras con 24 y Guatemala con 25, en las posiciones 159, 157 y 149 del Índice Global. Por su parte, Paraguay y República Dominicana alcanzan los 28 puntos y la posición 137 en el Índice Global. México y Bolivia tienen 31 puntos y la posición 124 en el Índice Global. Después están Panamá y El Salvador,

[55] Que, según lo informado por la Comisión de Valores de los Estados Unidos en 2016, alcanzó en total 788 millones de dólares en los países mencionados. Para un análisis de lo acontecido en cada uno de los países implicados véase en la web el informe de *CNN Español* titulado "El escándalo de sobornos de Odebrecht: así es el caso de cada país de Latinoamérica salpicado", 10 de febrero de 2017, *www.cnnespanol.cnn.com.*

[56] Según información publicada en sendos y sucesivos artículos de *La Nación*, *Clarín*, *La Voz del Interior*, etcétera.

con 35 y 36 puntos y las posiciones globales 111 y 104. Brasil y Perú registran 38 puntos y están en la posición 94 a nivel global. Ecuador y Colombia alcanzan 39 puntos y la posición 92. Argentina, con 42 puntos, está en la posición 78. Jamaica tiene 44 puntos y la posición 69, mientras que Cuba, con 47 puntos, se ubica en la posición 63. Finalmente, Costa Rica, con 57 puntos, está en la posición global 42.[57]

En las Américas el promedio es de 44 puntos y se resalta el estancamiento en esa cifra durante los últimos cinco años, además del avance del populismo. Canadá y Uruguay alcanzaron los mejores resultados, con 77 y 71 puntos, mientras que Nicaragua, Haití y Venezuela obtuvieron los peores, con puntajes de 22, 18 y 15, respectivamente. Se sostiene que en una región caracterizada por instituciones gubernamentales débiles, el COVID-19 ha puesto de relieve profundas desigualdades sociales y económicas, con sus efectos desproporcionados en las poblaciones vulnerables. Asimismo, se indica que los institutos de emergencia aplicados restringieron los derechos humanos, debilitaron los controles y equilibrios institucionales y redujeron el espacio de la sociedad civil. También destacan las irregularidades y casos de corrupción asociados con las adquisiciones relacionadas con el COVID-19.

Concluimos este punto haciendo referencia a las medidas propuestas para luchar contra la corrupción en el Informe del Grupo de Expertos del BID, antes citado. Al respecto, se plantea que este es el momento para una transformación sistémica:

> Los escándalos recientes claramente muestran que la corrupción debe contrarrestarse con una reforma política, institucional y legal que aumente la disuasión y ponga fin a la impunidad de las personas con conexiones políticas. Aunque algunos países de la región, junto con el BID, han iniciado algunas reformas anticorrupción durante la última década, estas han sido desiguales y parciales y se han centrado más en promulgar leyes y regulaciones que en su aplicación y más en principios y procedimientos que en prácticas concre-

[57] El FBI anunció la instalación de una oficina en Miami para recibir las denuncias de soborno y lavado de activos a consecuencia del avance de la corrupción en Latinoamérica y luego de los casos de Petrobras y de Odebrecht. Fue la directora de la Sección de Corrupción Transnacional, Leslie Backschies, quien lo anunció en Washington, haciendo referencia a la necesidad de cumplir la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero. *Cfr.* "El FBl investigará el dinero de la corrupción en Sudamérica", Internacionales, *La Voz del Interior*, Córdoba, 6 de marzo de 2019, p. 18, donde se cita el informe de Michel Balsamo y Erick Tucker de la Agencia AP. En la nota se hace referencia a las multas que pagaron en Estados Unidos por esas actividades ilícitas, Petrobras, en septiembre de 2018, por los sobornos en Brasil, por 853 millones de dólares, y Odebrecht en diciembre de 2016, por más de 3 500 millones de dólares, por los sobornos en muchos países.

tas. Combatir la corrupción requiere un enfoque más audaz que involucre a servidores públicos, empresas, sociedad civil e individuos para general el necesario shock sistémico que supere la crisis de confianza entre ciudadanos e inversores y fortalezca la cultura democrática. Los gobiernos necesitan responder al descontento ciudadano y a la ansiedad de los inversores mediante reformas estructurales en la contratación pública y en la financiación de las campañas. Una mayor transparencia en los contratos gubernamentales, en los presupuestos públicos y en los conflictos de intereses, y la utilización de herramientas innovadoras de las tecnologías de la información pueden ser muy útiles […] Además de un enfoque proactivo para la divulgación de la información, el sistema de justicia penal necesita una reforma que aborde y evite la captura del Estado por las élites de políticos y tomadores de decisiones de alto nivel, así como las conductas ilegales del sector empresario en general. Los países podrían explorar soluciones innovadoras en relación con acuerdos de culpabilidad, incluyendo la negociación de cargos y la cooperación transnacional, que pueden contribuir a acelerar la resolución de casos. Cualquiera de estas reformas por sí sola constituiría un paso en la dirección correcta. Sin embargo, sin un enfoque integrado y un shock sistémico sería insuficiente para producir un cambio sostenible […] Las reformas deben alcanzar tanto a la oferta como a la demanda de actos de corrupción y contar con la participación de los sectores público y privado. Cualquier plan significativo debe incorporar la "gran" corrupción (incluida la captura del Estado por las élites con poderosos intereses creados y la corrupción en la política), como los habituales pagos solicitados al ciudadano común y las pequeñas empresas.[58]

[58] Informe del Grupo Asesor de Expertos en anticorrupción. En el punto 5, el Informe establece "Los cuatro pilares para un acuerdo de reforma sistémica" para la organización de los principales actores y partes interesadas de cada país y que consisten en *1)* las iniciativas regionales y mundiales; *2)* iniciativas nacionales; *3)* participación del sector privado y de la sociedad civil, y *4)* el apoyo del BID y otras organizaciones internacionales. Asimismo, se puede observar otro documento internacional importante con medidas contra la corrupción de OCDE, titulado "Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública. Una estrategia contra la corrupción", en el que no nos podemos detener por razones de extensión de este trabajo. Allí se afirma que entre 10 y 30% de la inversión pública puede perderse a causa de la mala gestión y la corrupción y se explicitan propuestas en los distintos aspectos. Véase al respecto *www.oecd.org/gov/ethics.* En torno a los impactos económicos de la corrupción véase, asimismo, el cap. 2 del Informe del Grupo Asesor de Expertos, "La corrupción y sus costos en América Latina y el Caribe". En consecuencia, es muy evidente que existen claras, precisas y extensas recomendaciones y propuestas para luchar contra la corrupción, desde el orden internacional, pero lo que falta es la voluntad política para aplicar las mismas.

LA CORRUPCIÓN EN ARGENTINA

Antonio María HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Breve análisis histórico y de la actualidad*. II. *La corrupción, la ética pública, los convenios internacionales y el sistema republicano y democrático en la Constitución Nacional*. III. *La Ley de Ética Pública, la Oficina Anticorrupción y los sistemas de control en el gobierno federal, en las provincias, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los municipios*. IV. *Conclusiones y propuestas de lucha contra la corrupción.*

I. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO[1] Y DE LA ACTUALIDAD

Desde los tiempos coloniales hubo prácticas corruptas en Argentina. Así se menciona lo vinculado a la entrega de tierras, al contrabando y a los envíos realizados a España. En una lista que no es exhaustiva podemos recordar, después de la Revolución de mayo de 1810, los siguientes hechos: la enfiteusis rivadaviana, que originó latifundios, y el ruinoso préstamo de la Baring Brothers, que comenzó el endeudamiento argentino con países extranjeros, con sobornos incluidos. Luego se menciona la Campaña del Desierto y el dispendioso reparto de tierras efectuado. También fue denunciada por la Unión Cívica la corrupción gubernamental en tiempos de la Revolución de 1890 y, en particular, por la fogosa oratoria de Leandro N. Alem.

Ya en el siglo XX esta fue una de las razones de la denominación de la Década Infame, luego del golpe de Estado de 1930, atento los escándalos producidos por la compra de voluntades de políticos y concejales por parte de las empresas extranjeras de electricidad para la prórroga de las concesiones de la compañía Italo; a lo que se sumó la investigación impulsada por el senador De la Torre sobre las vinculaciones de un ministro con las empresas frigoríficas inglesas que evadían impuestos y el escándalo por la venta de tierras del Palomar.

[1] Aquí seguimos lo expuesto en nuestra obra, *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el bicentenario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.

Posteriormente deben mencionarse las maniobras producidas por el endeudamiento externo durante el último proceso militar; y muy especialmente lo acontecido en la década de los noventa a causa de las privatizaciones. Esto dio lugar a ventas de empresas por un valor menor, licitaciones dirigidas y vinculaciones presuntamente delictivas entre funcionarios y empresarios. Todavía se investigan negocios como la venta de armas a Ecuador y Croacia, por la que fue condenado el expresidente Menem.[2]

Y la serie de hechos con fuertes sospechas de corrupción continuaron con las presidencias siguientes.[3] Natalio Botana sostuvo al respecto:

---

[2] Marcos Aguinis, en su obra *El atroz encanto de ser argentinos*, efectúa una enumeración de 20 casos denunciados de corrupción que todavía están impunes durante dicho gobierno (pp. 216 y 217). Seguidamente expresa: "Ante semejante lodazal, ¿podemos seguir afirmando que las causas de nuestro deterioro son fundamentalmente económicas?" (p. 218). En uno de los pocos procesos judiciales por enriquecimiento ilícito fue condenada María Julia Alsogaray, que ocupó muy altos cargos en esa etapa.

[3] Como lo indica esta enumeración, que tampoco es exhaustiva: la compra de votos en el Senado de la Nación durante el gobierno de De la Rúa para la modificación de la legislación laboral; las denuncias efectuadas en relación al corralito, y la muy extensa lista de hechos producidos durante el gobierno de Néstor y Cristina Kirchner. En tal sentido, se mencionan los siguientes casos: *Skanska*; el de la ministra de Economía Felisa Miceli; la valija con 800 000 dólares de Antonini Wilson, presumiblemente para la campaña presidencial; el caso *Jaime*; las denuncias al ministro De Vido por la obra pública; las compras y ventas de terrenos del matrimonio presidencial en Calafate; las denuncias por el aumento del patrimonio de los Kirchner; las investigaciones de la justicia suiza de Hugo Moyano; los casos de Lázaro Báez, Cristóbal López y de Rudy Ulloa, cercanamente ligados al poder y que en pocos años devinieron en importantes empresarios (*cfr.* Aguinis, Marcos, *Pobre patria mía*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009, p. 111); las ventas de empresas públicas a empresarios cercanos al poder político (como Eduardo Eskinazi en YPF) y las relaciones con los concesionarios del Estado que conforman un capitalismo de "amigos" (como Eduardo Eurnekian, Aldo Roggio y Electroingeniería, además de los antes mencionados. Nos tocó dictaminar la rescisión del contrato entre el Estado nacional y Aeropuertos Argentina 2000, por la concesión del sistema aeroportuario argentino, atento al extraordinario grado de incumplimiento del concesionario, por la deuda que existía en el pago del canon fijado que alcanzaba a 700 millones de dólares y la falta de realización de las obras públicas comprometidas en el contrato. Véase nuestro Dictamen jurídico en el marco de la Comisión 301/2001, designada por el presidente De la Rúa y que obra en la *Revista de Derecho Público de Rubinzal Culz*oni, Buenos Aires, núm. 1, 2002). También deben incluirse los negocios de la droga y el juego (véase Aguinis, Marcos, *op. cit.*, p. 115-121, con referencias al juego en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la provincia del mismo nombre). En la provincia de Córdoba, durante el gobierno de José M. de la Sota se entregó en concesión el juego al Grupo Roggio, a través de la empresa CET, para los lugares turísticos. En el gobierno de Schiaretti se aumentó, por ley de la legislatura, el número de máquinas de *slots* (tragamonedas) en 2 100 (véase informe de *La Voz del Interior* de domingo 6 de marzo de 2011). Aunque en el contrato se mencionaba que los casinos se instalarían en zonas turísticas, de las 19 salas existentes, hay algunas en localidades que no lo son, como Río Cuarto, Villa María, Deán Funes, Laboulaye, General Roca, Cruz Alta, Corral de Bustos, San Francisco y Morteros. Del producido del juego, las municipalidades

> En el índice de Percepción de la Corrupción de 2010, que prepara Transparencia Internacional (una organización civil que reclama el estricto cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción), la Argentina está ubicada en una especie de suburbio del planeta en esta materia, debajo de los 100 primeros países sobre un total de 178. En una escala que, de menor a mayor corrupción, va del 10 al 0, la Argentina marca 2,9 cuando Chile tiene 7,2; Uruguay, 6,9 y Costa Rica, 5,3. Brasil (3,7), Colombia y Perú (ambos con 3,5), gozan de una mejor valoración que la que los argentinos se adjudican a ellos mismos. Nos queda, sin embargo, un premio consuelo, pues Nicaragua (2,5) y Venezuela (2,0) están peor situados.[4]

Destacábamos asimismo otro aspecto que hacía más grave la situación, pues no obstante la sanción de una más que importante legislación en la materia, la misma no se cumplía, empezando por la normativa del artículo 36 de la Constitución Nacional, a la que más adelante me referiré; llegando a la conclusión de que el problema de la corrupción se había agravado notablemente en el segundo bicentenario.

Y agregaba en aquella oportunidad: "La impunidad reinante produce efectos demoledores sobre las bases éticas y espirituales de nuestra democracia[5]

---

sedes de los casinos perciben solo el 3%, mientras que el 27% es para Lotería de Córdoba y el resto para la concesionaria. Ante la gravedad del problema de la ludopatía la municipalidad de Río Cuarto, por ordenanza y en ejercicio de su poder de policía, intentó reducir el horario de funcionamiento del casino, por lo que la empresa CET recurrió al Tribunal Superior de Justicia para impedirlo. Este Tribunal declaró la procedencia de la demanda, así como la inconstitucionalidad de la ordenanza, en evidente desconocimiento del poder de policía de moralidad y salubridad locales. Los recursos extraordinarios y de queja no fueron atendidos por dicho Tribunal y, finalmente, los conoció la Corte Suprema de Justicia. La resolución fue en 2017, en aplicación del artículo 280, por mayoría, ya que votó en disidencia el ministro Horacio Rosatti. Este precedente no corresponde con la jurisprudencia municipalista que se viene consolidando en el más alto tribunal, y que oportunamente he destacado.

[4] Botana, Natalio, "Corrupciones del poder", *La Nación*, 6 de abril de 2011.

[5] Sobre la mutua dependencia entre ética y democracia, el renombrado profesor de Filosofía Política de la Universidad de Harvard, Dennis F. Thompson, sostiene: "Se trata de una relación más íntima de lo que por lo general sugieren filósofos y politólogos. La ética y la política plantean serios problemas una a la otra, pero también intercambian recursos para resolverlos. La ética política respalda las políticas democráticas y lo hace de diversas formas. Proporciona criterios en virtud de los cuales los ciudadanos pueden juzgar con más precisión los actos de los funcionarios y atribuirles responsabilidades. Señala qué recursos se necesitan para promover la rendición de cuentas democrática y ayuda a superar, en este aspecto, las objeciones basadas en principios. La política democrática sustenta a su vez la ética democrática. Muchas de las polémicas en este ámbito, aun las que conciernen a los principios fundamentales, deben resolverse en último términos y al menos parcialmente, a través de algún tipo de proceso democrático". Y más adelante agrega: "[…] una adecuada concepción de la democracia debería incluir, como condición necesaria, la deliberación colectiva de las controversias sobre

y sobre la confianza en las instituciones, como lo acreditan las distintas encuestas realizadas".[6]

Y aquí aparece de nuevo la inocultable responsabilidad de los órganos de control políticos, administrativos y, especialmente, del Poder Judicial en los fueros más vinculados a estos hechos: los penales, electorales y tributarios.

Por eso aquí insisto en que se encuentra afectado otro de los principios cardinales del sistema republicano: la independencia del Poder Judicial.

Resulta penoso comprobar que existe una ley no escrita, que tiene muy pocas excepciones: no avanzan las investigaciones penales cuando se trata de funcionarios que ejercen el poder.

Es lamentable comprobar cómo los fiscales no promueven acciones penales en delitos de acción pública, cuanto se trata de hechos vinculados al poder, o cómo disputan sobre la competencia entre ellos —lo mismo que los jueces—, para excusarse de intervenir en esas causas. O cómo, en otras oportunidades, tanto jueces como fiscales actúan con gran diligencia para dictar los sobreseimientos que benefician al poder político de turno… Además, la lentitud de la justicia es de tal magnitud que la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia ha estimado en 14 años la duración de las causas de corrupción, por lo que exime de más comentarios.[7]

Más recientemente se han conocido libros y artículos de periodistas de investigación y opinión como Hugo Alconada Mon,[8] Daniel Santoro,[9]

---

los valores fundamentales. Es imprescindible entonces que el proceso democrático cumpla con ciertas restricciones éticas, tales como el requisito de publicidad, que exige a los funcionarios el actuar según principios admitidos por todos los ciudadanos". Thompson, Dennis, *La ética política y el ejercicio de los cargos públicos*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 13 y 14. El título original del libro es *Political ethics and public office*, Massachusetts, Harvard University Press, 1987.

[6] Véase Hernández, Antonio María; Zovatto, Daniel y Mora y Araujo Manuel, "Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica", *en Percepciones sobre el congreso y sobre el Poder Judicial y el sistema judicial*, pp. 74-76 y ss., y Hernández, Antonio María; Zovatto, Daniel y Fidanza, Eduardo, "Segunda encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica", en *Percepciones sobre la democracia y las instituciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2016, cap. II, pp. 42 y ss.

[7] Hernández, Antonio María, *Fortalezas y debilidades constitucionales…, cit.,* p. 155.

[8] Con sus libros *Los secretos de la valija. Del caso Antonini Wilson a la petrodiplomacia de Hugo Chávez*, Buenos Aires, Planeta, 2009; *Boudou Ciccone y la máquina de hacer billetes*, Buenos Aires, Planeta, 2013; *La piñata: el ABC de la corrupción de la burguesía nacional kirchnerista y del "capitalismo de amigos"*, Buenos Aires, Planeta, 2015; y, especialmente, *La raíz de todos los males. Cómo el poder montó un sistema para la corrupción y la impunidad*, Buenos Aires, Planeta, 2018. En esta última obra, el autor analiza la corrupción en las distintas esferas, demostrando su carácter sistemático y poniendo de relieve la impunidad existente. Recuerda, en tal sentido, la frase del empresario Alfredo Yabrán, en la década de los noventa: "El poder es impunidad".

[9] Con sus libros *La ruta del dinero K: la trama secreta de los escándalos de Lázaro Báez, Hotesur y otras causas que llevarán a rendir cuentas ante los tribunales a Máximo y Cristina Kirchner*, Buenos Aires,

Luis Majul,[10] Carlos Pagni,[11] Joaquín Morales Solá,[12] Diego Cabot[13] y Jorge Lanata,[14] que expusieron el fenómeno de la corrupción sistemática y estructural que padeció Argentina, especialmente entre los años 2003 y 2015. También deben destacarse las denuncias judiciales efectuadas por algunas legisladoras, como Elisa Carrió, Margarita Stolbizer y Graciela Ocaña, entre otros. Asimismo, hubo libros en la materia de Mariano Grondona[15] y de Héctor Mairal[16] y artículos de Jorge Vanossi,[17] Alfonso Santiago[18] y Eduardo P. Jiménez.[19]

De todo ello se puede afirmar que Argentina es penosamente uno de los casos descritos por el grupo de expertos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que antes citaba, ya que se produjo la apropiación y captura del Estado para su saqueo mediante un sistema de corrupción que abarcó todas las esferas de la obra pública, de las concesiones, del transporte, de los subsidios y del juego. A ello debe sumarse la corrupción en los sectores empresarios, sindicales,[20] políticos, judiciales y en la prensa, además de la que se

---

Ediciones B, 2014; *La ruta secreta de la efedrina*, Buenos Aires, Ediciones B, 2017, y *El mecanismo. La corrupción kirchnerista: contratos energéticos, delatores y Odebrecht*, Buenos Aires, Planeta, 2018.

10 Con su libro *El dueño: la historia secreta de Néstor Kirchner, el hombre que maneja los negocios públicos y privados de la Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 2009.

11 Especialmente a través de sus artículos de opinión en *La Nación* y en su programa de TV "Odisea argentina", en LN+.

12 Especialmente a través de sus artículos de opinión en *La Nación* y en su programa de TV "Desde el llano", por TN.

13 En su libro en coautoría con Francisco Olivera, *Hablen con Julio. Julio de Vido y las historias ocultas del poder kichnerista*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2007 y en sus artículos de opinión de *La Nación*. Fue además el periodista que recibió los cuadernos en 2018 y que dio comienzo a la más importante investigación sobre corrupción en el país, lo que será analizado más adelante.

14 Con su libro *La década robada*, Buenos Aires, Planeta, 2014, sus artículos de opinión en *Clarín* y en sus programas de TV "Periodismo para todos" y en Radio Mitre.

15 Autor del libro *La corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

16 Autor del libro *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla,* pról. de Agustín Gordillo, Buenos Aires, Rap, 2007.

17 Vanossi, Jorge, "La problemática constitucional de la corrupción", *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, agosto de 1993.

18 El artículo sobre "La cláusula ética del art. 36".

19 Jiménez, Eduardo P., "Corrupción y ética pública (algunos apuntes institucionales)", *El derecho*, 21 de julio de 1997, y "En defensa del orden constitucional y la vida democrática", en García Lema, Alberto y Hernández, Antonio María (coords.), *A veinte años de la reforma constitucional de 1994. Número Especial de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 20 de agosto de 2014, pp. 44 y ss.

20 Es particularmente impresionante la corrupción y excentricidad de algunos dirigentes gremiales, convertidos en empresarios acaudalados y que se mantienen por décadas en sus

produce en la vida diaria de la sociedad. Por otra parte, al comprobarse que no existe una repulsa a la corrupción en vastos sectores de la población, se puede considerar que en Argentina existe una "cultura de la corrupción".[21]

En torno a la ocurrido en esta materia, debe señalarse que luego del cambio de gobierno operado en el nivel federal en 2015 se produjo un más adecuado funcionamiento del sistema republicano, que implicó una mayor independencia del Poder Judicial, un mayor equilibrio entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, y el funcionamiento de la Oficina Anticorrupción, además del ejercicio de un federalismo de concertación. Igualmente, se advirtió más eficiencia por parte del Consejo de la Magistratura y, significativamente, se sancionaron leyes de especial importancia en la lucha contra la corrupción, como las de acceso a la información pública, Nº 27.275 de 2016, de los arrepentidos, Nº 27.304 de 2016, y de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, Nº 27.401 de 2017.

---

cargos, en lo que constituye una de las corporaciones más poderosas del país. Citamos como ejemplo a Raúl Álvarez, que desde hace 19 años es el secretario general de la Federación Argentina de Trabajadores de Aguas Gaseosas y Afines (FATAGA), gremio que figura como uno de los tres propietarios de caballos frisones (los que usa la monarquía de Holanda) en el país, además de 74 automóviles, algunos de lujo, que se observan en un campo de 70 ha., en General Rodríguez, provincia de Buenos Aires (*cfr. Clarín Política*, versión electrónica de 7 de octubre de 2018, que hace referencia al programa respectivo de TV de Jorge Lanata, "Periodismo para Todos"). Otro ejemplo conocido es el de Marcelo Balcedo y su familia, que durante años manejaron el Sindicato de Obreros y Empleados de Minoridad y Educación (SOEME), uno de los sindicatos de la educación de la provincia de Buenos Aires y que eran propietarios de la lujosa mansión "El Gran Chaparral", en Piriápolis, Uruguay, con autos de alta gama, además del *Diario Hoy,* de La Plata, entre otros bienes. Balcedo y su esposa fueron detenidos en el vecino país, con captura internacional por orden del juez Ernesto Kreplak, de La Plata, por delitos tributarios y lavado de dinero, según información de *Infobae*, 4 de enero de 2018.

[21] Recuérdese la conocida frase del dirigente sindical Luis Barrionuevo: "Tenemos que dejar de robar por lo menos dos años", pronunciada en 1990 y reeditada en 2012 al decir: "Este gobierno tiene que dejar de robar por 30 segundos y salimos adelante" (*Clarín Política*, 6 de septiembre de 2012). "Desde la cárcel se postula para volver a ser Intendente de Pilar", es el título de *La Voz del Interior,* de 7 de febrero de 2019, en referencia a Diego Bechis, que fue separado del cargo y que está preso por actos de corrupción desde 2018, pero, al no tener todavía condena, no existiría impedimento legal para ello. La noticia causa estupor, pero es reveladora de lo que estamos ejemplificando. Y, posteriormente, el intendente municipal de Pichanal, Julio Jalit, dijo ante el Concejo Deliberante en la apertura de sesiones de 2019, que "había que ser inteligente hasta para robar y yo me considero un tipo inteligente", entre los aplausos de los asistentes. Es intendente desde 2003 y ha tenido un enorme crecimiento patrimonial, que incluye decenas de campos con producción sojera, pese a que antes trabajaba en una estación de servicio, según lo expone *Infobae*, en la edición de 7 de marzo de 2019. Por otra parte, esta cultura de la corrupción está íntimamente vinculada a la falta de cultura constitucional y legal que se padece, como hemos analizado en la obra Hernández, Antonio María; Zovatto, Daniel y Fidanza, Eduardo (comps.), *op. cit.*

En ese marco político e institucional se produjo el comienzo de la investigación judicial más importante de la historia argentina sobre corrupción, que fuera denominada *Los cuadernos de las coimas o de la Corrupción K.*

Todo comenzó cuando el periodista Diego Cabot, de *La Nación*, el 10 de abril de 2018, hizo una declaración y denuncia de más de cinco horas ante el juez federal Claudio Bonadío y le entregó una copia de los ocho cuadernos Gloria, escritos por el chofer Óscar Centeno, sobre la corrupción. Centeno fue el chofer de Roberto Baratta, secretario de coordinación y control de gestión del Ministerio de Planificación Federal y Obras Públicas, a cargo de Julio de Vido.

Cabot precisó que había recibido esa copia el 8 de enero de 2018 y, al advertir su importancia y luego de ordenar y corroborar los datos, decidió efectuar la presentación judicial, demorando la publicación de la noticia hasta el 1 de agosto de 2018, fecha en que el juez Bonadío ordenaba las primeras detenciones por esa causa.[22]

Cabot dice que en los cuadernos se exhibía

> […] el recorrido de las coimas, que partían de las instrucciones de Néstor Kirchner, continuaban con los recorridos millonarios de los laderos de Julio De Vido por las empresas contratistas del Estado para recolectar bolsos llenos de millones de dólares sucios y terminaban en la Quinta de Olivos, en la Jefatura de Gabinete o en el departamento de la familia de los Ex Presidentes, en Juncal y Uruguay. El chofer del autor, silencioso testigo de lo que acontecía en su Toyota Corolla en el que transportó a Roberto Baratta durante al menos diez años, se encargó, con la precisión de un orfebre, de tomar nota de todo lo que podía escuchar. Intentó con cada relato barnizar de veracidad su relato, no dejó escapar ni siquiera un número que vio al pasar, tomó las direcciones, los nombres, los montos y las características físicas de quienes no conocía. Y hasta el peso de los bolsos y las valijas.[23]

A diferencia de lo ocurrido en anteriores oportunidades, el mencionado juez federal Bonadío, junto a los fiscales federales Carlos Stornelli y Carlos Rívolo, comenzaron una tarea de investigación que ya ha culminado, y que ha provocado un antes y un después en materia de lucha contra la corrupción. Especialmente, mediante la utilización de la figura del arrepentido,[24]

---

[22] Cabot, Diego, "Los cuadernos de las coimas: la enigmática caja que contenía una bitácora de la corrupción K", *La Nación*, 1 de agosto de 2018.

[23] *Idem*.

[24] Entre los que se cuentan empresarios como Aldo Roggio, Angelo Calcaterra, Carlos Wagner, entre otros, además de quienes estuvieron muy cerca de los expresidentes Kirchner, como Ernesto Clarens, el financista, Víctor Manzanares, el contador personal y

se fueron acumulando pruebas y testimonios que corroboraron lo expuesto en los cuadernos y las denuncias antes efectuadas, y que fundamentaron los autos de procesamiento y prisión preventiva de altos funcionarios del anterior gobierno y de algunos de los más poderosos empresarios del país.

En efecto, el 17 de septiembre de 2018 así lo resolvió el juez Bonadío al procesar a 42 personas, incluyendo a los expresidentes Kirchner y Fernández de Kirchner, por liderar una asociación ilícita que percibió fondos ilegales entre 2003 y 2015 y que incluía a los exfuncionarios antes mencionados y a empresarios. Entre los empresarios procesados se encontraron Ángelo Calcaterra, Carlos Wagner, Carlos Mundin, Luis Betnaza, Aldo Roggio, Gerardo Ferreyra, Néstor Otero, Enrique Pescarmona, Juan Carlos Lascurain, Hugo Dragonetti, Osvaldo Acosta y Juan Chediack, entre otros.[25] Posteriormente fue procesado el CEO de Techint, Paolo Rocca, que es el empresario más poderoso del país.

Los procesamientos fueron confirmados por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal Federal, integrada por los jueces Leopoldo Bruglia y Pablo Bertuzzi, el 7 de marzo de 2019, aunque se modificaron las calificaciones de varios empresarios que habían sido señalados como miembros de la asociación ilícita, salvo el caso de Gerardo Ferreyra. Esta causa continúa, debiendo elevarse a juicio oral en los tiempos por venir, aunque no está exenta de algunas maniobras para detenerla.[26]

Carolina Pochetti, la mujer del exsecretario privado, Daniel Muñoz, que era propietario de departamentos en Miami y Nueva York por un valor de 70 millones de dólares. Estas últimas declaraciones fueron produciendo nuevas investigaciones, por ejemplo, la de Clarens, que presentó una lista de sobornos en la obra pública, por lo que el juez Bonadío comenzó el 20 de febrero de 2019 a recibir las indagatorias de 101 empresarios, incluidos los correspondientes a los grupos económicos más poderosos del país como Eduardo Eurnekian, José Cartellone, Angelo Calcaterra, Aldo Roggio, Gerardo Ferreyra, Osvaldo Acosta, entre otros, además de funcionarios como la expresidente, el exministro De Vido y sus secretarios José López y Roberto Baratta, a los que se suman los exdirectivos de la Dirección Nacional de Vialidad. Es muy ilustrativa la modalidad del pago de coimas declarada por el arrepentido Aldo Roggio, que identificó a cinco exfuncionarios por un monto de tres millones de dólares. Véase la nota de Carreras, Sergio, "Cuadernos: Aldo Roggio identificó a los cinco funcionarios que le pidieron fondos", *La Voz del Interior*, lunes 17 de septiembre de 2018.

[25] Véase la copia de la resolución en autos "Fernández Cristina Elizabeth s. Asociación Ilícita", *Clarín*, 17 de septiembre de 2018, en versión electrónica.

[26] El juez federal Alejo Ramos Padilla, de Dolores, procesó al fiscal Carlos Stornelli, al falso abogado Marcelo D'Alessio y al periodista Daniel Santoro, acusados de extorsionar al empresario Etchebest, para que no sea involucrado en la causa de *Los cuadernos de las coimas*. A su vez, el fiscal Stornelli denunció por fraude a D'Alessio por pedir sobornos en su nombre. *Cfr. Clarín*, 13 de febrero de 2019, p. 8. Esta causa será investigada por el juez federal Casanello. Asimismo, Stornelli recusó por parcialidad al juez Ramos Padilla y ha planteado su

En esta causa de *Los cuadernos* han quedado implicados dos jueces federales de Comodoro Py:[27] el ya retirado Norberto Oyarbide, pues el contador Víctor Manzanares denunció que manipuló una pericial para cerrar la investigación por enriquecimiento ilícito contra el matrimonio Kirchner[28] y el actual Luis Rodríguez, ya que Carolina Pochetti, viuda del secretario privado de los Kirchner, Daniel Muñoz, lo denunció por percibir un soborno de 10 millones de dólares, para beneficiar a su marido, que fuera sobreseído por enriquecimiento ilícito.[29] Esto confirma lo que venimos sosteniendo acerca de una corrupción estructural y sistémica, que exhibe la especial responsabilidad del Poder Judicial, por haber consagrado la impunidad, que es todavía más grave que la corrupción.

Por otra parte, es muy difícil precisar el monto de lo robado al Estado y al pueblo argentino, pero se puede dimensionar de alguna manera la magnitud del saqueo, a través de los embargos decretados por la justicia entre 2017 y 2018 en solo 10 causas de corrupción del kirchnerismo, y que ascienden a la suma de 270 000 000 000 de pesos, según lo informado por Laura Alonso, titular de la Oficina Anticorrupción.[30] Se comprende, en consecuencia, la imperiosa necesidad de contar con los instrumentos legales y las decisiones judiciales correspondientes para recuperar, a la máxima brevedad posible, esos fondos tan requeridos por la compleja situación de las finanzas del país.[31]

---

incompetencia para intervenir en esta causa. Por su parte, la diputada Carrió ha denunciado una maniobra para tratar de sacar de la causa de los cuadernos al fiscal Stornelli. *Cfr. Clarín*, 9 de febrero de 2019, p. 9. En relación con esto, el fiscal federal Federico Delgado declaró públicamente: "Si fracasa la causa de los cuadernos la crisis de la Justicia será terminal". *Cfr. La Nación*, 7 de marzo de 2019, versión electrónica. En una muy importante sentencia de fines de 2020, los jueces Jiménez y Tazza de la Cámara Federal de Mar del Plata revocaron los procesamientos contra el fiscal Stornelli y el periodista Santoro, con severas críticas al juez de primera instancia. De todas maneras, está demorada la causa de *Los cuadernos* y otras causas de corrupción, como lo expondré más adelante.

[27] Sede de los 12 juzgados federales de la capital federal, en la Ciudad de Buenos Aires, donde está concentrada la mayor cantidad de causas vinculadas a la corrupción del gobierno federal.

[28] Por cuya razón, la Unidad de Información Financiera (UIF) ya fue aceptada como querellante en el reclamo para reabrir la causa que investigaba dicho enriquecimiento ilícito, por ser una "causa juzgada írrita". *Cfr. Clarín*, 13 de febrero de 2019, p. 12.

[29] Motivo por el cual, el juez Rodríguez está siendo investigado por el Consejo de la Magistratura, a través de su Comisión de Acusación y Disciplina. *Cfr. ámbito.com*, 6 de marzo de 2019, versión electrónica.

[30] *Cfr. La Voz del Interior*, 3 de febrero de 2019, p. 15.

[31] En el Congreso se ha demorado por varios años la sanción de una ley de extinción del dominio, por lo que el Poder Ejecutivo dictó un decreto de necesidad y urgencia al respecto,

En este aspecto es importante consignar que, pese a las objeciones efectuadas contra la legislación sobre los arrepentidos, finalmente, la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo la constitucionalidad de este tan decisivo medio de prueba.[32]

No deja de sorprender la lentitud de la justicia en Argentina, ya que todo se demora, no solo la instrucción, sino también la iniciación y tramitación de los juicios orales, para que luego ocurra lo propio en el interminable proceso de apelaciones, hasta terminar en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).[33]

En 2019 comenzaron algunos juicios orales para juzgar a los más altos funcionarios de los gobiernos de los Kirchner, entre los que se encuentra la expresidenta, que enfrenta 12 procesos.[34] El primero de los juicios orales comenzó el 21 de mayo y correspondió al direccionamiento de la obra pública, que beneficiara especialmente a Lázaro Báez, que en pocos años se convirtiera en importante empresario, no obstante haber sido un empleado bancario en Santa Cruz, vinculado a Néstor Kirchner.[35]

No. 62. de 21 de enero de 2019, que fuera rechazado por la Comisión Bicameral y que debe ser tratado por cada una de las cámaras.

[32] Mediante sentencia de 30 de noviembre de 2020. Véase la nota de Ini, Candela, "Cuadernos de las coimas: la Cámara de Casación Penal validó las declaraciones de los arrepentidos", *La Nación*, 1 de diciembre de 2020.

[33] Ya referí la tardanza de las causas de corrupción que duran un promedio de 14 años y en las que solo se condena a 1% de los denunciados.

[34] La CSJN rechazó, el 7 de marzo de 2019, un recurso de queja planteado por la defensa de la expresidenta, quedando firme su procesamiento en la causa vinculada a la firma del memorándum con Irán, que se relaciona con la investigación de los atentados a la Amia y a la embajada de Israel, todavía impunes. Las otras causas con procesamiento son las de *Hotesur*, *Los Sauces*, la de cartelización de la obra pública, la de *Los cuadernos de la corrupción*, la de vialidad, la de irregularidades por los subsidios a trenes y subterráneos, la de irregularidades por los subsidios a los colectivos, la de corredores viales, la de uso de aviones oficiales para el envío de diarios y otros objetos desde Buenos Aires hasta Río Gallegos o *El Calafate*, la de compra de gas natural licuado y la vinculada a la posesión de una carta de San Martín a O'Higgins y antecedentes del presidente Yrigoyen. Véase "Cristina Kirchner ya suma 13 procesamientos y 7 prisiones preventivas", *Infobae*, Buenos Aires, 6 de junio de 2019. Cinco de estas causas están en la etapa de juicio oral. Fue sobreseída de su procesamiento No. 13, por la Sala 1 de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa del dólar futuro, con fallo de 13 de abril de 2021. Véase "Casación sobreseyó a Cristina Kirchner en la causa por el dólar futuro", *La Nación*, Buenos Aires, 13 de abril de 2021.

[35] Baéz recibió la concesión de 52 obras por un valor de 46 000 000 000 de pesos, durante los años 2004 a 2015. La causa duró años antes de llegar a esta instancia. Hubo una primera denuncia de Elisa Carrió en 2008 y, posteriormente, lo hizo la Dirección Nacional de Vialidad en 2016. En los últimos dos años, la expresidenta, De Vido y Báez atrasaron el caso con 51 quejas presentadas ante la Cámara Federal de Casación Penal (*Clarín*, Buenos Aires, martes 21 de mayo de 2019, p. 5). Por otra parte, la expresidenta lanzó su candidatura

Amado Boudou, que fuera vicepresidente de la Nación, fue condenado por cohecho pasivo y negociaciones incompatibles con la función pública, por intentar quedarse irregularmente con la Imprenta Ciccone Calcográfica para así lograr con el Estado la impresión de billetes y documentos oficiales. La sentencia del Tribunal Oral Federal No. 4 fue confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal y quedó definitivamente firme con el rechazo de un recurso de queja que había presentado ante la CSJN, de fecha 2 de diciembre de 2020.

También fueron condenados otros altos exfuncionarios, como el exministro Julio de Vido, por administración fraudulenta en perjuicio del Estado, en la causa denominada *la Tragedia de Once*, por no haber controlado debidamente la prestación del servicio de trenes, lo cual derivó en el accidente de 2012 en dicha estación ferroviaria, que causó 52 muertos. La sentencia fue dictada por el Tribunal Oral Federal No. 4 y confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal, el 22 de diciembre de 2020.[36] Asimismo, fueron previamente condenados por dicha tragedia ferroviaria los exsecretarios de Transporte Ricardo Jaime y Juan Pablo Schiavi, entre otros, con sentencia del Tribunal Oral Federal No. 2 de 2015, confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal, en 2018.[37]

Por su parte, José López, exsecretario de Obras Públicas de la Nación, fue condenado en 2016 por enriquecimiento ilícito en la denominada *Causa de los bolsos*, ya que fue filmado en el momento en que los llevaba, con casi nueve millones de dólares, a un convento. La sentencia fue dictada por el Tribunal Oral Federal Número 1.[38]

---

a la vicepresidencia de la República, anunciando como su compañero de fórmula para la presidencia a Alberto Fernández. Se trata de una situación similar a la acontecida en Brasil con la candidatura frustrada de Lula da Silva en 2018, en razón de la condena judicial que sufriera por corrupción. Pero hay una diferencia muy significativa, ya que el Poder Judicial de Brasil se ha destacado por la independencia demostrada y por la aplicación estricta de la ley en plazos muy breves. En Argentina todo es impredecible, y la incertidumbre caracteriza la realidad, más allá de los consabidos problemas de la baja calidad institucional y de la cultura de la corrupción.

36 Véase "Tragedia de Once: confirmaron la condena a de Vido por cinco años y ocho meses de prisión", *Infobae*, Buenos Aires, 22 de diciembre de 2020.

37 Véase "Tragedia de Once: Le otorgaron la libertad a Ricardo Jaime pero seguirá detenido", *Infobae*, Buenos Aires, 26 de septiembre de 2020, donde se hace referencia, además, a las prisiones preventivas por otras causas de corrupción.

38 Véase Salinas, Lucía, "Juicio por corrupción. José López fue condenado a seis años de prisión por los bolsos con dinero en el convento", *Clarín*, Buenos Aires, 12 de junio de 2019. Con fecha 13 de abril de 2021, López fue dejado en libertad por un fallo del Tribunal Oral Federal Número 1, aunque no terminó de cumplir su condena de más de siete años y no obstante que está procesado en la causa del *Cuaderno de las coimas K*. Véanse las

Además, Lázaro Báez junto a sus cuatro hijos, el contador Pérez Gadin y los financistas Elaskar y Fariña, fueron condenados en la causa conocida como la *Ruta del dinero K*, por el Tribunal Oral Federal Nº 4 de la Ciudad de Buenos Aires, el 24 de febrero de 2021, por lavado de dinero de aproximadamente 55 millones de dólares.[39]

Y actualmente continúa la causa por la obra pública en Santa Cruz, antes referida, que está siendo juzgada por el Tribunal Oral Federal Nº 2, donde Báez está imputado junto a Cristina Fernández de Kirchner, Julio de Vido y José López, entre otros.[40]

A partir del cambio de gobierno federal, en diciembre de 2019, se vienen produciendo novedades sumamente graves en estas cuestiones judiciales relacionadas con la investigación de las causas de corrupción.[41] Ya resulta claro que, no obstante la pandemia que afecta a la humanidad, y a Argentina en especial, una parte sustancial de la agenda oficial estuvo y está destinada a impedir el avance de las causas que afectan particularmente a la actual vicepresidente de la Nación.[42]

---

notas periodísticas "Un ícono de la corrupción kirchnerista: José López queda en libertad bajo fianza", *Perfil*, Buenos Aires, 13 de abril de 2021, y Morales Sola, Joaquín, "La justicia no siempre es justa", *La Nación*, 14 de abril de 2021. Por otra parte, es lo que ha ocurrido con la casi totalidad de los exfuncionarios condenados y procesados, resultando evidente que los jueces y fiscales han cedido ante la presión efectuada. Téngase en cuenta que el propio presidente de la República ha abogado por la inocencia de la vicepresidenta en reiteradas oportunidades, en violación del art. 109, que expresa: "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

[39] Esta causa se había originado con la difusión televisiva efectuada por el periodista Jorge Lanata en abril de 2013 en su programa "Periodismo para todos", de las declaraciones de Leonardo Fariña, con una cámara oculta, donde explicaba el accionar delictivo del lavado de dinero que efectuaba Báez.

[40] Véase "Tras la condena a Lázaro Báez por la «ruta del dinero K», hoy continúa el juicio en otra de las causas donde está acusado", *Infobae*, Buenos Aires, 1 de marzo de 2021.

[41] Véase la nota "Avanzada judicial: una por una, las acciones del kirchnerismo que impactaron en causas judiciales", *La Nación*, Buenos Aires, 19 de mayo de 2020, donde se indica lo realizado por la Oficina Anticorrupción, la Secretaría de Derechos Humanos, la Procuración del Tesoro y en el Consejo de la Magistratura, entre otras acciones.

[42] Véase la nota de Cappiello, Hernán, "Corrupción K: Cristina Kirchner no mejoró su situación judicial tras un año en el poder, pero sus aliados sí", *La Nación*, Buenos Aires, 15 de noviembre de 2020. Allí se hace una referencia precisa a cada una de las causas, que siguen sustanciándose, aunque con notable demora, y, por otra parte, se indican las resoluciones que beneficiaron a otros altos funcionarios de su gobierno. Sin embargo, en fecha reciente, la vicepresidenta ha logrado su sobreseimiento en la causa del *dólar futuro* y, además, se ha ordenado la devolución de los bienes de Hotesur y Los Sauces y otros bienes de la sucesión de Néstor Kirchner (26 inmuebles) a la familia Kirchner, a pedido de su abogado Carlos Beraldi, no obstante que dichas causas continúan. Véase la nota de Salinas, Lucía, "TOF 5: la

En la Oficina Anticorrupción, por ejemplo, se resolvió desistir del rol de querellante en causas donde está acusada la familia Kirchner,[43] además de otros exfuncionarios.

Correlativamente, se comenzó a criticar el accionar de los jueces que intervinieron en las causas de corrupción y desde el Consejo de la Magistratura, el representante del Poder Ejecutivo Ustarroz cuestionó la legalidad de los traslados de tres de esos camaristas federales penales: Bertuzzi, Bruglia y Castelli. Ante ello, dichos magistrados presentaron acciones judiciales en defensa de su estabilidad, solicitando se declare el carácter definitivo de sus cargos.[44] Finalmente, la Corte Suprema, en la causa *Bertuzzi Pablo y otro-Amparo*,[45] en un fallo dividido y muy extenso, resolvió mantenerlos transitoriamente en sus cargos hasta la realización de nuevos concursos y modificó la jurisprudencia que admitía esos traslados, en una práctica calificada como *contra legem*, y mediante la declaración de inconstitucionalidad de resoluciones del Consejo de la Magistratura. Este fallo fue objeto de críticas por algunos autores.[46]

---

justicia les devolvió a los Kirchner el manejo de sus empresas, hoteles y propiedades", *Clarín*, 6 de abril de 2021.

[43] Véanse las notas de Winazki, Nicolás, "Corrupción K. La Oficina Anticorrupción dejó de ser querellante en dos causas emblemáticas de la familia Kirchner", *Clarín*, Buenos Aires, 14 de mayo de 2020, con referencia a las causas *Hotesur* y *Los Sauces*, donde están procesados Cristina Fernández de Kirchner y sus hijos Máximo y Florencia; y de Paz Rodríguez, Niell, "Oficina Anticorrupción: cuáles son las 32 causas contra exfuncionarios en las que el gobierno dejará de ser querellante", *La Nación*, Buenos Aires, 21 de octubre de 2020, referida a exfuncionarios de los gobiernos de Menem y de Kirchner y Fernández de Kirchner, como Boudou, De Vido, López, Jaime, Milani, Picolotti, Aníbal Fernández, entre otros, por graves casos de corrupción como el caso de los cuadernos, Oderbrecht, de la venta de YPF, Ciccone y los enriquecimientos ilícitos de Boudou, *López* y Milani, entre otros.

[44] Fue presentado un amparo en primera instancia por parte de Bertuzzi y Bruglia y, ante su rechazo, recurrieron por recurso extraordinario *per saltum* ante la Corte Suprema de Justicia. Los camaristas solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución 183 del Consejo de la Magistratura, ya que en su momento habían sido designados por el propio Consejo y con base en las acordadas 4 y 7 de 2018 de la propia Corte Suprema de Justicia.

[45] De 29 de septiembre de 2020, con voto mayoritario de los ministros Lorenzetti, Maqueda y Rosatti más el voto concurrente de Highton de Nolasco y la disidencia de Rosenkrantz.

[46] Daniel Sabsay sostuvo que fue un fallo irresponsable de la mayoría, que modificó la jurisprudencia anterior de la Corte, y que lo hizo de manera retroactiva, afectando principios constitucionales sobre la estabilidad e independencia del Poder Judicial. Coincidió con el voto en minoría del doctor Rosenkrantz y agregó que se desconoció la seguridad jurídica. Que esta práctica de los traslados judiciales tiene más de 70 años y que con este nuevo precedente más de 60 magistrados quedaban ahora en la misma situación de los reclamantes (Radio Continental, 4 de noviembre de 2020 y "Daniel Sabsay: el fallo de la Corte es una tragedia institucional para el país", *Perfil*, 6 de noviembre de 2021). Con argumentos similares se expresó Alberto Garay en su nota "El fallo de la Corte: un innecesario y enorme daño

Por mi parte, estimo que deben destacarse algunos criterios importantes en esta materia fijados por la Corte para el futuro: *1)* la única manera de designar magistrados es mediante el procedimiento de los artículos 99, inciso 4, y 114 de la Constitución Nacional; *2)* las designaciones así efectuadas son definitivas, mientras que los traslados son siempre transitorios; *3)* las prácticas contrarias a la Constitución no tienen validez y contribuyen a la anomia referida por Carlos Nino, como se expresa en el considerando 25 del voto de mayoría;[47] *4)* se insiste en el respeto a los precedentes *Uriarte*, *Rosza*, *Rizzo* y *Aparicio* y se declara la inconstitucionalidad de la Resolución 183/2020 del Consejo de la Magistratura, por no respetarse el artículo 99, inciso 4. Recuérdese que en el primero de estos fallos la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley 27.145 de subrogancias, ya que esta práctica fue sumamente grave para el sistema judicial federal de Argentina, y *5)* se solicita al Congreso la sanción de una nueva ley de traslados y mayor celeridad para cubrir las vacantes.[48]

Asimismo, el Poder Ejecutivo impulsó una reforma judicial mediante el envío de un proyecto de ley para la modificación de la justicia federal penal y, por otra parte, creó una Comisión para el análisis de otros aspectos, donde se incluyó el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, del Ministerio Público y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se trata de la cuarta reforma judicial promovida durante los gobiernos de Menem, Kirchner, Fernández de Kirchner y ahora de Alberto Fernández.[49]

---

al sistema judicial", *Clarín*, 5 de noviembre de 2020. Por su parte Roberto Gargarella, en su artículo "A propósito del fallo de la Corte", *Clarín*, 12 de noviembre de 2020, señaló que se modificó el criterio de la Acordada 7/2018 donde la Corte había avalado el traslado de los jueces ante una consulta del ministro de justicia y que esta sentencia se explica por las urgencias de la política más que por las exigencias del derecho y que faltó un diálogo y reflexión en conjunto sobre esta cuestión constitucional.

47 Desde el fallo *Grau* de 1945, de la Corte Suprema, se hace referencia a los traslados judiciales, o sea, es una práctica de más de 75 años. Durante sus presidencias, Fernández de Kirchner dispuso 18 traslados y Macri lo hizo en 22 oportunidades.

48 El voto de mayoría señaló que el promedio de duración de una nueva designación con la participación del Consejo de la Magistratura, Poder Ejecutivo y Congreso es de 3/2 años, aunque se pueden mencionar otros ejemplos de mucho mayor lentitud. Esto originó la existencia de gran cantidad de vacantes y, en no pocas oportunidades, ello fue utilizado para efectuar traslados y designar subrogantes, con lo que se afectó incuestionablemente la independencia del Poder Judicial y su adecuado funcionamiento. Piénsese que en la actualidad hay 291 vacantes sobre 988 cargos en la justicia federal. Pero, además, las 153 ternas elevadas por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo han quedado allí, por decisión del nuevo gobierno electo en 2019.

49 La primera reforma se efectuó en el gobierno de Menem y consistió en la ampliación de cinco a nueve del número de ministros de la Corte Suprema y de seis a 12 del número de jueces federales en lo penal federal de la capital federal, que son los que tienen la mayor

El proyecto de ley de reforma de la justicia federal penal,[50] que ya tiene aprobación del Senado desde el 28 de agosto de 2020, espera ahora su tratamiento por la Cámara de Diputados y consta de tres títulos.

El primero, destinado a la unificación del fuero penal federal con el fuero nacional en lo penal económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Esto significa que de 23 juzgados actuales (12 penales federales y 11 nacionales en lo penal económico) se pasará al número de 46, con la denominación de penal federal. Cuatro tribunales orales en lo penal económico nacional se transforman en tribunales orales federales en lo penal, que se suman a los ocho existentes, y además se crean cinco tribunales orales más. Adviértase entonces la enorme cantidad de cargos que se efectúa para la Ciudad de Buenos Aires, tema que trataré nuevamente. Asimismo, las cámaras nacionales en lo criminal y correccional y en lo penal económico se transformarán en una nueva cámara federal de apelaciones en lo penal federal. Además, para las subrogancias en los nuevos juzgados creados se dispone, en el artículo 16, que la Cámara Nacional en lo criminal y correccional, dentro de los 10 días de sancionada la ley, elevará al Consejo de la Magistratura la lista de postulantes entre los actuales jueces nacionales en lo criminal y correccional. Asimismo, que el Consejo efectuará las designaciones dentro de los 30 días, con un plazo máximo de un año para los jueces subrogantes.

No obstante esa unificación de distintos fueros, que incluye unos nacionales, como el penal económico y otros del título segundo, se dispone la transferencia de la justicia nacional en lo penal a la CABA o, mejor dicho, de lo que queda, luego de esta transformación, que absorbe una parte muy importante de esa justicia nacional.[51]

---

cantidad de causas sobre corrupción y que tienen su sede en el edificio de Comodoro Py. La segunda reforma fue durante el gobierno de Néstor Kirchner, que redujo de 20 a 13 el número de miembros del Consejo de la Magistratura, mediante la Ley 26.080 de 2006, cuya inconstitucionalidad por no respetar el equilibrio del art. 114 de la ley suprema, al potenciar la participación de los sectores políticos frente al de los abogados y jueces, fue declarada por una cámara en lo contencioso administrativo federal y desde hace cinco años está a fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por un recurso extraordinario. En el gobierno de Fernández de Kirchner se sancionaron varias leyes de reforma, bajo el objetivo denominado por el gobierno de democratizar la justicia. Tal vez la más significativa de ellas, la No. 26.855, que disponía modificaciones en el Consejo de la Magistratura, fue declarada inconstitucional por la CSJN en el caso *Rizzo*, fallado en 2013. Y ahora se intenta la cuarta reforma durante la actual presidencia de Alberto Fernández.

[50] Véase el artículo de Oyhanarte, Marin, "Reforma de la justicia federal: un análisis crítico", *La Ley Online*, Buenos Aires, AR/DOC/2704/2020.

[51] Hace mucho tiempo que insisto en el cumplimiento del art. 129 de la Constitución Nacional y en la imperiosa necesidad de transferir a la CABA la llamada justicia nacional, que nunca fue ni será federal, pero que continuó a cargo del gobierno federal, por la presión

El título segundo ordena la unificación de los fueros en lo civil y comercial federal con el fuero nacional en lo contencioso administrativo federal, bajo la denominación de fuero en lo civil, comercial y contencioso administrativo federal, con sede en la Ciudad de Buenos Aires. Crea una Cámara en el fuero y juzgados de primera instancia en lo civil, comercial y contencioso administrativo federal y juzgados federales de ejecuciones tributarias. Tal como se anticipó, se unifican fueros, con parte correspondiente a la justicia nacional y, además, con competencias muy diferentes entre sí.

Por su parte, el título tercero, de fortalecimiento de la justicia federal en el interior, crea 73 nuevos juzgados federales y 14 nuevas cámaras federales de apelación o salas que se agregan a las existentes. Todo esto implica la creación de 908 nuevos cargos, no obstante que en el proyecto del Poder Ejecutivo se trataba de 279.[52]

Este proyecto ha merecido severas críticas: *i)* inoportunidad, falta de consenso, carencia de estudios y costos económicos enormes que el país no puede soportar, como lo expresaron los senadores de la oposición;[53] *ii)* se trata de una reforma parcial en lo federal penal, que multiplica los problemas de Comodoro Py, al crear tantos nuevos juzgados en la Ciudad de Buenos Aires mediante la unificación de fueros;[54] *iii)* la inconveniencia de unificar fueros distintos como el federal y el nacional y con competencias diversas;[55] *iv)* continúa y profundiza el grave problema causado por

---

corporativa de los jueces, que lograron la sanción de la inconstitucional ley reglamentaria 24.588. Véase Hernández, Antonio María, *La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino*, Buenos Aires, Jusbaires, 2017.

52 Según lo expusieron en el debate la senadora Rodríguez Machado y el senador Julio Cobos. Véase la nota de Domínguez, Juan José, "Reforma judicial: el Senado dio media sanción a una ley clave con mayoría del oficialismo", *La Voz del Interior*, Córdoba, 28 de agosto de 2020.

53 *Idem.*

54 Según la opinión del profesor Alberto Binder, publicada en su artículo "La expansión de Comodoro Py", *La Nación*, 10 de agosto de 2020. Sostiene que no se modifican los graves problemas estructurales de la justicia federal que han producido la impunidad y señala, en particular, la gravedad de la intervención de los servicios de espionaje y la demora en la implementación del sistema acusatorio. En cuanto a su pensamiento sobre la reforma que necesitamos, véase "Cinco medidas para reformar la justicia federal", *La Nación*, 4 de febrero de 2020.

55 Véase la nota 111, sobre el incumplimiento del art. 129 de la Constitución Nacional. Por eso sostengo la inconstitucionalidad del proyecto que, en lugar de transferir la justicia nacional completa a la CABA, ordena su unificación y transformación en federal. Por otra parte, este criterio ha sido asumido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los precedentes *Corrales* y *Nisman*, sobre las diferencias de los fueros federal y nacional y la necesidad de la transferencia de esta última a la CABA. Y, más recientemente, en 2019 en *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba* y *Bazán Fernando*, donde se admite la jurisdicción originaria de la Corte tanto para la ciudad como para las provincias y

las subrogancias,[56] y *v)* sorprende la creación de tantos cargos de jueces, cuando está sancionado el nuevo sistema acusatorio, que requiere de mayor cantidad de fiscales.[57]

Por otra parte, el Poder Ejecutivo de la Nación creó una Comisión denominada "Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público", a través del Decreto 635/2020,[58] con el objeto de estudiar y proponer reformas acerca de diversos temas integrada por 11 miembros.[59]

Entre quienes han criticado la falta de imparcialidad de la Comisión designada[60] podemos destacar tres nombres: Alberto Garay,[61] Roberto Gar-

---

se reconocen competencias al Tribunal Superior de la CABA en relación con la justicia nacional. Por su parte, Martin Oyhanarte había señalado lo propio, ya que se desconocían los criterios de la Corte Suprema en las acordadas 4 y 7 de 2018, que requerían una designación específica para estos fueros por sus diferencias, de acuerdo con lo indicado por la Constitución Nacional. Véase su trabajo citado en nota 110. Asimismo, es lo que ha ratificado el alto tribunal en la sentencia *Bertuzzi Pablo y otro-Amparo*, de 2020, antes comentada.

56 Véanse los artículos ya citados de Alberto Binder y de Martín Oyhanarte, así como los fallos de la Corte Suprema en *Uriarte*, *Aparicio* y *Bertuzzi Pablo y otro*. Por otra parte, la Ley 27.439, en su art. 14, prohíbe las subrogancias cuando se trata de juzgados que se crean, como en este caso.

57 Esa falta de criterio que exhibe el proyecto ya sancionado por el Senado corresponde a un aspecto que debe resaltarse y que ya se ha referido: el de la situación presupuestaria del Poder Judicial. En efecto, durante 2019 se declaró la emergencia en la infraestructura y en 2020, durante la pandemia, quedaron en evidencia los problemas de falta de sistemas informáticos y de conectividad. Por eso se comprende la magnitud de las críticas y, asimismo, que su tratamiento se encuentre paralizado en la Cámara de Diputados, ya que el oficialismo carece de la mayoría necesaria de 129 legisladores. De allí que resulte tan decisiva la próxima elección legislativa de este 2021.

58 *Boletín Oficial de la Nación*, Buenos Aires, 30 de julio de 2020, *https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232757/20200730*.

59 Doctores Beraldi, Arslanián, Gil Domínguez, Ferreyra, Palermo y Bacigalupo y doctoras Sbdar, Kogan, Herrera, Weinberg de Roca y Battaini. Se trató mayoritariamente de integrantes del Poder Judicial, dos profesores de Derecho Constitucional, Ferreyra y Gil Domínguez, y dos abogados, Beraldi y Arslanián, con la particularidad de que ejercen la defensa penal de acusados por motivos de corrupción y, en particular, el primero, que lo es de Fernández de Kirchner.

60 Véase la nota titulada "Criticas de abogados por la falta de pluralidad del consejo asesor que conformó Alberto Fernández para la reforma de la Corte Suprema", *Infobae*, Buenos Aires, 28 de julio de 2020, donde se señala que gran mayoría de los integrantes responden ideológicamente al presidente y a la vicepresidenta de la nación.

61 Véanse sus opiniones en el artículo publicado en *Clarín*, Buenos Aires, 3 de agosto de 2020, titulado "La reforma judicial: el Gobierno, en el camino equivocado", con críticas a la oportunidad, integración de la Comisión o la creación de un tribunal intermedio, además de referirse al lenguaje utilizado por el presidente. Por el contrario, abogó por una reforma con consenso de los distintos sectores políticos y sociales. Y en "Alberto Garay, constitucionalista:

garella[62] y Daniel Sabsay. Asimismo, han criticado otros aspectos de esta reforma judicial.[63]

El dictamen producido[64] abarcó importantes cuestiones, como la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, el juicio por jurados y la transferencia de competencias en materia federal no penal a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuatro capítulos, cuyo análisis más detenido excede el propósito de este trabajo.

Hubo distintas opiniones en el dictamen sobre las modificaciones a la Corte Suprema de Justicia. Se propuso la sanción de una ley orgánica especial al respecto, además de la creación de un tribunal intermedio para las cuestiones de arbitrariedad, la fijación de plazos para sentencias y deliberaciones públicas, el planteo directo de los recursos extraordinarios, entre otros aspectos. El consejero Ferreyra, en su voto individual, planteó la ampliación del número de ministros a nueve.[65]

Diez de los miembros propusieron la modificación de la Ley del Ministerio Publico, para acortar a cinco años su mandato.[66] En cuanto a la reduc-

---

«es una insensatez una reforma judicial ahora»", *Infobae*, Buenos Aires, 4 de agosto de 2020, donde repasó la historia de la Corte Suprema y los intentos de dominación política sobre el Poder Judicial. Además criticó en especial la participación de los abogados penalistas Carlos Beraldi y León Arslanián.

62 Gargarella, Roberto, "Razones para la reforma judicial", *La Nación*, Buenos Aires, 5 de agosto, donde el autor sostiene que la reforma está mal encaminada, es inoportuna, no tiene procedimientos democráticos, señala objetivos inatractivos y no afronta los problemas más importantes, entre otras críticas. Dice que dos de las tragedias del Poder Judicial que no se abordan son la desigualdad y la imposibilidad de acceso de los más pobres y el servicio que se ha prestado a la impunidad del poder. Además, señala la necesidad de un diálogo democrático en una reforma que se haga desde abajo hacia arriba.

63 Battaglino, Roberto, "La reforma judicial es un plan de impunidad", *La Voz del Interior*, Córdoba, 7 de agosto de 2020, nota de Roberto Battaglino, donde hace referencia a una conferencia del profesor Sabsay. Además de la afirmación que dio título a la nota, hubo otras críticas, como la inoportunidad, el costo, los verdaderos objetivos perseguidos, etc. También sostuvo que la Corte Suprema debe fallar el caso pendiente desde hace cinco años sobre la inconstitucionalidad de la Ley 20.680 sobre la integración del Consejo de la Magistratura.

64 Véase el Dictamen del Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial en el sitio web *argentina.gob.ar*. Para una síntesis de las propuestas efectuadas véase la nota "El informe completo del Consejo Consultivo para la reforma de la justicia federal", *Palabras de Derecho*, 12 de enero de 2021, *www.palabrasdelderecho.com.ar.*

65 Para un análisis sobre la constitucionalidad de la propuesta de la división de la Corte en salas, véase García Mansilla, Manuel, *Revista Jurídica Austral*, núm. 2, 2020. Con relación al aumento de números de miembros de la Corte, del mismo autor, el artículo "No", *La Ley*, núm. 7, noviembre de 2020.

66 El miembro restante, Andrés Gil Domínguez, sostuvo que su mandato debe durar hasta que cumpla los 75 años, atento a las garantías de independencia dispuestas por el artículo 120 de la Constitución Nacional.

ción de la mayoría de dos tercios a mayoría absoluta para su designación, no hubo consenso, ya que mientras seis miembros lo sostuvieron, otros cinco se pronunciaron por mantener la mayoría vigente.[67] También se postuló que la Unidad de Información Financiera (UIF) no pasara a formar parte del Ministerio Público. Asimismo, se afirmó que la Oficina Anticorrupción tampoco debe transferirse al Ministerio Público y que debe continuar dependiendo del Poder Ejecutivo.

En relación con el Consejo de la Magistratura, se afirmó que debe tener 16 miembros, cuatro por sector —en vez de los 13 que tiene en la actualidad, por virtud de la Ley 20.680—,[68] para que se respete el equilibrio ordenado por la Constitución para su integración. Se propuso la dedicación exclusiva de los miembros, por lo que los legisladores deberían designar representantes. Se reafirmó la competencia constitucional del consejo en la administración financiera del Poder Judicial. En relación con la escuela judicial, hubo una propuesta de exámenes de actualización periódicos para los jueces.

Sobre la implementación del juicio por jurados en forma mayoritaria, se recomendó para el orden federal, con una integración de 12 miembros. Hubo distintos criterios para el juicio por jurados en materia penal. Respecto a la transferencia de la materia penal no federal a la CABA se postuló la sanción de una ley que establezca un plazo de tres años para terminar

[67] Existe un proyecto del Poder Ejecutivo de modificación de la Ley del Ministerio Público Fiscal, ya aprobado por el Senado, que reduce la mayoría de los dos tercios de senadores a la mayoría absoluta, para la designación del procurador general, además de una reducción de su mandato. Aunado a esto, el gobierno presiona al actual procurador interino, Eduardo Casal, para que deje su cargo. El proyecto está ahora a consideración de la Cámara de Diputados. Severas críticas existen contra dicho proyecto, basadas en que no respeta la independencia y autonomía de dicha institución, de acuerdo con lo que prescribe el art. 120 de la Constitución Nacional. Nueve organizaciones de la sociedad civil: Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, FORES, Cadal, Será Justicia, Profesores Republicanos, Jubi Jueces, Usina de Justicia, Directorio Legislativo y Contadores Foenses crearon una organización no gubernamental (ONG) denominada Red de Entidades por la Justicia Independiente en Argentina (REJIA) y suscribieron la declaración "Sin fiscales independientes no hay Justicia", donde se solicita a la Cámara de Diputados el rechazo del proyecto en tratamiento. Véase la nota "Rechazan la reforma la ley del Ministerio Público Fiscal. Crearon una red de ONG para defender la independencia de jueces y fiscales", *Clarín*, Buenos Aires, 16 de abril de 2021.

[68] La Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la inconstitucionalidad de dicha Ley desde hace cinco años, por lo que el tema está ahora a consideración de la Corte Suprema de Justicia. Por su parte, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba también sostuvo su inconstitucionalidad, por no respetarse el equilibrio entre los sectores previsto por el artículo 114, según dictamen aprobado el 14 de marzo de 2006. Véase Hernández, Antonio María, *A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2019, p. 86.

el proceso, que debe incluir los recursos pertinentes y la puesta en marcha del sistema acusatorio.

Se ha conocido también un fundamentado Informe del Consejo Consultivo Independiente[69] que convocara el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES), publicado en diciembre de 2020.[70] Y, más recientemente, un estudio crítico efectuado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.[71]

Por otra parte, debe observarse muy detenidamente la implementación que se está efectuando del Código de Procedimientos Penales de la Nación, que comenzó con su aplicación en las provincias de Salta y Jujuy, y que luego debe continuar en otras provincias, por el cambio hacia el sistema acusatorio. La Comisión de Seguimiento de la Implementación del Código, manejada por el oficialismo y más allá de sus competencias que corresponden al Congreso, ha dispuesto que se pongan en vigencia otros artículos del nuevo código, entre los que se destaca el 375. Esta norma sirve para alargar todavía más los procesos penales, ya que solo se podrá considerar sentencia firme, para la ejecución de la pena, la que tenga finalmente la intervención de la propia Corte Suprema de Justicia. Esto va más allá de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exige el doble conforme en esta materia y que sirve para consagrar la impunidad.[72]

---

69 Integrado por los doctores Caminos, Cayuso, Chayer, Del Carril, Garay, García Mansilla, Munilla Lacasa, Ostropolsky, Palacio de Caeiro y Sacristán.

70 Véase *https://foresjusticia.org/2021/01/29/informe-final-del-consejo-consultivo-independiente.*

71 En el Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, con la coordinación de los profesores Roberto Gargarella y Marcelo Alegre, con severas críticas a la creación de ese tribunal intermedio, entre otros aspectos. Véase Cappiello, Hernán, "Reforma judicial: un estudio de la UBA critica las conclusiones del Consejo Asesor", *La Nación*, 14 de abril de 2021. Por mi parte, considero muy necesaria una reforma judicial en serio, y en todos los órdenes, no solo federal, sino también provinciales y de la CABA. Es que se observan problemas tan graves como los de politización de la justicia y judicialización de la política, desigualdad en el acceso a la justicia y en su funcionamiento, falta de independencia y de confianza social, entre otros. La reforma debe tender a asegurar la independencia del Poder Judicial, cambiar los códigos procesales, formar y capacitar los jueces, facilitar el acceso a la justicia, tecnificar la justicia, etc…, con consenso de las fuerzas políticas en el Congreso y luego de un amplio debate con la participación de los sectores interesados. Véanse los datos referidos al Poder Judicial en la obra Hernández, Antonio María; Zovatto, Daniel y Fidanza, Eduardo (comps.), *op. cit.*, en los capítulos 2 "Percepciones sobre la democracia y las instituciones", de Daniel Zovatto, y 3, "Percepciones sobre la Constitución, las leyes y algunas cuestiones federales", de Antonio María Hernández, pp. 29 y ss.; pp. 63 y ss., respectivamente.

72 Véase el artículo de Vega, Juan Carlos, "La falsa tesis de la tercera instancia judicial", *Clarín*, Buenos Aires, 26 de febrero de 2021. El autor sostiene que presidió la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación, que con esta modificación los

A ello hay que sumar la violencia verbal desplegada por los más altos funcionarios del gobierno contra distintos jueces y periodistas que actuaron en causas de corrupción. El propio presidente de la República, en su mensaje ante el Congreso de 1 de marzo de 2021, expresó que "El Poder Judicial está en crisis, parece vivir en los márgenes del sistema republicano". Y, en particular, sostuvo que el Congreso debe controlar dicho poder, además de anunciar el envío de un proyecto para crear un tribunal intermedio sobre cuestiones de arbitrariedad, que afecta a la propia Corte Suprema de Justicia.[73]

Por su parte, el nuevo ministro de justicia, Martín Soria, en su primera declaración pública, sostuvo que venía a terminar con el *lawfare*, que algunos jueces se habían pasado de la raya, que la Corte Suprema era complaciente y que la vicepresidente era inocente, y que quería que la misma justicia la libere de culpa y cargo.[74]

Asimismo, Eugenio Raúl Zaffaroni[75] ha sostenido el concepto de *lawfare*[76] y ha propuesto para terminar estas causas de corrupción el dictado de un indulto por el Poder Ejecutivo o de una ley de amnistía por el Congreso.

---

procesos durarán 20 años y se consolidará la impunidad, especialmente para los delitos de corrupción y del poder, no para los de la pobreza. Afirma que es falsa la necesidad de una tercera instancia judicial y absurdo que se intente fundamentar ello en el principio de inocencia y en los derechos humanos. Invoca que con este alargamiento del proceso, que impide la aplicación de las penas, se desconocen los artículos 25 de la Convención Americana, que establece los derechos de las víctimas a que se castigue a los culpables y se recupere lo robado y 24, sobre el principio de igualdad, ya que solo llegan a la Corte Suprema las causas del poder político, económico y sindical, no los de la pobreza. Y recuerda la Resolución 1/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativa a Bogotá, sobre que la corrupción es una de las mayores violaciones a los derechos humanos en el continente, y que la debilidad de los poderes judiciales es la causa de la impunidad. Reitera que el art. 8, inc. 2 h), de la Convención solo exige una segunda instancia, no una tercera, y que así se desprende del fallo *Valle Ambrosio* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 20 de julio de 2020, donde se condenó al Estado nacional y a la provincia de Córdoba por ese motivo.

73 Véase "Alberto Fernández volvió a criticar a la justicia y anunció la creación de un tribunal para limitar el poder de la Corte Suprema", *Infobae*, Buenos Aires, 1 de marzo de 2021.

74 Véase "Martín Soria: la vicepresidenta quiere que la misma justicia la libere de culpa y cargo", *Infobae*, Buenos Aires, 16 de marzo de 2021.

75 Que fuera ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que es actual juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recientemente publicó en coautoría con Cristina Caamaño y Valeria Vegh Weis el libro *Bienvenidos al* lawfare, editado por Capital Intelectual.

76 El término de lengua inglesa es una contracción entre *law* (ley) y *warfare* (guerra) y significa guerra judicial, utilizada para atacar a determinados sectores políticos mediante acciones judiciales y mediáticas. En la región invocan este concepto los partidarios de Lula, Correa y Fernández de Kirchner, al criticar los procesos de corrupción que los involucraron,

Este avance notorio y continuo sobre la independencia del Poder Judicial,[77] dirigido a impedir el avance de las causas de corrupción, también ha sido acompañado de un ataque sostenido a los periodistas de investigación, que jugaron un rol decisivo en tan importante materia.

En este sentido, sorprende que no obstante que en Argentina se tenga el más alto nivel de protección constitucional de la libertad de expresión, profundizada con la incorporación en el artículo 43 del secreto de las fuentes de información periodística,[78] además del derecho internacional de los derechos humanos, todavía se insista en la criminalización de dicha actividad.[79]

---

mientras que otros niegan su existencia. Véanse las opiniones al respecto de Roberto Gargarella, quien sostiene que "El cuento del lawfare viene a ocultar el hecho, en nuestro caso, de que el kirchnerismo ha sido, como después lo fue el macrismo, protagonistas de aprietes a la justicia. Y que además, mucho de lo que está en juego, son actos de corrupción reales, que se dieron en la región siempre". Schvartzman, Américo, "La liberación de Lula evidencia que el lawfare es una tontería", *Lavanguardia*, 12 de marzo de 2021). Y agrega: "No se trata de una conspiración internacional de justicia, medios y política contra los gobiernos populares, sino que lo que hay es una Justicia que, en un contexto de poder político concentrado, tiende a trabajar con el poder de turno", señalando como ejemplos los casos de Argentina, Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Bolivia o Venezuela. Piscetta, Juan, "No hay *lawfare*, sino un burda y patética historia de dominio del poder sobre la justicia", *Infobae*, Buenos Aires, 17 de enero de 2021. Por su parte, Roberto Saba, en su nota "La paradoja del *lawfare*", *Clarín*, Buenos Aires, 21 de febrero de 2021, afirma que "si ponemos en duda la imparcialidad de todo el Poder Judicial, ¿qué nos queda?". Y plantea como solución a esa paradoja que hay que confiar en los procesos judiciales, y no necesariamente en los jueces. Y que "[…] el centro del debate sobre cómo mejorar nuestra justicia debe pasar por el modo en que mejoramos esos procesos, de otra forma, la democracia constitucional quedará entrampada en el fuego cruzado de las acusaciones mutuas de lawfare". Y después sostiene: "Si el derecho es poder, entonces no hay derecho. Solo poder. La democracia constitucional o liberal está en las antípodas de este pensamiento. Esta se construye en la idea opuesta de que el proceso deliberativo en el Parlamento y el proceso judicial ante los tribunales son los mecanismos apropiados para tomar las mejores decisiones posibles".

77 Véase el artículo de Morales Solá, Joaquín, "A una Comisión le falta solo la guillotina", *La Nación*, 25 de abril de 2021, donde se refiere a un dictamen de la Comisión Bicameral de servicios de inteligencia, que propone asimismo la conformación de otra comisión para investigar a jueces y fiscales durante el anterior gobierno de Macri.

78 En mi carácter de vicepresidente de la Comisión de Redacción, fui el autor de dicha incorporación en la Convención Nacional Constituyente de 1994. Véase Hernández, Antonio María, *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 2019, pp. 137 y ss.

79 En el *amicus curiae* que presenté ante la Cámara Federal de Mar del Plata en favor del periodista Daniel Santoro, por su procesamiento por el juez Ramos Padilla, señalé las distintas causas penales que soportaron anteriormente otros destacados colegas —autores de libros y artículos contra la corrupción— y cómo la jurisprudencia, especialmente de jueces de primera instancia y de algunas cámaras, no respetaba la garantía del secreto de las fuentes. Dicha cámara, en un muy importante fallo que hace referencia al *amicus curiae*, con el voto de los jueces Eduardo Pablo Jiménez y Alejandro Tazza, estableció un adecuado

Por estos motivos, el reciente Informe núm. 45 sobre derechos humanos en el mundo, del Departamento de Estado de los Estados Unidos, señala, con respecto a Argentina, referente al periodo 2019-2020, que: "Instituciones débiles[80] y un sistema judicial a menudo ineficaz y politizado socavaron los intentos sistemáticos de frenar la corrupción. Funcionarios ejecutivos, legislativos y judiciales participaron en prácticas corruptas con impunidad". Cita los casos de corrupción contra Fernández de Kirchner en la causa de *Los cuadernos* y contra Mauricio Macri, y que existe una "falta de implementación efectiva de la ley", además de mencionarse los asesinatos cometidos por las fuerzas de seguridad en varias provincias.[81]

Finalizo este punto poniendo de relieve la notable importancia de la continuidad de estos procesos contra la corrupción, que deben significar un cambio en la decadente realidad del país en esta materia, caracterizada por la impunidad. Pero el combate a la corrupción requiere la investigación de otros aspectos de la corrupción estructural que se ha padecido, por ejemplo, la de las concesiones de la obra pública, de los servicios públicos y del juego, que ha proliferado en el país y que alcanza al gobierno federal, al de la CABA y al de las provincias. Además, todavía no se ha avanzado contra la corrupción en los gobiernos provinciales ni en los municipales, en muchos de los cuales actuaban y actúan las mismas empresas ahora investigadas en la causa de *Los cuadernos*.[82]

---

criterio jurisprudencial al respecto, con una precisa lectura constitucional de la nueva garantía. Véase la nota de García Mansilla, Manuel, "El caso Santoro: un hito en defensa de la libertad de prensa", *Clarín*, Buenos Aires, 22 de diciembre de 2020. Lamentablemente, en desconocimiento de esto, el juez federal Luis Rodríguez acaba de procesar nuevamente al citado periodista, lo que ya ha provocado la reacción de las instituciones respectivas, como ADEPA, FOPEA y la Academia Nacional de Periodismo. Véase la nota "Procesaron al periodista Daniel Santoro en una causa por supuesto intento de extorsión", *La Nación*, 19 de abril de 2021.

80 En relación con la debilidad de las instituciones en la región véanse Murillo, María Victoria; Levitsky, Stephen y Brinks, Daniel, *La ley y la trampa en América Latina*, Siglo XXI, 2020, y también a Guillermo O'Donnell, que en su reconocido trabajo sobre las democracias delegativas mencionó que los órganos legislativos y ejecutivos eran como tigres de papel.

81 Véanse las notas "Estados Unidos considera que Argentina tiene un sistema judicial ineficaz y politizado", *Perfil*, Buenos Aires, 31 de marzo de 2021 y Mathus Ruiz, Rafael, "Estados Unidos volvió a advertir sobre la impunidad en Argentina", *La Nación*, 31 de marzo de 2021.

82 También deberán investigarse los hechos de corrupción producidos en la pandemia. Se ha señalado que casi el 90% de las contrataciones han sido directas y, en algunos casos, se ha observado que los precios de las compras varían enormemente, por ejemplo, el de una ambulancia equipada, por la que se pagaron 4.3 millones de pesos por las provincias de Córdoba, Catamarca y Entre Ríos y 13.6 millones por la provincia de Buenos Aires. Véanse los artículos de Vega, Juan Carlos, "El argentino y la corrupción, síndrome de Estocolmo", *La Voz del Interior*,

II. La corrupción, la ética pública, los convenios internacionales y el sistema republicano y democrático en la Constitución Nacional

Creo que la Constitución Nacional ha fijado con intergiversable claridad las bases y lineamientos para el combate a la corrupción, en diversas normas, principios y valores republicanos y democráticos, a los cuales seguidamente me refiero.

El artículo 36, incorporado en la gran reforma constitucional de 1994, sobre la defensa del orden constitucional y la democracia, señala en su segunda parte: "[…] Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará un ley sobre ética pública para el ejercicio de la función".

Aunque no puedo detenerme en la interpretación exhaustiva del citado artículo, quiero recordar algunos conceptos que pronuncié al respecto en el Plenario de la Convención Constituyente, en mi carácter de vicepresidente de la Comisión Redactora:

> […] Permítaseme decir cuál es la naturaleza de esta norma que vamos a incorporar a la Constitución Nacional. Nosotros creemos que estamos ante normas penales constitucionales. Ya la Constitución de la Nación en los artículos 15, 22, 29 y 103 introduce específicamente delitos de tipo constitucional. Aquí hacemos lo propio y hacemos referencia a un bien jurídico protegido que aparece con suma claridad: el orden constitucional. Definimos en la norma la conducta incriminada y el bien jurídico protegido, hacemos una referencia a las penas y también se deriva al Congreso de la Nación la redacción y la aplicación de otras penas al respecto. Es la misma técnica constitucional utilizada en los otros casos.

Luego de indicar el sentido disuasivo de la norma y la importancia de reconocer como derecho enumerado al de resistencia a la opresión, así como la referencia a la ética pública como presupuesto de la democracia, dije sobre el orden constitucional:

Córdoba, 28 de abril de 2021, y "La corrupción en los tiempos del COVID-19", *Clarín*, 16 de julio de 2020. Asimismo, Joaquín Morales Solá ha planteado la creación de una comisión investigadora en relación con el problema de la vacunación, por la falta de transparencia en las negociaciones por las vacunas con las empresas AstraZeneca y Pfizer. Morales Solá, Joaquín, "La Argentina pudo estar ya inmunizada", *La Nación*, 28 de abril de 2021.

> [...] para nosotros el orden constitucional es la Nación misma. Esta fue la clara definición de uno de los prohombres de la nacionalidad, Juan María Gutiérrez, cuando dijo que la Constitución era la Nación Argentina hecha ley. Desde los momentos iniciales de la nacionalidad en aquel formidable debate del 22 de mayo en el Cabildo Abierto de Buenos Aires, las ideas de la libertad, de la igualdad, de la República y del federalismo quedaron integradas a lo más profundo de la nacionalidad argentina. Fueron necesarios muchos años de luchas fratricidas y muchos intentos constitucionales después del proyecto de nuestro primer constitucionalista que fue el eminente Mariano Moreno hasta que nosotros en 1853, y después en 1860, cerráramos aquel ejercicio de poder constituyente originario que se iniciaba precisamente en aquel lejano 22 de mayo.
>
> [...] En consecuencia, es conveniente decir que la idea del orden constitucional y la defensa de la democracia, que es un valor esencial de nuestra Constitución significan incuestionablemente la defensa de las mejores ideas que ha tenido la nacionalidad argentina, trabajosamente elaboradas a lo largo de nuestra dolorosa historia. Las declaraciones son enunciados solemnes que en la Constitución se hacen sobre el hombre, la sociedad y el Estado. En este sentido, esta norma también es una declaración en el más alto grado; se asienta en la dolorosa historia que vivimos y en la profunda convicción que tenemos sobre la eficacia de la democracia para el tiempo por venir. Expresa ampliamente el consenso de esta magna Convención Constituyente y consideramos altamente valioso que sea incorporada al texto constitucional.[83]

No cabe duda, en consecuencia, de que desde la Ley Suprema Federal en el artículo 36 se ha prescripto a la corrupción como un delito penal constitucional y que, además, con todo acierto, se le ha caracterizado como un atentado a la democracia y al orden constitucional.

Pero debo agregar otra norma vinculada a esta trascedente cuestión: la del inciso 22 del artículo 75, que reconociera rango constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos y rango supralegal al resto de dichos instrumentos. Ello se vincula estrechamente a este combate, ya que es imprescindible la colaboración internacional, como lo hemos observado. En este sentido, fueron aprobadas las convenciones contra la corrupción, tanto la regional de la Organización de los Estados Americanos como la mundial de las Naciones Unidas. La primera fue adoptada por la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos en Caracas, en 1996, y aprobada por la Ley del Congreso de Argentina Nº 24.759, sancionada el 4 de diciembre de 1996. Por su parte, la Convención de las Naciones Uni-

[83] *Cfr. Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1995, pp. 57-59.

das contra la Corrupción fue adoptada por la Asamblea General en Nueva York, en 2003, y aprobada por la ley Nº 26.097, sancionada por el Congreso el 10 de mayo de 2006. Asimismo, la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado, de 2000, fue aprobada por la Ley del Congreso Nº 25.632, de 2002, y la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de 1997, fue aprobada por Ley del Congreso Nº 25.319, de 2000.

Se comprueba, en consecuencia, por la realidad imperante de la corrupción que analizo, que tampoco se pudo lograr el cumplimiento pleno tanto de la Constitución como de las convenciones internacionales que menciono.

Por otra parte, también debe incluirse entre la normativa, principios y valores constitucionales de lucha contra la corrupción, la correspondiente al establecimiento de un sistema republicano y federal de gobierno y de Estado. En efecto, ya me referí a la importancia de los controles, que son fundamentales para prevenir la corrupción y la concentración de los poderes en una o pocas manos.[84] Considero que la esencia filosófica política de la Constitución es la democracia republicana y federal, que se observa a lo largo del texto y en artículos de gran trascendencia, como el 1, 5, 14, 15, 16, 29, 75 inciso 24, 121 y 123, en los que no puedo detenerme ahora, por razones de extensión de este trabajo.

Debe recordarse que la república se asienta en una serie de principios, elementos y valores: la soberanía del pueblo; la división, equilibrio y control de los poderes; la libertad y la igualdad; la responsabilidad de los funcionarios públicos; la publicidad de los actos de gobierno y la duración limitada de los mandatos que posibiliten la alternancia. Asimismo, este sistema debe basarse en la "virtud política", que, en opinión de Montesquieu, significa el amor a la patria, el amor a la República, al cumplimiento de las leyes, a los principios y valores de la Constitución, a la democracia y a la igualdad y a la austeridad de las costumbres.[85]

---

[84] Recuérdense las conocidas frases de Madison, "la concentración de todo el poder en una sola mano es la verdadera definición de la tiranía" (*cfr*. Hernández, Antonio María, *Estudios de federalismo comparado: Argentina, Estados Unidos y México*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2018, cap. II), y de lord Acton, "el poder absoluto corrompe absolutamente". Por otra parte, existe una correlación entre la república y la federación en sus grandes objetivos de limitar el poder y asegurar los derechos de los ciudadanos.

[85] Véase Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1977, pp. 15-26, donde el autor fundamenta la virtud política que distingue a la república

El análisis que he efectuado sobre la corrupción en Argentina confirma el inadecuado funcionamiento del sistema democrático, republicano y federal, y el incumplimiento de sus normas, valores y principios.

III. La Ley de Ética Pública, la Oficina Anticorrupción y los sistemas de control en el gobierno federal, en las provincias, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en los municipios

La Ley de Ética Pública Nº 25.188 de 1999, en cumplimiento del artículo 36 de la ley suprema, reguló los deberes y pautas de comportamiento ético (cap. II), el régimen de declaraciones juradas (cap. III), los antecedentes (cap. IV), las incompatibilidades y conflictos de intereses (cap. V), el régimen de obsequios a funcionarios públicos (cap. VI), creó una Comisión Nacional de Ética Pública (cap. VIII) y reformó varios artículos del Código Penal (cap. IX).[86]

Sin embargo, fue posteriormente modificada en 2013 por la Ley Nº 26.857, para establecer menor severidad en sus disposiciones sobre declaraciones juradas y para eliminar el funcionamiento de la Comisión Nacional de Ética Pública.

La Oficina Anticorrupción, con dependencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, fue creada por la Ley de Ministerios, para el cumplimiento de las funciones que correspondían a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, según los artículos 26, 45 y 50 de la Ley 24.946, Orgánica del Ministerio Público, de 1998. La reglamentación de la oficina fue efectuada por Decreto 102/99 en la presidencia de De la Rúa, donde, además de las facultades citadas de aquella fiscalía, se agregaron las correspondientes por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Cabe expresar que la suplantación de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas por la Oficina Anticorrupción significó una modificación institucional grave, ya que no se puede comparar el estatus que la Ley Orgánica del Ministerio Público asignaba al fiscal nacional, como parte del Ministerio que actuaba en la esfera de la procuración general, con las garantías correspondientes a un magistrado (arts. 43 y 44), con la posición del titular de la Oficina, que depende del Ministerio de Justicia y que es designado y removido por el presidente. En 2015, la Ley Nº 27.148 modificó la anterior Ley

democrática. Allí sostuvo que cuando cesa la virtud, la ambición y la codicia entran en los corazones y se corrompe la república.

[86] Para un análisis de esta ley véase el artículo de Alfonso Santiago antes citado "La cláusula sobre ética pública del art. 36".

Orgánica del Ministerio Público y en relación con esto, en el artículo 22 de procuradurías especializadas estableció, en el inciso 1, la de investigaciones administrativas.

Se comprueba una vez más que hubo incumplimiento de la legislación, tanto en la de ética pública —que además fue modificada en torno a las declaraciones juradas patrimoniales y para la eliminación de la Comisión Nacional de Ética Política— como en la del Ministerio Público, con relación a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, que dejó de funcionar. O sea, otra recurrente expresión de la anomia que nos caracteriza y que exhibió la falta de voluntad política para combatir la corrupción.

Con fecha 5 de marzo de 2019, el Poder Ejecutivo de la Nación envió al Congreso un proyecto de ley de modificación integral de la Ley de Ética Pública, que propuso modificaciones importantes que venían siendo reclamados en esta materia. Se plantea ampliar las personas que deben presentar declaraciones juradas, incluyéndose a dirigentes sindicales, de obras sociales y de partidos políticos, además de la presentación de un formulario único y electrónico para todos los poderes del Estado, que con control anual permita detectar crecimientos patrimoniales injustificados y conflictos de intereses, dado que la Oficina Anticorrupción controla solo al Poder Ejecutivo. Se regulan de manera completa los conflictos de intereses, incluyéndose a los poderes del Estado, más allá del Poder Ejecutivo, de acuerdo con la normativa de las convenciones internacionales contra la corrupción. Se establecen prohibiciones para las designaciones de parientes hasta el segundo grado en los distintos poderes del Estado, incluyéndose al Legislativo, al Judicial y al Ministerio Público. Se prescribe un registro público de obsequios y viajes pagados por terceros. Se crea un Consejo Federal para la Ética Pública y la Transparencia, con representantes de todas las provincias, que semestralmente deberá ser convocado para considerar el grado de avance en ética pública, transparencia y acceso a la información en cada una de las jurisdicciones. Se ordena que todos los poderes del Estado deberán crear organismos autárquicos como autoridades de aplicación de esta ley. Se limita la publicidad oficial y se prohíbe la promoción personal de los funcionarios públicos. Este proyecto fue coordinado por la Oficina Anticorrupción, con la participación de entidades públicas y privadas y el asesoramiento del Banco Mundial y de la OCDE. Considero de especial trascendencia que el Congreso se avoque a la brevedad posible al tratamiento de esta importante iniciativa.

Asimismo, rigen en Argentina dos instrumentos internacionales de especial significación: la Convención Interamericana contra la Corrupción y

la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, a las que antes nos referimos, y que tienen jerarquía constitucional superior a las leyes. De más está decir que en su cumplimiento se han observado las deficiencias que vengo señalando.

En cuanto al Código Penal vigente, presenta distintas figuras penales vinculadas a la corrupción y, aunque es necesaria su reforma, no tuvo su adecuada aplicación, en razón del accionar del Poder Judicial, que posibilitó la impunidad, como lo hemos visto.[87] Se sometió a consideración del Poder Ejecutivo de la Nación un anteproyecto de nuevo Código Penal, que introducía modificaciones y nuevas herramientas contra la corrupción y que fuera presentado como proyecto de ley en el Senado de la Nación.[88]

Asimismo, recuerdo lo antes expuesto sobre las distintas leyes aprobadas en los últimos años de acceso a la información pública, de los arrepentidos y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas. Es decir que tenemos una legislación más que suficiente para enfrentar este verdadero cáncer del régimen político argentino, que es la corrupción, y, sin embargo, no se han logrado hasta ahora resultados apreciables en esta lucha.[89]

---

87 Ya mencionamos que el promedio de duración de las causas de corrupción es de 14 años. No puede obviarse este problema de la lentitud de la justicia, que impone la necesidad de profundos cambios en la legislación de fondo y en la procesal, además de otro funcionamiento del Consejo de la Magistratura, con mayores controles sobre los jueces y el Ministerio Público. Por otra parte, hay que modificar la jurisprudencia que, más allá del doble conforme del Pacto de San José, posibilita interminables apelaciones que muchas veces terminan en la Corte Suprema y sin cumplimiento efectivo de las penas, con el argumento de que no hay condenas firmes. Por eso es muy difícil que haya presos por procesos de corrupción, mientras que las cárceles están pobladas por quienes no tienen suficientes recursos. De ahí que exista una amplia percepción sobre la desigualdad de la ley en el país, además de la falta de confianza en el Poder Judicial. Véase Hernández, Antonio María; Zovatto, Daniel y Fidanza, Eduardo (comps.), *op. cit.*

88 La Comisión fue designada por el Poder Ejecutivo de la Nación y fue presidida por el juez de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctor Mariano Borinsky, que presentó en 2018 el anteproyecto. En el mismo se propuso el decomiso anticipado de los bienes y el aumento de las penas en las figuras de enriquecimiento ilícito, cohecho y soborno transnacional, además de su cumplimiento obligatorio. Se propuso un agravante en el delito de lavado de dinero cuando intervienen funcionarios públicos, además de la ampliación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Cfr.* Cappiello, Hernán, *La Nación*, 9 de marzo de 2019.

89 Muy pocos han sido los condenados a lo largo de nuestra historia por corrupción. Actualmente se han agregado a esa lista el ex-vicepresidente, Amado Boudou, por la causa Ciccone y el exministro de Planificación Federal, Julio de Vido, junto a sus secretarios Ricardo Jaime y Juan Pablo Schiavi, por la tragedia ferroviaria de Once, ocurrida en 2012, que causó 52 muertos. Asimismo, fue condenado Lázaro Baéz y sus familiares, por lavado de dinero, como lo hemos visto. Pero hay que destacar que nunca hubo tantos detenidos, investigados y procesados como en la actual causa de *Los cuadernos*, que, con su culminación

Por otra parte, en la reforma constitucional de 1994 se acentuaron los controles institucionales propios del sistema republicano.

En efecto, por una parte, se reconocieron mayores poderes al Congreso, que es el órgano constitucional más importante y el que tiene como función tanto legislar como controlar políticamente a los otros poderes. En efecto, se diseñó la atenuación del fuerte presidencialismo en el país, con la figura del jefe de Gabinete de Ministros, que debe presentarse de manera alternativa una vez por mes ante las cámaras del Congreso, para rendir informes, según lo dispuesto por el artículo 101. Esto, que es muy importante para el control, fue acompañado además de la posibilidad que tiene el Congreso de interpelarlo para una moción de censura, y aun de removerlo de su cargo, por disposición de la norma antes citada.[90]

Asimismo, y en relación funcional estrecha con el Congreso, se otorgó rango constitucional a dos instituciones muy importantes de control: la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo. La primera, prescrita en el artículo 85, expresa:

> Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquier fuere su modalidad de organización y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

Y el defensor, que por virtud del artículo 86 tiene como misión: "[…] la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas". Como he señalado,[91] se cumplieron parcialmente los

---

mediante las condenas, puede significar un notable avance en la lucha contra la corrupción y la impunidad.

[90] Sin embargo, no se alcanzaron los objetivos planteados por el Constituyente, ya que la institución no ha servido para atenuar el hiperpresidencialismo que hemos sufrido. Además de ello, ha sido sorprendente observar que durante largos periodos el jefe de Gabinete de Ministros no compareció ante cada una de las cámaras para sus informes ni tampoco ante la Comisión Bicameral Permanente luego del dictado de decretos de necesidad y urgencia. Por ejemplo, el actual jefe de Gabinete solo ha concurrido una vez a la Cámara de Diputados y otra al Senado, pese a que está en funciones desde diciembre de 2019. Véase Hernández, Antonio María, *A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994..., cit.*

[91] Véase Hernández, Antonio María, "A veinte años de la reforma constitucional de 1994", en García Lema, Alberto y Hernández, Antonio María (coords.), *A veinte años de la reforma constitucional de 1994. Número especial de jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 20 de agosto de 2014, pp. 29-36 y *A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994…, cit.*

objetivos de la reforma, en relación con el fortalecimiento del Congreso y, en cuanto a los nuevos órganos de control, solo la Auditoría ha podido cumplir adecuadamente sus funciones, pese a que no se adecuó su ley reglamentaria al artículo constitucional respectivo; mientras que, en el caso de la Defensoría del Pueblo, llevamos 12 años sin que se designe un nuevo titular.[92]

Asimismo, otro de los objetivos de la reforma fue el de asegurar la independencia del Poder Judicial, mediante la incorporación de dos instituciones: el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento y el Ministerio Público, en los artículos 114, 115 y 120, respectivamente. También aquí se alcanzó un cumplimiento parcial de lo diseñado, atento a lo expuesto en este texto, no pudiendo detenernos en esta cuestión, por razones de extensión de este aporte.[93]

También concluyo este punto insistiendo en que la débil cultura constitucional y de la legalidad ha impedido la plena vigencia de los principios y controles republicanos, lo que ha facilitado la corrupción.[94]

En relación con la normativa de las provincias, de la CABA y de los municipios, sobre ética pública, oficinas o fiscalías anticorrupción y sistemas de control, ello corresponde a la forma federal de gobierno y de Estado, caracterizada por la coexistencia de diversos órdenes estatales y gubernamentales, con respectivas competencias al respecto. Efectuada esta aclaración, por una parte, reitero la necesidad de que en todas las esferas de la federación se avance en el combate contra la corrupción y, por otra, me excuso de efectuar un desarrollo de esta normativa, porque excede la extensión de este estudio.

IV. Conclusiones y propuestas de lucha contra la corrupción

Alfonso Santiago expresó que

> La Constitución es una norma jurídica, pero también un documento político y expresión de una determinada cultura política que define los valores de la

92 Ya que Eduardo Mondino renunció al cargo en 2009.

93 Además de lo expuesto sobre la reforma judicial que está actualmente en tratamiento, donde se hacen referencias a esta cuestión, véase la obra ya citada de mi autoría, *A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994*, para un análisis más exhaustivo de los problemas de reglamentación y cumplimiento de los mandatos constitucionales en tan decisiva materia.

94 Véase Hernández, Antonio María, *Fortalezas y debilidades constitucionales. Una visión crítica en el Bicentenario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, donde analizo nuestros problemas culturales como la anomia, la violencia y la corrupción, que impiden un adecuado cumplimiento de la ley suprema.

> convivencia en común. El llamado formulado en la última parte del Art. 36 no se limita a la producción normativa, sino a una efectiva práctica de la ética pública como fundamento de legitimidad y eficacia de nuestro sistema constitucional de gobierno. A veinte años de la reforma constitucional de 1994 es muy poco lo que se ha hecho y muchísimo lo que aún resta realizar.[95]

Por ello, creo que Argentina requiere la adopción de un concepto sistémico de lucha contra la corrupción, con especial énfasis en la necesidad de cambiar la deficiente cultura constitucional, jurídica y política, que ha posibilitado una cultura de la corrupción. Se trata de una tarea de largo aliento, llena de desafíos y grandes dificultades, porque hay que enfrentar la fortaleza del *statu quo*, representado por las poderosas corporaciones que defienden sus privilegios, además de las conductas anómicas de nuestra sociedad.

Sostengo que no tenemos otra opción que avanzar en este cambio cultural que nos lleve a la vigencia plena de la quintaesencia filosófica y política de la Constitución, que es la democracia republicana y federal y sus valores y principios.[96]

En consecuencia, y tal como lo vengo proponiendo,[97] se debe impulsar y profundizar la educación cívica y democrática en todos los niveles de la educación. Dicha educación debe asentarse, en primer lugar, en los principios y valores de la Constitución Nacional, que es la ley suprema y el gran proyecto político de los argentinos. Esto comporta la revisión de los planes de estudios en los distintos niveles, tanto del Ministerio de Educación de la Nación como de las provincias y municipios, a través del Consejo Federal de Educación, con la finalidad de dar cumplimiento a la Ley Nº 25.863, que así lo dispuso. Recuérdese que dicho instrumento legal determinó, además, que el 1 de mayo es el Día de la Constitución Nacional. El incumplimiento de esta ley es otra prueba más de la anomia que padecemos.

---

95 Santiago, Alfonso, *op. cit.*, p. 43.

96 Rose-Ackerman escribió: "La corrupción no es el resultado inevitable de la historia y la cultura. Las normas sociales pueden estar profundamente arraigadas y reforzarse a sí mismas, pero a veces cambian. No están necesariamente congeladas en el tiempo. Y, si una sociedad debe construir una democracia legítima, las normas deben cambiar. De lo contrario, la corrupción generalizada socavará inexorablemente el respeto del estado de derecho y generará graves distorsiones en la eficiencia y la equidad en la prestación de servicios". Rose-Ackerman, Susan, "Corruption: Greed, Culture and the State", *Yale Law Journal*, 2010.

97 En nuestras obras: Hernández, Antonio María (dir.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. I, cap. I; *Fortalezas y debilidades constitucionales…*, *cit.*; Hernández, Antonio María; Zovatto, Daniel y Fidanza, Eduardo (comps.), *op. cit*., y *Estudios de federalismo comparado: Argentina, Estados Unidos y México*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2018.

Para coadyuvar con la propuesta anterior, desde los medios estatales televisivos y radiofónicos se deben emitir programas que difundan los valores e importancia de la Constitución, las leyes y las instituciones.

Nuevamente hay que recordar a Sarmiento: "Arriba la Constitución como tablero y abajo la escuela para aprender a deletrearla".[98]

Debe comprenderse que con el conocimiento y la aplicación efectiva de las constituciones federal y provinciales, cartas orgánicas municipales y las leyes respectivas, tendremos ciudadanos activos que puedan ejercer sus derechos y cumplir adecuadamente sus obligaciones.[99] Para tener "ciudadanos activos", Norberto Bobbio postuló un "llamamiento a los valores",[100] señalando en primer lugar al ideal de la tolerancia,[101] seguido por el de la no violencia,[102] el de la renovación gradual de la sociedad a través del libre debate de las ideas y el cambio de las mentalidades y del modo de vivir[103] y, finalmente, el ideal de la hermandad (la "*fraternité*" de la Revolución francesa).[104]

---

98 *Cfr.* Recapitulación sumaria que precede al t. VIII de sus *Obras completas*, Editorial Luz del Día.

99 Norberto Bobbio, bajo el título *El ciudadano no educado*, consideró a esta como la sexta promesa incumplida de la democracia. Y recordó a John Stuart Mill en su obra *Considerations on representative government*, con su distinción entre ciudadanos activos y pasivos, señalando que la democracia requería de los primeros. Por el contrario, los segundos originaban la apatía política como grave fenómeno que cuestionaba incluso en democracias consolidadas. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janes, 1985, pp. 38-40.

100 *Ibidem*, p. 48.

101 "Si hoy existe una amenaza para la paz del mundo, esta viene una vez más del fanatismo, o bien de la ciega creencia en la verdad y en la fuerza capaz de imponerla. Huelga dar ejemplos: los tenemos antes nuestros ojos". *Idem*.

102 "Jamás he olvidado la enseñanza de Karl Popper, según la cual, lo que distingue esencialmente a un gobierno democrático de otro no democrático es el hecho de que solo en el primero los ciudadanos se pueden desembarazar de sus gobernantes sin derramamiento de sangre. Las tan escarnecidas reglas formales de la democracia han introducido, por primera vez en la historia, técnicas de convivencia, cuyo objeto es el de resolver los conflictos sociales sin recurrir a la violencia. Solo allí se respetan estas reglas, el adversario no ya un enemigo (que debe ser destruido), sino un opositor, que mañana podrá ocupar nuestro lugar". *Idem*.

103 "Solo la democracia permite la formación y la expansión de las revoluciones silenciosas, como ha ocurrido en estos últimos decenios con la transformación de la relación entre los sexos, que tal vez sea la mayor revolución de nuestros tiempos". *Ibidem*, pp. 48 y 49.

104 "Gran parte de la historia está hecha de luchas fratricidas. En su Filosofía de la Historia, Hegel define la historia como un «inmenso matadero». ¿Acaso podemos quitarle la razón? En ningún país del mundo puede perdurar el régimen democrático sin convertirse en una costumbre. Pero ¿puede convertirse en una costumbre sin el reconocimiento de la hermandad que une a todos los hombres en un destino común? Se trata de un reconocimiento mucho más necesario hoy, en que cada día nos hacemos más conscientes de este destino común, por lo cual deberemos, guiándonos por ese podo de luz de razón que ilumina nuestro camino, actuar en consecuencia". *Ibidem*, p. 49.

Además, hay que enseñar y difundir los ejemplos de quienes encarnaron las virtudes políticas republicanas en la vida pública,[105] comenzando con los próceres de mayo, como Moreno, Castelli y Belgrano.

Así afirmaremos la solidez de las instituciones republicanas y una democracia participativa y deliberativa, asentada en valores que rechacen la corrupción.[106]

Hay que jerarquizar la política y vincularla estrechamente con la ética. Los partidos políticos deben fortalecerse y, en cumplimiento del artículo 38 de la Constitución Nacional, formar y capacitar a sus miembros y dirigentes, con estudios interdisciplinarios, entre los que se destaquen los de derecho público, porque se debe gobernar con la Constitución en la mano en un Estado de derecho.

Debe asegurarse la instrumentación efectiva del derecho de acceso a la información para lograr gobiernos más transparentes[107] y una sociedad más capacitada y participativa. No puede desconocerse la notable importancia de la libertad de expresión y de prensa, esencial para la democracia. En efecto, una prensa libre, crítica e independiente es fundamental para las denuncias e investigaciones sobre corrupción, como ocurriera en Argentina.[108]

La anomia que soportamos está muy estrechamente vinculada al inadecuado funcionamiento de las dos instituciones que tienen la mayor responsabilidad en asegurar el cumplimiento de las leyes: el Poder Judicial y la policía.[109] En consecuencia, consideramos de especial trascendencia las

---

105 A las que se refirió Montesquieu y que hemos mencionado en este trabajo.

106 En efecto, tanto en los procesos judiciales de *Mani pulite* como en *Lava Jato*, fue determinante para el éxito alcanzado el sólido y constante apoyo popular.

107 Bobbio considera como la quinta promesa no cumplida de la democracia la de no haber eliminado la existencia de poderes invisibles. Después de señalar la importancia de la transparencia del poder en la democracia, recuerda el principio de Kant enunciado en el apéndice a *La paz perpetua*: "Son injustas todas las acciones relativas al derecho de otros hombres cuya máxima no es susceptible de publicidad". Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 34. Ya hemos analizado que uno de los elementos característicos de la corrupción es el secreto.

108 Debe destacarse la obra constituyente de 1994 en tal sentido, pues, entre otros aspectos, incorporó como cuarta garantía en el art. 43 la del secreto de las fuentes de investigación periodística, con base en la propuesta que formulase como vicepresidente de la Comisión Redactora. *Cfr.* Hernández, Antonio María y Chiacchiera Castro, Paulina, "El derecho a la libertad de expresión", en Hernández, Antonio María (dir.), *Derechos humanos del derecho constitucional,* Buenos Aires, La Ley, t. I, cap. X, en el punto "El secreto de las fuentes de información periodística", pp. 653 y ss.

109 En la *Segunda Encuesta de Cultura Constitucional*, que dirigimos con Zovatto y Fidanza, la mayoría de los entrevistados señaló como la primera causa de la anomia el mal funcionamiento del Poder Judicial. *Cfr*. Hernández, Antonio María, "Percepciones sobre las constituciones, las leyes y algunas cuestiones federales", en Hernández, Antonio María; Zovatto,

reformas respectivas, porque son las instituciones que deben combatir con la mayor eficiencia posible la corrupción. En relación con el Poder Judicial, debe asegurarse su valor más importante como base del sistema republicano: la independencia tanto de los poderes políticos como económicos.

Para mí, es imprescindible la elevación de la cultura constitucional y de la legalidad, ya que con el cumplimiento de las normas, principios y valores de la democracia republicana y federal se producirá inexorablemente un avance sustancial en el combate a la corrupción.

No me caben dudas de que la aplicación estricta de la normativa constitucional y de los instrumentos internacionales y nacionales que hemos analizado, con un funcionamiento adecuado de los diversos órganos de control propios de los sistemas republicanos consagrados en las constituciones federal, provinciales, de la CABA y en las cartas y leyes orgánicas municipales, nos alejaría de la cultura de la corrupción.

Seguidamente presento otras propuestas para mejorar las herramientas normativas de esta lucha, sin orden de prioridad, ya que, reitero, se trata de un enfoque sistémico:

1. Las efectuadas por el Grupo de Expertos del BID, y mencionadas en el punto sobre la corrupción en América Latina, adonde me remito para evitar repeticiones.

2. Las de Transparency International en el Pacto de integridad y Código de Conducta de las Empresas y en las Herramientas para el control ciudadano de la corrupción, ya referidas.

3. Conforme a lo expuesto, deben sancionarse como leyes por el Congreso tres proyectos de gran importancia en la lucha contra la corrupción: el de reformas de la Ley de Ética Pública, el de extinción de dominio para recuperar lo robado y el de nuevo Código Penal.

4. Por lo que respecta a un tema específico y relevante, como el financiamiento de los partidos políticos, comparto estas propuestas de Daniel Zovatto para una reforma integral: *i)* bancarizar los aportes para reducir al máximo las donaciones en efectivo y favorecer su trazabilidad; *ii)* mejorar las condiciones de equidad de la competencia electoral, regulando la publicidad oficial y aumentando el plazo de prohibición de los actos de gobierno dirigidos a captar el voto; *iii)* sancionar el clientelismo y uso de recursos públicos con fines partidarios; *iv)* permitir a las empresas hacer aportes, con un tope máximo del

---

Daniel y Fidanza, Eduardo (comps.), *op. cit.*, p. 66. Por otra parte, ambas instituciones, justicia y policía, merecieron baja ponderación en el análisis de confianza en las instituciones. *Cfr*. Zovatto, Daniel, "Percepciones sobre la democracia y las instituciones", en Hernández, Antonio María; Zovatto, Daniel y Fidanza, Eduardo (comps.), *op. cit.*, pp. 38 y ss.

2% sobre el total de los gastos permitidos para un partido, acompañado de claros límites respecto de aquellas empresas que deben quedar excluidas para evitar conflictos de intereses; *v)* incrementar la transparencia y la rendición de cuentas para combatir los altos niveles de opacidad actuales; *vi)* implementar el registro de aportes y gastos en tiempo real; *vii)* poner en marcha un registro de proveedores en línea; *viii)* incluir la regulación de las redes sociales junto a los medios de comunicación tradicionales; *ix)* fortalecer la Justicia Electoral (aumentando el número de auditores de la Cámara Nacional y el flujo de información de diversas fuentes), y *x)* endurecer el régimen de sanciones, incluyendo a los candidatos entre los sujetos responsables.[110]

5. Sobre el Poder Judicial, deben tenerse presente las siguientes propuestas de Daniel Sabsay para asegurar su independencia: *i)* modificar la Ley 26.080, de 2006, para asegurar el equilibrio de los sectores en la integración del Consejo de la Magistratura; *ii)* restablecer las competencias de administración del Poder Judicial por parte del Consejo, como lo dispone la Constitución; *iii)* que el Congreso designe juristas de prestigio en su representación ante el Consejo, y *iv)* que el Consejo avance en el cumplimiento de sus funciones de control del Poder Judicial.[111]

A ello agrego la modificación de los códigos de procedimientos penales federal y provinciales, para acelerar los procesos contra la corrupción. Insisto en que debe terminarse la impunidad existente, que es una de las causas más determinantes del subdesarrollo y anomia.

Asimismo, deben controlarse las obligaciones éticas en el ejercicio de los cargos judiciales, según la normativa respectiva.[112] Vale la pena recordar aquí la opinión de Francis Bacon: "El Juez debe ser más sabio que ingenioso, más respetable que simpático y popular, y más circunspecto que presuntuoso. Pero ante todo debe ser íntegro, siendo esta para él una virtud principal y la calidad de su oficio".[113] Por cierto, me refiero no solo al Poder Judicial federal, sino también a los de las provincias y de la CABA.

Estoy convencido de que para alcanzar los altos objetivos planteados por la Convención Constituyente de 1994 en relación con el Poder Judi-

---

110 "Financiamiento político: urge una reforma integral, no una suma de parches", *La Nación*, 21 de febrero de 2019, *www.lanacion.com.ar.*

111 Véase el artículo "No se puede esperar más: los elementos corruptos de la justicia se deben ir", *Infobae,* 28 de febrero de 2019, versión electrónica. Asimismo, se hacía referencia a la denuncia que involucrara al juez federal Luis Rodríguez en la causa de *Los cuadernos* y se solicitaba su enjuiciamiento.

112 Véase Malem Seña, Jorge, *La corrupción de los jueces*, pp. 145 y ss.

113 Bacon, Francis, *Ensayos sobre moral y política*, Buenos Aires, Editorial Lautaro, 1946, p. 257.

cial —que debe ser el pilar del Estado de derecho, como lo propone en coincidencia el punto 16 de la Agenda 2030 del Desarrollo Sustentable de la ONU—, hay que poner especial énfasis en el fortalecimiento de las instituciones creadas, conforme al diseño constitucional efectuado, o sea, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento y el Ministerio Público.

Asimismo, debe ponerse cuidadosa atención en las cuestiones de la ética profesional de jueces y abogados y de la enseñanza del Derecho en las universidades.

Referente a la ética de los jueces, hay que avanzar en la estricta aplicación del Código Iberoamericano, aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana, y hacer lo propio respecto a la ética de los abogados, por parte de los colegios respectivos.[114]

Asimismo, esta cuestión debería ser objeto de especial interés en la formación de nuestros profesionales del derecho en las universidades.

6. Se debe crear una Comisión de Ética en cada Cámara del Congreso y en las legislaturas provinciales y de la CABA, así como en concejos deliberantes, para el seguimiento y control del cumplimiento de las leyes y ordenanzas sancionadas contra la corrupción en cada uno de los diversos órdenes estatales, además de las relativas específicamente a cada uno de dichos órganos legislativos.[115]

7. Deben implementarse medidas contra la corrupción en las administraciones públicas de los diversos órdenes estatales. En tal sentido, Malem Seña destaca el estudio realizado por la Oficina Anticorrupción de Argentina, entre 1998 y 1999, titulado *Estudio exploratorio sobre transparencia en la administración pública argentina*, donde se señalaban los problemas existentes, que requieren cambios en los procedimientos administrativos, en las licitaciones, en los contratos, en el personal y en las carreras administrativas.[116] Asimismo, como guía en esta materia de la ética de la función pública, el autor propone recordar las conclusiones del Informe de Normas de conducta en

---

[114] Véase Orgaz, Alfredo, "La moral del abogado", conferencia pronunciada el 29 de agosto de 1959 en el Salón de los Pasos Perdidos del Palacio de Justicia de Córdoba, cuando era presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí refiere los notables ejemplos brindados en el ejercicio de la profesión por los abogados Abraham Lincoln y Mahatma Gandhi. *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, núm. 2, 1977, pp. 9 y ss.

[115] Por ejemplo, en el Congreso de Estados Unidos, las comisiones de ética en el Senado y de Normas de Comportamiento Oficial de la Cámara de Representantes, que analizan la conducta de los legisladores. *Cfr.* Thompson, Dennis F., *op. cit.*, cap. 4, "Ética Legislativa", pp. 159 y 160.

[116] *Ibidem*, cap. 2. "Administración pública y corrupción", pp. 72 y ss. El estudio fue realizado por la Dirección de Panificación de Políticas de Transparencia.

las Instituciones Públicas de la Comisión Nolan, creada en Gran Bretaña en 1994. Allí se propusieron siete principios básicos en esta materia: altruismo, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo.[117]

Insisto, finalmente, en que el combate a la corrupción debe desarrollarse de manera sistémica, abarcando todos sus aspectos, tanto culturales como normativos. Es una tarea tan formidable como urgente ante la extrema gravedad de la situación, y que seguramente requerirá un tiempo prolongado para su ejecución. Aliento, sin embargo, una aceleración en este proceso, mediante la ejemplaridad y liderazgo ético y republicano de una dirigencia política y social que actúe a la altura de sus responsabilidades.

[117] Véase Malem Seña, Jorge, *op. cit.,* pp. 84 y ss.

EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN BRASIL, LOS ACONTECIMIENTOS RECIENTES Y SUS CONSECUENCIAS

Marcelo FIGUEIREDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La buena gobernanza —la buena administración— un derecho constitucional de la ciudadanía*. III. *Los principales instrumentos de combate a la corrupción en Brasil*. IV. *La corrupción en las leyes y en las costumbres brasileñas*. V. *El caso* Mensalão. VI. *La operación* Lava Jato. VII. *Conclusión*. VIII. *Los recientes acontecimientos que involucra la operación* Lava Jato.

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es tan antigua como el hombre. El derecho siempre ha buscado formas de combatirla. El tema, sin embargo, nunca fue una preocupación central del *derecho constitucional clásico*. Por otro lado, casi siempre encontramos la figura de la corrupción como delito, infracción o crimen, tanto en el derecho penal como en el administrativo sancionador. Últimamente, con los profundos cambios de las sociedades humanas que ha traído la revolución científico-tecnológica, y en su seno por la revolución de las telecomunicaciones, que fomentó la formación de bloques regionales, supranacionales e internacionales, se ha tratado de implementar estándares comunes a la corrupción globalmente y dondequiera que sea cometida: en el ámbito público o privado.

* Abogado y consultor jurídico en São Paulo, Brasil. Profesor asociado de derecho constitucional en los cursos de grado y posgrado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP), donde también fue director del curso de Derecho (gestiones 2005-2009-2009-2013). Es presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD), sección brasileña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con sede en México, y vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC). Es también profesor visitante de varias universidades en Latinoamérica y Europa.

Como se sabe, la palabra clave introducida por la *globalización* en el Estado en mutación es *eficiencia.* Tanto en su actuación externa como interna, ya no basta la primacía de la eficiencia bélica, que fuera tan importante en la era de las grandes potencias, sino que se busca una nueva y peculiar eficiencia política para actuar en las relaciones multilaterales.

Ya no es suficiente la simple eficiencia económica, entendida como el aumento de la producción, con disminución de insumos y aumento de las ganancias, sino que se persigue, además, la eficiencia socioeconómica, que consiste en producir bienes y servicios de mejor calidad, pero rápidamente y en más cantidad, para proveer a sociedades cada vez más demandantes; ya no basta la eficiencia que depende únicamente de la acción de Estados aislados, sino la que se logra a través de un concierto *institucionalizado* de Estados solidarios.

Así es que la rehabilitación pospositivista de los principios, al redefinir la supremacía de los derechos fundamentales y el efecto de la demostración, ampliamente diseminado, de las experiencias iuspolíticas más exitosas, han puesto en evidencia un nuevo concepto operativo de la Administración pública, que parte de una precisa y adecuada vocación de las funciones asignadas a cada entidad prestadora, de modo que satisfagan, de la mejor manera posible y con los más bajos costos, las demandas tradicionales y emergentes de las sociedades de todas las latitudes, sin importar tanto quién se encargará, al final, de dichas prestaciones: si será una entidad pública, privada, local, regional, nacional, multi- o metanacional.[1]

Así, al lado de la preocupación perenne con la *moralidad administrativa,* se suma la percepción de que la corrupción aumenta el costo de los productos y servicios puestos a disposición de la sociedad, desviándolos hacia los grupos de personas con intereses egoístas y no republicanos.

La corrupción dificulta el desarrollo, perjudica el crecimiento económico, sacrificando a los más pobres de forma desproporcionada y socava la eficacia de inversiones y ayudas financieras; por eso, las estrategias de combate a la corrupción precisan integrarse en un modelo de desarrollo formulado para ayudar a los países a erradicar la pobreza.

No hay duda de que el mayor impacto de la corrupción se produce sobre los ciudadanos más pobres, que no tienen condiciones de absorber sus costos. Al desviar recursos públicos, la corrupción compromete servicios como la salud, la educación, el transporte y la vigilancia —exactamente los más importantes para las clases menos favorecidas—.

---

[1] Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (coord.), "Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo", *Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha,* Río de Janeiro, Renuevar, 2003, p. 550.

La corrupción existe tanto en los países democráticos como en los no democráticos, así como en países con amplia libertad de prensa y en otros con casi ninguna libertad de opinión.

Su universalización o carácter internacional radica en el hecho de que es posible tanto concordar con un diagnóstico de la situación de una determinada nación que considere parámetros que se puedan compartir con otros países como instituir prácticas de control, cuya eficacia se pueda medir utilizando las mismas referencias que sirven para fijar el diagnóstico.

En suma, la *globalización* ha puesto en marcha un concepto nuevo y expandido de *eficiencia política,* en el que la *organización de poder,* sea cual sea y sin importar su dimensión, así como las *funciones* a desempeñar, deberían adecuarse *subsidiariamente* a las nuevas demandas, en la medida en que, con ello, se disminuiría paulatinamente, como resultado de la información, la vieja y desconcertante *tolerancia a la ineficiencia del sector público,* una de cuyas causas es, sin duda, el fenómeno de la corrupción.

No es por casualidad que existen hoy día numerosas convenciones internacionales preocupadas por la corrupción en varias dimensiones y perspectivas.

Siendo así, aunque, como hemos observado, la corrupción no sea una preocupación del derecho constitucional *clásico,*[2] esta realidad ha cambiado. Y ha cambiado por varios motivos. Básicamente, la integración mundial es responsable de ello. Paulatinamente vemos que el sistema jurídico internacional y el sistema jurídico interno no son unidades separadas, sino integradas.

En verdad, los procesos de "globalización" y de "universalización" del derecho —y particularmente del derecho internacional— han dado origen, sobre la red tradicional de los Estados, a un "sistema político integrado en varios niveles", que se rige por una reglamentación jurídica propia.

Recuérdese, por ejemplo, que el derecho internacional forma conjuntamente con el derecho interno de los Estados un "sistema político en varios niveles", constituido en la base de los sistemas políticos de los Estados miembros, y que a su vez pueden ostentar, también ellos, internamente, una estructura multinivel.

Hay cláusulas de diferente apertura en las constituciones democráticas de todo el mundo, inclusive en Latinoamérica, que facilitan el ingreso confortable de convenciones de toda clase, incluso aquellas que se ocupan del combate a la corrupción como fenómeno global.

---

[2] Claro que encontramos desde siempre normas a favor de la ética pública y de la moralidad (buenas costumbres) en todo el derecho, cuestión en perspectiva diferente a la actual.

Véase como ejemplo, en el ámbito mundial, la Convención de las Naciones Unidas de Nueva York, de 31 de octubre de 2003, y otras que se proyectan en los ordenamientos de los diferentes continentes: la Convención Interamericana contra la Corrupción, de Caracas, de 28 de marzo de 1996, y el Convenio sobre Corrupción Civil del Consejo de Europa, realizado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999; además del Convenio de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, aprobado por los jefes de Estado y de Gobierno el 12 de junio de 2003.

Casi todos los países de Latinoamérica, o como quieren algunos, pertenecientes a los ordenamientos hispanoamericanos, también han adoptado importantes disposiciones tendentes a combatir la corrupción y, en general, han adoptado asimismo normas de las citadas convenciones internacionales o regionales. No viene al caso comentarlas.[3]

---

[3] La comunidad internacional celebró, el 17 de diciembre de 1997, la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. La Organización de los Estados Americanos (OEA), el 29 de marzo de 1996, celebró el Convenio Interamericano contra la Corrupción. El 9 de diciembre de 2003, en Mérida, México, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) preparó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, con el propósito de promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir la corrupción de manera más eficaz. El 15 de diciembre de 2000, con vigencia desde el 29 de septiembre de 2003, se celebró, en Palermo, el Convenio de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, estableciendo como principal medida la necesidad de armonización de los tipos penales vigentes en los diferentes Estados, y particularmente, la tipificación del delito de participación en grupos de delincuencia organizados. La Unión Europea, mediante el Acto del Consejo 97-C 195/01m, de 26 de mayo de 1997, estableció una Convención relativa a la lucha contra la corrupción en que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o también de los Estados miembros de la Unión Europea. Asimismo, se formó el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO), en el cual se arbitran procedimientos de control de los Estados, con previsión de asistencia mutua y cooperación internacional, de extradición, de información espontánea, de comunicación directa entre autoridades centrales y de información sobre mecanismos de cooperación disponibles. También fue creada la Red Judicial Europea, el 29 de junio de 1998, con la finalidad de facilitar la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión.

Hay que recordar, además, el relevante papel desempeñado por el Centro de Recursos Anticorrupción Utstein globalmente. Asimismo, merece referencia Transparencia Internacional. Por fin, es oportuno registrar que el Banco Mundial presentó una guía práctica y creó un portal de Internet, con el propósito de promover una acción colectiva contra la corrupción. Se trata del documento titulado *Fighting Corruption Through Colletive Action-La Guide for Busines* (2008), fruto de una coalición de instituciones lideradas por el Banco Mundial, compuesta por organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones multilaterales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, el Centro Internacional para la Empresa Privada (CIPE), Transparencia Internacional y varias empresas del sector privado.

II. La buena gobernanza —la buena administración— un derecho constitucional de la ciudadanía

Afirmamos que la corrupción nunca ha sido una preocupación central en el derecho constitucional clásico. O sea, en la época de la elaboración de las primeras constituciones se deseaba, sobre todo, controlar el poder, establecer derechos políticos y civiles, ocuparse de las finanzas y la seguridad pública interna y externa.

Esa situación cambió sustancialmente con las constituciones contemporáneas que se expandieron, ocupándose de una serie de temas inimaginables en el siglo XVIII.

Hoy no existe una Constitución escrita que no muestre gran preocupación por la administración y la gestión de la cosa pública, los recursos públicos, la materia presupuestaria, las políticas públicas, cómo son formuladas y, sobre todo, ejecutadas.

La llamada "gobernanza" o "gobernabilidad" afecta no solo a los organismos centrales del gobierno (Ejecutivo), sino también a todas las entidades, empresas públicas o privadas que aplican, gestionan o contratan con el Estado.

La rendición de cuentas se ha vuelto materia fundamental no solo del poder que fiscaliza al Ejecutivo, Legislativo y sus auxiliares, los tribunales de cuentas, sino también de la sociedad civil, de la ciudadanía que tiene el poder de presionar a sus representantes hacia la dirección correcta.[4]

---

[4] Freitas, Juarez, *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, pp. 21 y ss., en donde define el derecho a la buena administración del siguiente modo: "[…] trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas". En español: "[…] se trata del derecho fundamental a la administración pública eficiente y eficaz, proporcional cumplidora de sus deberes, con transparencia, sostenibilidad, motivación proporcional, imparcialidad y respeto a la moralidad, a la participación social y a la plena responsabilidad por sus conductas omisivas y comisivas". Más adelante, en el concepto propuesto por el autor, se abrigan, entre otros, los siguientes derechos: "o direito à administração pública transparente, o direito à administração pública sustentável, o direito à administração pública dialógica, o direito à administração pública imparcial e desenviesada, o direito à administração pública proba, o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, o direito à administração pública preventiva e eficaz". En español: "el derecho a la administración pública transparente, el derecho a la administración pública sostenible, el derecho a la administración pública dialógica, el derecho a la administración pública imparcial y no tendenciosa, el derecho a la administración pública proba, el derecho a la administración pública que respeta la legalidad temperada, el derecho a la administración pública preventiva y eficaz".

La mayoría de las constituciones latinoamericanas contemporáneas se ha ocupado mucho de la corrupción, en la medida en que han ampliado, lo máximo posible, el papel de agentes y órganos encargados de fiscalizar la aplicación de los recursos públicos: "fiscalías", contralorías, tribunales de cuentas, defensores del pueblo, comisiones de ética y el Ministerio Público son ejemplos elocuentes de ello.

En esa medida, también se ha *empoderado* a la ciudadanía para participar activamente en la gestión de lo que, en definitiva, le pertenece. Como demuestra la experiencia: el Parlamento, el Gobierno, el Poder Judicial y los tribunales de cuentas mejoran su desempeño con respecto a la transparencia y a la democracia, con una cobranza efectiva de la sociedad.

Es fundamental que los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil, entre otras, estén bien abastecidos de información —en cantidad y calidad— para la acción ciudadana, principalmente para la prevención del mal uso de la cosa pública.

Es necesario, por tanto, formar alianzas entre la sociedad civil organizada y las instituciones gubernamentales para maximizar los esfuerzos en el combate a la corrupción manifestada en todos los segmentos.

En Brasil se han creado instrumentos para fortalecer una acción ciudadana en prácticamente todas las áreas sujetas a la acción estatal.

III. Los principales instrumentos de combate a la corrupción en Brasil

La Constitución brasileña está llena de normas que se ocupan de la ética y la probidad administrativa, directa o indirectamente. Citemos las principales: el artículo 5, inciso LXXIII, dispone, respecto a la acción popular, que esta protegerá también la moralidad administrativa. Ello quiere decir que la Constitución no ha considerado suficiente proclamar el principio de la legalidad, con la certeza de que en ella se inserta la moralidad administrativa, ni le ha parecido suficiente la lección de la doctrina de que el acto administrativo se compone de elementos, y uno de ellos, de mayor importancia, es el de la finalidad —el acto administrativo debe tener, siempre, finalidad de interés público— y que el acto administrativo contrario a la moralidad es un acto que no atiende a la finalidad de interés público.

Y la Constitución fue más allá. El principio de la moralidad administrativa constituye, con la Constitución de 1988, un concepto jurídico autónomo. Como ya hemos afirmado:

> Hoy tenemos una idea del principio de la moralidad como un principio mucho más lato, a tal punto que la moralidad ya no estaría contenida en la legalidad, o, si se quiere de otra manera, el principio de la moralidad es un principio autónomo por sí solo, conjugado en el ordenamiento jurídico constitucional al lado de otros tantos valores que prestigia.[5]

Del mismo hecho, como se sabe, pueden derivarse investigación y responsabilización civil, penal y administrativa en función de la independencia de las instancias.

Existe un verdadero arsenal de normas jurídicas, mecanismos de combate a la corrupción, entre los cuales destacamos:

a) Comisión de Ética Pública, creada en mayo de 1999, y el Código de Conducta de la Alta Administración Federal, instituido en agosto de 2000;
b) Consejo de Transparencia Pública y Combate a la Corrupción (Ley 10.683/2003);
c) Ley de Improbidad Administrativa (Ley 8.429/1992) comentada abajo, Ley de la Acción Civil Pública (Ley 7.347/1985), Ley Complementaria 64/1990, Ley 9.424/ 1996, Ley Complementaria 75/1993, Ley 1.079/1950 y Decreto-Ley 201/1967;
d) Ley de las Agencias Reguladoras (Ley 9.986/2000);
e) Código Penal brasileño y Ley 10.467/2002, que adiciona el delito de corrupción activa en transacción comercial internacional y el delito de tráfico de influencia en transacción internacional;
f) Ley de Licitaciones y Contratos en la Administración Pública (Ley 8.666/1993);
g) Estatuto del Funcionario Público Federal (Ley 8.112/1990);
h) Código de Conducta Ética de los Agentes Públicos de la Presidencia y Vicepresidencia de la República (Decreto 4.081/2002).

La Ley 8.429/1992, importante instrumento de combate a la improbidad administrativa en Brasil, que dispone las sanciones aplicables a los agentes públicos por la práctica de actos de improbidad administrativa, que encuentra su génesis en la Constitución Federal, artículo 37, párrafo 4, es, por tanto, instrumento de realización del principio mayor, el de la moralidad administrativa:

---

[5] Figueiredo, Marcelo, *O controle da moralidade na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003.

> Artículo 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, y también, al siguiente:
>
> [...]
>
> 4. Los actos de improbidad administrativa causarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y graduación previstas en la ley, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

En lo que respecta a la casación de derechos políticos, dispone asimismo la Constitución, en su artículo 15, que "se prohíbe la casación de los derechos políticos, cuya pérdida o suspensión solo podrá ocurrir en los casos de: [...] V. improbidad administrativa, en los términos del artículo 37, §4o.".

Cualquier agente público, servidor o no, incluidos los agentes políticos en general, los contratados por tiempo indefinido o temporal, y los sujetos a la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), o sea, no importa cuál sea el vínculo del agente con la Administración pública directa de los tres poderes y con la Administración pública directa, indirecta o fundacional, que comete un acto de improbidad, queda sujeto a los preceptos de la Ley 8.429/1992.

Esta ley define tres tipos de actos administrativos: los que impliquen enriquecimiento ilícito (art. 9), los que causen perjuicio al erario (art. 10) y los que atenten contra los principios de la administración (art. 11). Además, la ley contempla las siguientes sanciones: *a)* pérdida de bienes y activos acrecentados de forma ilícita al patrimonio; *b)* resarcimiento integral del daño; *c)* pérdida de la función pública; *d)* suspensión de los derechos políticos; *e)* multa civil, y *f)* prohibición de contratar o recibir beneficios fiscales.

La Ley 12.846/2013, por otro lado, dispone la responsabilización de las personas jurídicas en los ámbitos administrativo y civil, por la práctica de actos contra la Administración pública, nacional o extranjera. Esta ley entró en vigor el 29 de enero de 2014.

Entre las instituciones brasileñas de combate a la corrupción se destaca el Ministerio Público Federal y estatal, a quien corresponde procesar y juzgar actos contra el patrimonio público en general, la Contraloría-General de la Unión (CGU), creada en 2001, órgano de asistencia directa del presidente de la República, especialmente en asuntos relativos a la defensa del patrimonio público y la transparencia en la gestión de ese patrimonio, en el ámbito de la administración federal.

Existen, también, los tribunales de cuentas de la Unión y de los estados y de los municipios, encargados de fiscalizar y juzgar la regularidad de las

cuentas de los administradores y demás responsables del dinero público. Son organismos de control externo del Poder Ejecutivo que actúan como auxiliares del Poder Legislativo en la fiscalización de los gastos públicos.

El Congreso Nacional (Parlamento), compuesto por la Cámara de Diputados y el Senado federal, tiene como responsabilidad principal elaborar las leyes y proceder a la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operativa y patrimonial de la Unión y de las entidades de la Administración directa e indirecta. Internamente encontramos las comisiones parlamentarias de inquisición, destinadas a investigar hechos de relevante interés para la vida pública y para el orden constitucional, legal económico y social del país.

Sin detrimento de todo el instrumental jurídico existente y los esfuerzos contra la corrupción en nuestro continente, el informe del Banco Mundial, *Gobernabilidad 2006: Indicadores de la gobernabilidad en el ámbito mundial*, publicado en junio de 2007, revela que solamente cuatro países latinoamericanos (Chile, Uruguay, Costa Rica y El Salvador) figuran en la mitad superior de los 212 países en la categoría *control de la corrupción*, mientras que cinco países (Ecuador, Nicaragua, Honduras, Paraguay y Venezuela) aparecen en el cuarto inferior.

El informe *Índice de percepción de la corrupción 2006 de Transparencia Internacional* presenta una imagen aún más desalentadora: apenas Chile y Uruguay han recibido una calificación superior a 5 (en una escala de 0 a 10), en la que 10 indica menor corrupción, mientras que siete países de la región recibieron menos de 3 puntos.

Con toda razón aclara Peter DeShazo:

> Los altos y persistentes niveles de corrupción de la región no solamente socavan la confianza en la democracia y el desarrollo económico, sino que también debilitan la capacidad de las sociedades para defenderse de la delincuencia y de las amenazas a la seguridad internacional. Los pobres resultados en el combate a la corrupción engendran un creciente conformismo con el *statu quo* entre la población —una fuerza motriz para la reforma—. Sin embargo, esa insatisfacción también abre las puertas a líderes populistas con inclinación autoritaria, quienes lanzan ataques en contra del sistema, pero los que una vez en el poder, hacen poco por promover la ética o la transparencia gubernamental. La corrupción policial socava la capacidad de las fuerzas para hacer cumplir la ley en muchas partes de la región, dejando a los Estados más vulnerables a los grupos criminales y al terrorismo internacional, a la vez que la falta de transparencia en el sistema de justicia ha disuadido ampliamente las inversiones internacionales y nacionales.[6]

[6] DeShazo, Peter, *Esfuerzos contra la corrupción en América Latina. Lecciones aprendidas*, Washington, D. C., CSIS American Program, 2007, p. 2.

En efecto, no existen soluciones milagrosas para el combate a la corrupción.

Se necesita más información, más participación de la sociedad civil, más atención no solo al Poder Ejecutivo y sus políticas (poder central), sino igualmente a aquellas personas e instituciones dedicadas a monitorear el rendimiento y la buena gestión gubernamental, o sea, los organismos controladores del sistema.

A pesar de los progresos en el combate a la corrupción, constatamos que, en términos generales, la respuesta que le han dado los sistemas jurídicos aún es insatisfactoria, sobre todo cuando se trata de responsabilizar a los políticos involucrados en actos de corrupción.

En relación con los problemas y lagunas observados en la lucha contra la corrupción hemos constatado:

1. Se combate la corrupción con un enfoque parcial. Los actuales instrumentos de control y sanción (leyes, reglamentos, contralorías, sistemas informáticos de control y vigilancia directa, procesos judiciales) no bastan para detener las conductas corruptas, ya que dejan de lado lo esencial: todo lo que se refiere a la esfera interna del individuo, a su educación, a sus valores, a su percepción y convicciones, es decir, la antesala de sus actos.
2. Se combate por reacción, obviando políticas de prevención. Las medidas de prevención constituyen una inversión menos costosa a largo plazo, con un impacto positivo en el servicio público que favorece la relación con los ciudadanos.
3. La falta de profesionalización política. No en todos los estados existe un perfil básico con valores bien definidos de las personas que ocupan los cargos públicos, lo que deja un amplio margen a que cualquier individuo, incluso careciendo de valores, se encuentre en posibilidad de ocupar un cargo de Estado. Ante la ley, cualquier persona puede ocupar un cargo público siempre y cuando sea el idóneo. Precisamente este elemento de idoneidad es el que marca la diferencia, es decir, los cargos del Estado no deben ser para cualquiera, sino para los más aptos, los más leales a la Constitución, los más capaces de practicar la justicia, para aquellos que verdaderamente tienen vocación de servicio [...] En la actualidad, quienes ocupan los cargos públicos no son necesariamente los más capaces o los más comprometidos con la pluralidad de intereses. El carisma ha sustituido a la capacidad, la mentira a la verdad y a la imagen a la sensibilidad. La improvisación en los cargos públicos es una constante en América Latina.

4. La banalización de los procesos electorales. La política se ha convertido en un *show* o espectáculo que cae incluso en situaciones grotescas en las que sus protagonistas, los políticos, actúan como verdaderos bufones, restándole seriedad y respeto al cargo. Hoy en día, cantantes, actores, deportistas, animadores acceden a los cargos públicos, lo que refleja una tendencia de la cultura de nuestro tiempo que se manifiesta prácticamente en toda América Latina y que no es otra sino la de considerar que no es necesaria ni una formación específica para hacerse cargo de la resolución de las necesidades ciudadanas.
5. La ausencia de filtros que impidan que los aspirantes corruptos accedan a los cargos públicos. No hay obstáculos que impidan a personas no gratas que realizan prácticas corruptas o que se sospecha que lo hacen, aunque no se pueda demostrar, ocupar cargos públicos y tener acceso al poder.[7] Para participar del juego de la política basta con formar parte de un partido y tener un respaldo económico, personal o proporcionado por otros (he aquí el origen de compromisos o deudas políticas). Esta situación origina que en el juego político participen frecuentemente verdaderos mafiosos.
6. La debilidad de valores éticos en el ámbito público. El descuido u omisión de instrumentos, ya sean normativos, o bien herramientas de control, supervisión y evaluación, así como la falta de programas de inducción, formación, capacitación enfocados al fomento de valores éticos, otorga un campo fértil para el desarrollo de la corrupción en las instituciones públicas.
7. La omisión de instrumentos éticos de aplicación práctica. En 1974, tras la renuncia de Richard Nixon, acusado de corrupción por el caso *Watergate*, se crearon en Brasil dos instrumentos básicos de combate a la corrupción: La Oficina de Ética del Gobierno y la Ley de Ética Pública. Tres décadas después son pocos los países latinoamericanos que cuentan con instrumentos similares. La implementación práctica de instrumentos éticos en un Estado sin duda puede realizar aportaciones al proceso democrático y avanzar hacia una "Democracia con ética".
8. Incongruencia del discurso político en relación con la práctica. La demagogia y la falta de voluntad política son una constante en los go-

[7] En Brasil, el 4 de junio de 2010, fue promulgada la Ley Complementaria 135, que altera la Ley Complementaria 64, de 18 de mayo de 1990, que establece, de acuerdo con el párr. 9 del art. 14 de la Constitución Federal, casos de inelegibilidad y plazos de cesación, y dispone otras medidas, para incluir hipótesis de inelegibilidad dirigidas a proteger la probidad administrativa y la moralidad en el ejercicio del mandato ("Ley de la Ficha Limpia").

biernos latinoamericanos. Se instrumentan acciones para cambiar, aunque nada cambie. Tomar en serio la lucha contra la corrupción supone comprometer fuerte y responsablemente a los principales niveles de decisión, de tal forma que las iniciativas, programas y medidas al respecto se reproduzcan en cascada desde los estratos superiores hasta el más modesto funcionario de ventanilla.[8]

IV. La corrupción en las leyes y en las costumbres brasileñas

Tenemos el pésimo hábito de decir que la corrupción es un fenómeno enclavado en el poder político. Eso no es verdad. La corrupción está en todas partes y en cualquier lugar. Lamentablemente, tampoco nosotros, que pertenecemos a la familia jurídica, somos inmunes al fenómeno de la corrupción.

O, en otras palabras, es difícil aceptar que también hay corrupción en sentido amplio en la familia judicial, en los organismos y entidades que deberían defender la Constitución y sus valores.

Infelizmente, esa es la dura realidad. Nosotros, como defensores del derecho y de la justicia, deberíamos dar el ejemplo y no aplicar o torcer la norma para acomodar nuestros intereses, como violadores de la probidad administrativa.

Pero, desafortunadamente, no es esa la dura realidad. Hay varios ejemplos de conductas claramente —a nuestro juicio, al menos— violadoras del principio de la moralidad administrativa practicadas por los organismos y entidades que deberían protegerla y defenderla. Cuando los supuestos guardianes o vigilantes de la moralidad administrativa están más preocupados, consciente[9] o inconscientemente, por violarla, el momento es preocupante.

¿Cómo podemos exigir de terceros y de los gobernados (incluso del poder político y empresarial) su cumplimiento, si la propia familia judicial insiste en defender privilegios y regalías disonantes de la moralidad administrativa?

Sobre el tema, ya hemos afirmado:[10] creemos que el poder político aún está muy *mal administrado* en nuestro país. Y más, que los políticos y el sis-

---

[8] Bautista, Oscar Diego, "El problema de la corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución", *Revista Espacios Públicos,* Madrid, 2012.

[9] En razón de un corporativismo inmoderado que conduce a una paulatina política de preservación de instituciones y de personas con privilegios intolerables en un Estado democrático de derecho.

[10] Aquí trabajamos nuevamente el texto anterior, sin ser presos de las conclusiones allí asentadas.

tema jurídico, en general, cuando no con lagunas, son extremadamente protectores de ilegalidades ante de situaciones que conducen fatalmente al abuso del gobernante o del servidor público, o del concesionario público, siempre en detrimento del derecho fundamental de los ciudadanos a un gobierno probo y honesto.

Podemos dar algunos ejemplos de esta realidad:

La *jubilación forzosa ["compulsória" (sic)]* de los jueces como "sanción"[11] a aquel que infringe el orden jurídico y comete actos de corrupción y venalidad, prevista en la vieja Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (Loman) es un verdadero absurdo jurídico que violenta la conciencia nacional, el erario público y la racionalidad.

El instituto del *fuero privilegiado* (*o de la prerrogativa del fuero).*[12] La mayoría de las veces (salvo *expresa y justificada* previsión constitucional) no se justifica y aparece como un privilegio intolerable. Un concepto arcaico que choca con la ciudadanía y sus valores más caros, como el principio de la *responsabilidad* en una República.[13]

La contratación de parientes y apadrinados políticos en todos los poderes de la República también es un mal que se está combatiendo, pero

---

[11] Impuesta raramente por corregidores de la justicia, más recientemente por el Consejo Nacional de Justicia, a veces refrendada por el Supremo Tribunal Federal (STF).

[12] Sobre el tema véase Fischer, Douglas, "Renúncia a os mandatos eletivos e a alteração da competência penal em razão da função: uma limitação à luz dos preceitos constitucionais", *Revista Interesse Público,* Belo Horizonte, vol. 69, 2011.

[13] La Asociación de Magistrados Brasileiros (AMB) ha recogido datos de que el STF recibió, en 2006, 127 535 expedientes, lo que significa un promedio de 12 mil expedientes por ministro (son 11 ministros), sin contar lo que está acumulado desde hace años. Se hizo el levantamiento de los delitos cometidos por autoridades públicas de competencia originaria del STF. En aquel año, había en curso 130 demandas. Los expedientes se arrastraban indefinidamente, sin solución de mérito. Buena parte de las demandas que tramitaban en el Supremo Tribunal Federal se devolvió a la primera instancia, seguramente por haber cesado el mandato del reo o demandado (35.38%). Algunos fueron archivados por extinción de la punibilidad, por la muerte del reo, por perención o reprocesados como expedientes, por transformación de la investigación. Así, en la investigación realizada por la AMB, ninguna condena ha resultado contra cualquier autoridad, o sea, hay cero condenas contra los agresores del patrimonio público o acusados por cualquier tipo de delito. Con respecto al Superior Tribunal de Justicia, los datos igualmente caminan hacia la misma solución. Numerosos expedientes fueron a la instancia inferior (26.09%). Algunas condenaciones resultaron en extinción de la punibilidad; otras fueron archivadas con indicación del motivo: otras por renuncia, etc. Hay solo cinco condenas, lo que corresponde al 1.04% del total de las demandas. La conclusión de la AMB es que el "gran número de demandas contra autoridades que ostentaban fueron privilegiadas, así como la falta de juzgamiento definitivo de estos casos, contribuyen de forma decisiva para la sensación de impunidad y descrédito institucional que actualmente aflige a la sociedad brasileña. Véase Oliveira, Régis Fernandes de, "Foro privilegiado no Brasil", *Revista do Advogado da AASP,* núm. 99, 2008.

que aún asola algunos rincones donde aparentemente la prohibición parece no alcanzar.[14]

Los abusos cometidos por los políticos, en general, desde el presidente o la presidenta de la República[15] hasta los diputados federales, senadores, diputados estatales, gobernadores de Estado, ediles, intendentes, y la amplia protección de las *inmunidades constitucionales*[16] que encuentran en la *Constitución* —sobre todo los tres primeros, a nuestro juicio—, que tampoco se

[14] Lo que ha obligado al STF, en Brasil, a editar la *Súmula Vinculante núm. 13*: "El nombramiento de cónyuge, compañero, pariente en línea recta, colateral o por afinidad, hasta el 3er grado, inclusive, de la autoridad autora del nombramiento o del servidor de la misma persona jurídica, investido en cargo de dirección, jefatura o asesoramiento, para el ejercicio de un cargo en comisión o de confianza, o, también, de función gratificada en la Administración Pública directa e indirecta, en cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, comprendido el ajuste mediante designaciones recíprocas, viola la Constitución Federal".

[15] A pesar de haber expulsado un presidente de la República por *impeachement* en 1990 (Collor de Mello), la responsabilización de un jefe de Estado antes o después del mandato parece algo muy difícil de suceder, salvo raras excepciones en todo el mundo. Difícilmente leeríamos un reportaje en un periódico brasileño como el que leímos en *Le Monde* de 9 de mayo de 2012, p. 10: "Pour Nicholas Sarkozy, la perspective est particulièrement désagréable: lui qui avait tant tenu a la marquer sa différence avec un Jacques Chirac cerne par les juges risque à son tour, une fois son immunité présidentielle arrivée à son terme- un mois après la fin de son mandat, soit le 15 juin a la minuit- d'être convoqué par des magistrats. Redevenu justiciable ordinaire, M. Sarkozy s'expose en effet, dans les procédures où son nom est cité, a la des convocations auxquelles Il aurait a la répondre en qualité de témoin, de témoin assisté, voire de mis en examen [...]. Dans le volet politique du dossier Bettencourt, instruit a la Bordeaux, le président sortant est soupçonné d´avoir été financé illégalement par le couple de milliardaires lors de sa campagne présidentielle de 2007. L'ancienne comptable des Bettencourt, Claire Thibout, a declare avoir remis à la Patrice de Maistre, alors gestionnaire de fortune, 50.000 euros en espèces. Une somme, à en croire Mme Thibout, destinée à Eric Woerth, trésorier de la campagne de M. Sarkozy".

[16] El art. 53 de la Constitución Federal de 1988 dispone: "Los diputados y senadores son inviolables, civil y penalmente, por cualquiera de sus opiniones, palabras y votos. §1o. Los diputados y senadores, desde la toma de posesión del cargo, serán juzgados por el Supremo Tribunal Federal. §2o. Desde la toma de posesión del cargo, los miembros del Congreso Nacional *no podrán ser detenidos*, salvo en flagrante de delito no afianzable. En ese caso, los autos serán remitidos dentro de veinticuatro horas a la Casa respectiva, para que, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, resuelva sobre la prisión. §3o. Recibida la denuncia contra el Senador o Diputado, por delito cometido después de la toma de posesión, el Supremo Tribunal Federal comunicará a la Casa respectiva, que, por iniciativa de un partido político en ella representado y por mayoría de votos de sus miembros podrá, hasta la decisión final, suspender el curso de la acción. §4o. El pedido de suspensión será apreciado por la Casa respectiva, en el plazo improrrogable de cuarenta y cinco días contados de su recepción por la Mesa Directora. §5o. La suspensión del proceso suspende la prescripción, mientras dure el mandato". La responsabilidad del presidente de la República está prevista en los arts. 85 y 86 de la Constitución Federal de 1988. El cuarto párrafo del art. 86 dispone: "El Presidente de

justifican en la Constitución de un país que se enuncia como un Estado democrático de derecho.[17]

Claro que los abusos en general son cometidos de forma no ostensiva. Por ejemplo, entendemos que un presidente de la República candidato a la *reelección* sin duda resulta favorecido, al tener a la máquina administrativa en sus manos.

En general, de forma deliberada, hay una laguna en la normativa que no solo deja prever un plazo de incompatibilidad, como tampoco establece ningún tipo de restricción al ocupante del cargo que se lanza a disputar la reelección siempre con ventaja, por el simple hecho de estar ocupando el cargo.

Se dirá que no hay cómo evitar la desigualdad en este caso. Discordamos. Un año de distanciamiento (incompatibilidad), por ejemplo, para disputar el cargo, sería una forma de *disminuir los efectos de la manipulación del agente*, por lo demás inevitable.

Otro ejemplo muy común son los abusos cometidos por parlamentarios en el ejercicio de sus mandatos, o incluso antes de ser elegidos.[18]

---

la República, en la vigencia de su mandato, no *puede ser responsabilizado por actos ajenos al ejercicio de sus funciones*".

[17] Asimismo, nos parece equivocada la opción del constituyente federal de 1988 respecto al *voto secreto en caso de proceso de pérdida de mandato de parlamentarios*. No homenajea al principio de la publicidad o de la transparencia. Como afirma el ministro Carlos Britto, del STF, en la acción directa de inconstitucionalidad núm. 2.461-2 de Río de Janeiro, "se olvida que el parlamentario no vota simplemente por sí; él tiene que darle una satisfacción a sus electores o sus representados, diferentemente del elector individual, del ciudadano, que solo da satisfacción a sí mismo". Posteriormente, como sabemos, a causa de la enorme presión popular que hubo a partir del caso del diputado Natan Donadon, el Congreso Nacional terminó por enmendar la Constitución para introducir el voto abierto en las votaciones de casación de mandatos. De lo contrario, con seguridad continuaremos teniendo en Brasil situaciones absolutamente contradictorias y vejatorias, como sucedió en ese caso. Diputados condenados a 20 años de prisión con sus mandatos electivos íntegros, un verdadero disparate lógico, ético y político.

[18] Sobre el tema véase Mendes, Antonio Carlos, "Apontamentos sobre o abuso do poder econômico em matéria eleitoral", *Cadernos de Direito Constitucional Eleitoral,* São Paulo, Imesp, 1998, núm. 3: "o abuso do poder econômico em matéria eleitoral consiste, em princípio, no financiamento, direto ou indireto, dos partidos políticos e candidatos, antes ou durante a campanha eleitoral, com ofensa à lei e às instruções da Justiça Eleitoral, objetivando anular a igualdade jurídica (igualdade de chances) dos partidos, tisnando, assim, a normalidade e legitimidade das eleições". En español: "el abuso del poder económico en materia electoral consiste, a priori, en la financiación, directa o indirecta, de los partidos políticos y candidatos, antes o durante la campaña electoral, ofendiendo a la ley y a las instrucciones de la Justicia Electoral, con el propósito de anular la igualdad jurídica (igualdad de chances) de los partidos, tiznando, así, la normalidad y legitimidad de las elecciones". Y más adelante: "O Congresso deveria assumir a responsabilidade de disciplinar, com minudências, os gastos partidários e eleitorais, entregando à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público os instrumen-

La legislación electoral es, en general, muy permisiva y superficial, lo que posibilita el abuso del poder económico en las elecciones.[19] Además, una vez electos, los diputados y senadores en general obtienen, por sí o por interpuestas personas, concesiones de canales de radio, a veces de televisión, alcanzando ventajas y prestigio en sus ("currais") trincheras electorales.

Todos sabemos que los "propietarios" de concesiones de radio en el interior del vasto Brasil son en su mayoría políticos, directa o indirectamente, a pesar de las normas constitucionales aplicables (arts. 54 y 55 de la Constitución Federal de 1988), que, por lo demás, no contienen prohibiciones expresas al respecto.

Adicionalmente, el flujo de parlamentarios (diputados y senadores) hacia el Poder Ejecutivo, en virtud de la posibilidad abierta por el artículo

---

tos necessários para coibir o abuso do poder econômico, assegurando a lisura e a moralidade dos pleitos eleitorais. Por isso, a proposta de Fábio Konder Comparato guarda absoluta pertinência com a matéria aqui deduzida. Assim, a Constituição Federal deveria abrigar preceito com o seguinte teor normativo: a lei estabelecerá limites de dispêndios, para os candidatos e os partidos, nas campanhas eleitorais, bem como fixará o montante máximo de contribuições que cada candidato é autorizado a receber". En español: "El Congreso debería asumir la responsabilidad de disciplinar, con menudencias, los gastos partidarios y electorales, entregando a la Justicia Electoral y al Ministerio Público los instrumentos necesarios para cohibir el abuso del poder económico, asegurando a lisura y a moralidad de los pleitos electorales. Por eso, la propuesta de Fábio Konder Comparato guarda absoluta pertinencia con la materia aquí planteada. Así, la Constitución Federal debería abrigar un precepto con el siguiente tenor normativo: la ley establecerá límites de gastos, para los candidatos y los partidos, en las campañas electorales, asimismo, fijará el monto máximo de contribuciones que cada candidato está autorizado a percibir".

[19] Es verdad que la edición de la "Ley de Ficha Limpia" ha sido un avance. Sin embargo, también se observan reacciones de abogados especializados en el derecho electoral brasileño. Es el caso, por ejemplo, de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, que compara dichos conceptos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para observar: "A Lei das Inelegibilidades, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana, ao criar uma extensa lista de obstáculos aos direitos políticos, de maneira um tanto assistemática, pretendeu capturar a desonestidade e expurgá-la do cenário do regime democrático. Para tanto, com o objetivo de atingir tal importante desiderato, tentou aprisionar em conceitos objetivos aquelas pessoas indesejáveis para a participação em eleições". Ferreira, Marcelo Ramos Peregrino, "O controle de convencionalidade da Lei de Ficha Limpa-Direitos Políticos e Inelegibilidades", *Dissertação de Mestrado. Orientação do Prof. Dr. Roberto Dias da Silva*, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2014. En español: "La Ley de las Inelegibilidades, según los términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al crear una extensa lista de obstáculos a los derechos políticos, de manera un tanto asistemática, ha pretendido capturar la deshonestidad y expurgarla del escenario del régimen democrático. Para ello, con el objetivo de lograr tan importante desiderata, intentó aprisionar en conceptos objetivos aquellas personas indeseables para participar en las elecciones". Ferreira, Marcelo Ramos Peregrino, *op. cit.*

56 constitucional,[20] no armoniza con el principio de la moralidad administrativa.

El conflicto de intereses y la promiscuidad de las informaciones recibidas en el Ejecutivo (y la relación de origen con el Legislativo), en dichas situaciones, la mayoría de las veces, hace que esa relación de cohabitación sea promiscua e intolerable. Los parlamentarios no dejan sus vínculos de la noche a la mañana al asumir un cargo eventual y transitorio en el Ejecutivo, y lo mismo cuando retornan al Legislativo, con información recolectada en el Ejecutivo.

También, personalmente no aceptamos la posibilidad de que un promotor de justicia (miembro del Ministerio Público Federal o estadual) ocupe el cargo de diputado estatal o federal, por ofensa expresa al principio de la moralidad administrativa.

Hay una *visceral incompatibilidad* entre ocupar el cargo de promotor de justicia, defender los intereses sociales e individuales indisponibles de la población y el orden jurídico y ser, al mismo tiempo, diputado estadual, federal o senador.

Y tampoco se diga que una licencia de la institución que permita al promotor ocupar el mandato parlamentario resolvería el problema. Es evidente que esa no sería la solución. Por idénticas razones, no se admite que el juez (federal o estatal) pueda ocupar otro cargo público que no sea el de profesor universitario.[21]

Son determinadas funciones de Estado en defesa de la sociedad que no admiten la acumulación con otras atribuciones o esferas de intereses fuera de la carrera elegida.[22]

---

[20] Artículo 56. No perderá el mandato el diputado o senador: I) investido en el cargo de ministro de Estado, gobernador de territorio, secretario de Estado, del Distrito Federal, de territorio, de municipalidad de capital o jefe de misión diplomática temporal.

[21] Con compatibilidad de horarios. Aunque reconocemos que también aquí ocurren abusos puntuales. Hay algunos jueces que violan la regla, dando clases en más de una Institución de Enseñanza Superior (IES) o incluso en apenas una (formalmente) dando clase en cursos y en otras IES, percibiendo en efectivo para impedir el control de quien debería fiscalizarlos. Igual sucede en mayor escala con el Ministerio Público. Pero es preciso reconocer que el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) ha hecho un esfuerzo para enfrentar este problema, al contrario del CNMP, que, lamentablemente, no ha encontrado hasta este momento su identidad constitucional, siendo constantemente atraído o neutralizado por las estructuras del (Ministerio Público) en los estados y por el corporativismo de la impunidad.

[22] Desafortunadamente sabemos de la existencia de promotores de justicia que son propietarios de firmas de negocios, cuotistas de sociedades limitadas. Afirman que no ejercen dirección o administración en dichas empresas. Muchas veces, también aquel que alega esa condición es el dirigente intelectual de la empresa, ya sea de índole cultural o científica (educacional) o incluso su verdadero mentor intelectual.

Sin embargo, constatamos la existencia de algunos promotores de justicia que ocupan el cargo de diputados estatales y federales, electos y autorizados por su institución de origen, incluso después de la Constitución de 1988. Estos hechos no armonizan con el principio de la moralidad administrativa tan defendido por el propio Ministerio Público en los foros en todo Brasil.

El Ministerio Público brasileño ha recibido, por primera vez en la historia del país, amplia regulación constitucional. Esta lo define como una institución permanente, esencial para la función jurisdiccional del Estado, y a cuyo cargo está la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.

La Constitución establece como principios institucionales del Ministerio Público la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional. Además de las funciones tradicionales de costos *legis*, fiscal de la ley y promotor de la acción penal pública, de la acción directa de inconstitucionalidad o de constitucionalidad, de la representación interventiva y de las funciones electorales, son nuevas funciones (post 1988) institucionales del Ministerio Público promover la acción de investigación civil pública y la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos.

Corresponde también a la institución velar por el respeto de los poderes públicos y de los servicios públicos a los derechos asegurados en la Constitución, defender judicialmente los derechos e intereses de las populaciones indígenas y ejercer, además, el control externo de la actividad policial.

Por ende, con tantas y tan relevantes competencias, ya no les sería posible a los miembros del Ministerio Público, federal o estadual, "acumular" otras funciones.[23]

[23] Ni siquiera hemos mencionado otro problema también grave, que es el ejercicio abusivo de atribuciones. Hay situaciones, por ejemplo, en que el Ministerio Público no debería actuar porque simplemente no está presente algún interés público o social relevante y, aun así, aquel organismo insiste en intervenir, desperdiciando recursos públicos, humanos y gastando su energía en asuntos meramente privados. Véase, por ejemplo, el caso del fútbol. No obstante, el Ministerio Público discute por medio de acción civil pública los *resultados de campeonatos futbolísticos* bajo pretexto de dar cumplimento al "estatuto del hincha". El periódico *El Estado de São Paulo,* de 10 de abril de 2014 (p. A-27), estampa el siguiente titular: "CBF obtiene victoria en la disputa con LUSA. Tribunal de Justicia de SP niega recurso de Acción Civil Pública instaurado por el promotor XXX [...] La acción civil pública del MP alega el incumplimiento del Estatuto del Hincha en la sanción de la pérdida de cuatro puntos impuestos a LUSA debido a la convocatoria irregular del centrocampista Héverton, lo que provocó el descenso del equipo. Conforme al entendimiento del MP, la suspensión del atleta debería haber sido publicada en la página de la CBF, lo que no sucedió". Se pregunta: ¿cuál

Incluso, además del problema de la acumulación indebida, tenemos hoy una evidente súper afectación de competencias del Ministerio Público que acaba por enyesar la máquina administrativa estatal. Con el pretexto de fiscalizar la Administración pública, muchas veces lo que vemos es una clara e intolerable invasión indebida del Ministerio Público en la gestión administrativa de gobierno, no solo de la administración directa, sino también indirecta, en los diversos niveles de la federación brasileña.[24]

El problema es mucho más grande que la cantidad de atribuciones, se trata de la evidente calidad e importancia de las atribuciones que efectivamente no admiten el ejercicio de otra función, salvo una *única de magisterio.*[25]

---

sería el interés público que justifica la actuación del Ministerio Público en este caso? Felizmente, el Tribunal de Justicia consideró que el MP *no tiene legitimidad para proponer dicha acción.*

[24] Por eso, con razón, el ministro Celso de Mello del STF afirma que las elecciones realizadas por la Administración pública en el ejercicio de competencias administrativas discrecionales no deben ser anuladas o cuestionadas por el Ministerio Público, salvo evidente ilegalidad, desproporcionalidad e inmoralidad administrativa. Sin embargo, en la práctica, lamentablemente el Ministerio Público, en muchos casos acaba *inmiscuyéndose en toda y cualquier política pública* intentando, no pocas veces, sustituir al administrador público en sus legítimas elecciones y criterios técnicos adoptados. Confunde fiscalización con toma de decisión legítima. En algunos casos pretende suprimir totalmente la libertad de que goza la Administración pública indirecta y sus empresas públicas y sociedades de economía mixta para actuar en el cumplimento de sus objetivos estatutarios y jurídicos. En este sentido, *inter-plures*, véase MS 24845, MC-DF Rel. Min. Celso de Mello juzgado el 25 de marzo de 2004 y Resp. 429570, Rel. Min. Eliana Calmon, Resp. 469.475, Rel. Franciulli Netto, juzgado el 13 de mayo de 2003.

[25] Norma también abiertamente burlada sin control por parte de los corregidores del Ministerio Público y de la Magistratura en Brasil. Se sabe que hay jueces y promotores con más tiempo en academias de Derecho, facultades de Derecho, en viajes nacionales e internacionales que en sus puestos de trabajo. Surge siempre la pregunta: ¿cómo consiguen mantener en orden las demandas que están bajo su responsabilidad? Con seguridad no son ellos, sino sus asesores, quienes "juzgan" o quienes opinan, violando así, descaradamente, la Constitución y sus valores. Al final, la Constitución establece también para sus miembros del Ministerio Público garantías y prohibiciones análogas a las de la Magistratura. Su carácter vitalicio, inamovible e la irreductibilidad de sueldos son garantías cuya finalidad es exactamente la de asegurar su independencia *para el ejercicio de sus funciones*, y no para su deleite intelectual o incluso para aumentar sus sueldos con charlas, clases y conferencias, en toda parte del mundo. Ciertamente el Consejo Nacional del Ministerio Público y el Consejo Nacional de Justicia tienen allí mucho trabajo por hacer en el futuro. Debemos dejar claro: apoyamos el perfeccionamiento constante de magistrados, promotores, defensores, procuradores, etc., inclusive por medio de sus respectivas escuelas profesionalizantes. Eso es una cosa, otra, muy diferente es que el magistrado o el promotor dedique más tiempo al magisterio (en una Institución "formalmente" y en otras 10 informalmente), prefiriendo la academia a su institución de elección, por concurso público. Las dos pierden, pues el trabajo seguramente será de pésima calidad en ambas, en la academia y en el Poder Judicial o en el Ministerio Público, Defensoría, procuradurías, etc. Reconocemos que el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) ha

Por este motivo, Generaldo Brindeiro, exprocurador general de la República, cuenta que en 1996 ingresó ante el Supremo Tribunal Federal (STF) con dos acciones directas de inconstitucionalidad contra la *filiación partidaria* de los miembros del Ministerio Público simultáneamente con el ejercicio de sus funciones institucionales.[26]

Y más, promotores de justicia, magistrados, procuradores públicos y defensores públicos no pueden ocupar, a nuestro juicio, ningún otro cargo público o función particular remunerada o de comando, salvo (una única función) en el magisterio superior.

No se debe permitir ninguna excepción a esta regla bajo pena de absoluta subversión al espíritu que debe presidir dichas carreras y sus finalidades institucionales.

V. El caso *Mensalão*

Mensalão es sin duda uno de los más grandes esquemas de corrupción de la historia de Brasil. Involucra a miembros del Congreso Nacional, partidos políticos, dirigentes de organismos de la Administración pública federal directa e indirecta, instituciones financieras y empresas privadas.

El nombre *Mensalão* deriva de pagos periódicos (algunos de ellos realizados mes a mes), de cuantías obtenidas *ilícitamente*, a parlamentarios y partidos políticos, a cambio de apoyo a las propuestas y postulaciones del Gobierno en el Congreso Nacional.

---

avanzado buscando enfrentar el problema. Lamentablemente no podemos decir lo mismo del CNMP. De manera general, hay una comprensión equivocada de la cuestión. Se fija un límite de 20 horas en el magisterio como tolerable para acumular el cargo de profesor con el de promotor de justicia o juez. El tema es mucho más complejo, pues determinado promotor o juez puede tener un vínculo oficial y además otros dos o tres informales en cursos preparatorios, por ejemplo, burlando la regla en su esencia. O también declarar que está dentro del límite de 20 horas (académicas) y ocupar —irregularmente— por incompatibilidad visceral con sus atribuciones constitucionales, un cargo de dirección (administrativa) en facultades de Derecho, percibiendo inclusive horas administrativas además de las horas académicas. O incluso, mantener dos vínculos con horas falsas. O sea, afirma tener 10 horas en cada institución, aunque sumándose, de hecho, el tiempo dedicado a sus alumnos en cursos de posgrado, y otras actividades que ejerce en la(s) academia(s), evidentemente se compromete globalmente y consume mucho más tiempo del que ha declarado, burlando la Constitución. La cuestión, como se ve, no se resuelve tan solo con el control de horas dedicadas a la actividad académica o a sus límites, sino mediante una amplia y exhaustiva investigación de las diferentes funciones y atribuciones efectivamente mantenidas por el promotor o juez fuera de la carrera.

[26] *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)*, São Paulo, vol. 13, 1996.

Se ha constatado que de la indicación político-partidaria para ocupación de cargos de mando en diversos organismos y entidades de la Administración Pública federal, resultaba la captación de recursos públicos mediante sobrefacturación de precios en las contrataciones, recibimiento de sobornos y otros medios espurios. Los recursos captados se destinaban a financiar campañas electorales, atraer parlamentarios y partidos a la base de apoyo del Gobierno en el Congreso Nacional y enriquecer de forma ilícita a los agentes públicos, políticos, empresarios y demás participantes del esquema.[27]

Según Lucas Rocha Furtado, los recursos que alimentaban el esquema del *Mensalão* eran provenientes, en gran parte, de los contratos administrativos celebrados por diversos organismos y entidades de la Administración pública federal con las empresas de publicidad DNA Propaganda Ltda. y SMP&B Comunicaciones Ltda., vinculadas al empresario Marcos Valério Fernandes de Souza.

En un primer momento, en el estado de Minas Gerais, entonces gobernado por el PSDB, el esquema prosperó. Las empresas mencionadas conseguían las principales cuentas del Gobierno estatal y, debido a la influencia de algunos políticos mineros, a partir del 1998, lograron algunas cuentas en la esfera federal.

Del mismo modo, resultando vencedor en las elecciones presidenciales, el Partido de los Trabajadores (PT), con miras a, entre otros objetivos, negociar apoyo político con parlamentarios y otros partidos y pagar gastos de campaña electoral, trató de aproximarse a Marcos Valério, a fin de que el publicista implantara, en la esfera federal, el mismo esquema operado en Minas Gerais.

Firmado el acuerdo, se organizó el esquema de corrupción. En su denuncia, el procurador general de la República desmembró el esquema en tres vertientes de participación: el núcleo central, formado por José Dirceu (entonces ministro jefe de la Casa Civil) y Delúbio Soares, José Genoíno y Sílvio Pereira (en la ocasión, tesorero, presidente y secretario del Partido de los Trabajadores, respectivamente); el primer núcleo operativo y financiero, a cargo del publicista Marcos Valério y de sus empresas, y el segundo núcleo operativo y financiero, formado por la alta dirección del Banco Rural.

Para llevar a cabo el esquema de corrupción, las agencias de publicidad DNA Propaganda y SMP celebraron varios contratos con organismos y entidades estatales federales. En 2003, Marcos Valério también consiguió la importante cuenta de publicidad de la Cámara de Diputados.

---

[27] Furtado, Lucas Rocha, *As raízes da corrupção no Brasil. Estudos de casos e lições para o futuro,* Belo Horizonte, Fórum, 2015, pp. 351 y ss.

En la denuncia, el procurador de la República puso en evidencia la relación de proximidad entre el Gobierno federal y las empresas de Marcos Valério.

En los contratos firmados entre las empresas de publicidad de Marcos Valério y el Gobierno federal se constataron varias irregularidades: evasión de impuestos, mantenimiento de una contabilidad paralela, emisión de facturas falsas para justificar costos en la prestación de los servicios, entre otras. Todas estas irregularidades estaban relacionadas con el mecanismo de recaudación ilícita de recursos dirigida a financiar el esquema de corrupción.

Los hechos se hicieron públicos a partir de la divulgación, por la prensa, de la existencia de una grabación de vídeo en la cual el exdirector de Correos fue atrapado solicitando ventaja indebida para beneficiar a empresarios interesados en entrar en el rol de proveedores de la estatal.

Los diálogos también revelaron una permuta de apoyo político en el Congreso Nacional por cargos y posiciones de mando en empresas estatales y en diversos organismos públicos. En un primer momento se creó una Comisión Parlamentaria de Investigación (2005). Posteriormente, el entonces diputado Roberto Jefferson terminó revelando que el esquema de corrupción del cual participaba no se limitaba a la empresa estatal de Correos, sino, más bien, consistía en un complejo sistema de financiación ilegal de la base de sustentación política del Gobierno en el Congreso Nacional.

Aclaró también que la actuación de integrantes del Gobierno federal y del Partido de los Trabajadores para garantizar el apoyo de parlamentarios a los proyectos de interés del gobierno se realizaba por medio de la asignación política de cargos públicos, que denominó "fábrica de dinero", y por la distribución de una "mensualidad" a los parlamentarios, a la que llamó *Mensalão.*[28]

Lucas Rocha Furtado apunta como razones que propiciaron el fraude: la existencia de fallas en la legislación brasileña, la cantidad excesiva de cargos en comisión (de confianza) en el Poder Ejecutivo y su aparejamiento político. Del ángulo político, la existencia de esquemas de lavado de capital, el desvío de recursos públicos y las fallas en la estructura política brasileña. Haría falta "una reforma política profunda" en la visión de algunos políticos brasileños.

Además de las sucesivas decisiones condenatorias de la justicia en Brasil que involucran a los culpados[29] por estos esquemas, se presentaron varias

[28] *Ibidem*, p. 359.

[29] Excepto los políticos con fuero privilegiado, cuya responsabilización se ha mostrado muy lenta.

propuestas para modificar la legislación, en un intento por evitar que se repitieran tales problemas e ilícitos. Entre ellas destacamos: modificaciones a la Ley de Probidad Administrativa, disminución de la discrecionalidad en las licitaciones públicas, institución del programa de incentivo a revelaciones de interés público, creación del Sistema Nacional de Combate a la Corrupción (SNCC), transformación del Consejo Nacional de Control de Actividades Financieras (COAF) en la Agencia Nacional de Inteligencia Financiera (ANIF), reformulación del actual Sistema Brasileño de Protección de las Informaciones Confidenciales, fin del fuero privilegiado reservado a diversas autoridades federales y estatales, fin de la financiación privada de campañas políticas y más transparencia en la máquina pública.

Lamentablemente, pocas de las medidas propuestas se transformaron en ley y/o en medidas concretas. Otras llegaron, sin embargo, buscando cambiar esa realidad y combatir la corrupción.

Así, por ejemplo:

1. El fuero privilegiado en el Supremo Tribunal Federal aún existe en Brasil. Diputados y senadores cuentan con inmunidad formal y material y solo pueden ser detenidos en flagrante delito no afianzable. Además, su Cámara podrá resolver sobre la pena de prisión (art. 53, párr. 2, de la Constitución Federal).

El régimen anterior era aún más protector, pues el Parlamento debía autorizar la instauración de la acción. Hoy esa exigencia no existe más, pero, aun así, la jurisprudencia del STF resolvió crear una regla equivalente, exigiendo que la policía y/o el Ministerio Público soliciten autorización —al STF— para investigar a quienes gozan de fuero privilegiado. Con ello se reforzó la idea de que existen ciudadanos de clases distintas en el país.

Además de otros inconvenientes, el fuero privilegiado, al prever el juicio de los políticos y otras altas autoridades de la República en el Supremo Tribunal Federal, también es un inconveniente, porque la Corte Suprema ya es un tribunal constitucional con centenas de millares de expedientes y no tiene vocación para juzgar originalmente casos penales complejos que exigen instrucción procesal,[30] que no son raros en los más variados estados de la federación brasileña. La producción de la prueba, los testimonios, en fin, toda la instrucción de un procedimiento penal no es compatible con las

[30] Mientras la Suprema Corte estadounidense juzga 100 casos por año, la brasileña juzga 100 mil.

funciones de una corte constitucional con sede en Brasilia, con 11 ministros. Y ello sin mencionar el riesgo de prescripción en varios procesos.

La materia está en pauta en el STF. Esperamos que en breve surja una interpretación más realista del fuero privilegiado, sobre todo respecto a los titulares de mandato político y una reforma constitucional que reduzca el fuero a un mínimo indispensable a poquísimas autoridades.

2. Se aprobó el fin de la posibilidad de financiación privada en campañas políticas después de una enorme presión popular y de instituciones de combate a la corrupción, incluso de la Orden de los Abogados de Brasil.

Es evidente que la financiación privada de campañas políticas por empresas —normalmente grandes corporaciones— causa problemas de abuso de poder económico, de contratos administrativos firmados tras la elección, y desequilibra las disputas políticas entre candidatos con mayor o menor poder económico.

Pero de ahí a que se prohíba radicalmente la financiación privada directa o indirecta existe una enorme distancia. Entendemos el clamor público que asocia donaciones electorales a la corrupción, pero, personalmente, nunca hemos sido partidarios de la simple extinción de todo tipo de financiación privada.[31]

Creemos que los problemas serían aminorados con la institución de un techo razonable de contribución por parte de las empresas y las personas físicas con fuerte fiscalización de la justicia electoral. Sucede que esta última alega no tener condiciones de realizar auditorías o mejor control sobre las donaciones empresariales. Comienza ahí un círculo vicioso, al prohibirse la donación privada por ausencia de fiscalización adecuada.

Hoy las donaciones empresariales están prohibidas, especialmente a causa de los últimos escándalos. La solución encontrada por el Congreso no

[31] Compartimos el entendimiento de Bruno Speck (minoritario) en el sentido de que "[...] el dinero privado para campañas electorales fortalece la democracia, pero que es preciso que haya reglas para evitar que los partidos se vuelvan dependientes de grandes financiadores [...] Es que en la mayoría de los países, las donaciones hechas por asociaciones y sindicatos son permitidas y son pilares importantes del sistema partidarios saludables [...] Mientras los políticos dependan de un número reducido de donadores para sus campañas, el problema de la corrupción continuará latente" ("Entrevista", *Revista Veja,* 4 de abril de 2006). Váse también Fonseca, Thiago do Nascimento, "Doações de campaña implicam en retornos contratuais futuros? Uma análise dos valores recebidos por empresas antes e depois das eleições", *Revista de Sociología y Política,* vol. 25, núm. 61, marzo de 2017.

agrada a los brasileños porque ha creado una financiación pública millonaria en un país en recesión económica.

El proyecto —que contempla fondos de R$ 4.4 mil millones en la Ley Presupuestaria Anual de 2018— depende todavía de sanción presidencial, aunque todo indica que será aprobado.[32]

Sin embargo, es preocupante la previsión del proyecto que permite a los dirigentes partidarios decidir cómo será distribuido el dinero entre los candidatos, fortaleciendo lo que se ha denominado *caciquismo* político.[33] Los líderes y políticos más fuertes recibirán más recursos que los candidatos con menos fuerza e impacto en el medio político.

3. Modificaciones puntuales en la Ley de (Im) probidad Administrativa (Ley 8.429/1992) y la institución de la Ley de la Ficha Limpia (Ley Complementaria 135/2010).

La Ley de Improbidad Administrativa significó un progreso en el combate a la corrupción porque, de una manera más eficaz, procura evitar y punir el enriquecimiento ilícito de agentes públicos y particulares. Es una ley civil y no penal, que prevé severas sanciones, como la indisponibilidad de bienes y la suspensión de derechos políticos y la pérdida del ejercicio de la función pública; asimismo, tiene a su favor la posibilidad de capturar en sus mallas políticos y particulares, además de no ser alcanzada por la inmunidad penal de los políticos.

En el transcurso de los años, la Ley de Improbidad Administrativa ha sido largamente utilizada por el Ministerio Público para procesar actos de improbidad administrativa en las tres esferas de la federación brasileña.

---

[32] El Plenario de la Cámara de Diputados aprobó el día 4 de octubre de 2017 la creación de un fondo público más para financiar candidatos. La propuesta prosigue para sanción del presidente de la República. Caso sancionado en 2018, cerca de R$ 2 mil millones de recursos públicos serán destinados a los partidos. En la propuesta también consta el fin de la propaganda partidaria (no la electoral) en TV y radio. Siempre fue esa la intención del Legislativo, sobre todo tras la decisión del Supremo Tribunal Federal que prohibió, en 2015, que las empresas continuaran financiando a los partidos y, consecuentemente, a los candidatos. Entre los cambios propuestos se encuentra la liberación de la propaganda pagada en Internet, el *telemarketing* electoral y algunas modificaciones en las reglas de debates electorales en la TV, además de una amnistía de multas ya aplicadas a partidos políticos por la justicia electoral.

[33] Entre las propuestas recientemente aprobadas tenemos un techo de gastos en campañas electorales. Hasta 2014, eran los partidos quienes definían sus gastos. Por la propuesta aprobada que prosigue para sanción o veto del presidente de la República, hay un techo de R$ 70 millones para candidato a presidente, y R$ 21 millones para gobernadores, dependiendo del tamaño del estado.

A su lado tenemos también la llamada "Ley de la Ficha Limpia", fruto de una exitosa campaña de *iniciativa popular*[34] que tuvo al frente el Movimiento de Combate a la Corrupción Electoral (MCCE) y otras organizaciones de la sociedad civil, con el propósito de dar respuestas a la demanda social por un aumento de rigor en los criterios de definición de candidaturas y a la determinación constitucional del artículo 14, párr. 9, de la Constitución Federal, que le cobraba al Congreso Nacional esa providencia.

En síntesis, las hipótesis de inelegibilidad contempladas en la "Ley de la Ficha Limpia" son las siguientes: *a)* condenas judiciales (electorales, penales, o por improbidad administrativa, proferidas por un organismo colegiado; *b)* rechazo de cuentas relativas al ejercicio del cargo o función pública (necesariamente colegiadas, al ser dictadas por el Legislativo o por el Tribunal de Cuentas, conforme o caso); *c)* pérdida del cargo (electivo o de proveimiento efectivo), incluyendo las jubilaciones forzosas de magistrados y miembros del Ministerio Público, y para los militares, la indignidad o incompatibilidad con la oficialía; *d)* renuncia a un cargo público electivo ante la inminencia de la instauración de procedimiento capaz de ocasionar la pérdida del cargo, y *e)* exclusión del ejercicio de profesión reglamentada, por decisión del organismo profesional correspondiente, por violación de deber ético-profesional.

Resulta imposible analizar todas esas hipótesis o mostrar todos los comentarios positivos y negativos alusivos a la ley. Para nuestros objetivos en este trabajo, basta relatar su existencia.

4. Aprobación de la Ley Anticorrupción (Ley 12.846/2013).

Se trata de una nueva ley que dispone la responsabilización administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la Administración pública, nacional o extranjera, y determina otras providencias.

A pesar de la tipificación del delito de corrupción en el Código Penal brasileño, la sociedad acusaba la falta de una norma que también alcance a las empresas involucradas en los varios casos de corrupción, puesto que la pena positivada solo se aplicaba al ámbito personal.

Hasta entonces, la condena de las personas jurídicas en situaciones de delito flagrante consistía apenas en quedar impedidas de participar en licitaciones públicas y celebrar contratos con la Administración (suspensión o declaración de idoneidad).

Finalmente, después de largos años de tramitación en el Congreso Nacional —en flagrante respuesta a las numerosas protestas en la calle ocurri-

[34] Con más de 1 600 000 suscripciones.

das en junio de 2013, que realzaron la corrupción generalizada en todos los niveles de gobierno— e incluso atendiendo a una reclamación internacional, la nueva ley viene a llenar una laguna existente en la legislación brasileña, al alcanzar a las empresas del corruptor, extendiendo las sanciones de los funcionarios públicos involucrados en delitos de corrupción a las empresas donde trabajan.

En síntesis, la norma permite sancionar con penas administrativas y civiles a una empresa considerada corrupta, obligándola, en la práctica, a indemnizar las arcas públicas, además de autorizar, en casos extremos, su extinción forzosa por orden judicial.

La ley, por tanto, adopta el mecanismo de la *responsabilidad objetiva de la* persona jurídica por los actos que atenten contra el patrimonio público, nacional o extranjero, contra los principios de la Administración pública o contra los compromisos internacionales asumidos por Brasil, practicados en su interés, sin necesidad de comprobación de mala fe o negligencia, de la responsabilidad individual de las personas naturales (dirigentes) o cualquier otra persona o partícipe del acto ilícito.

5. La Ley de Delación (o colaboración) premiada y la Ley de las Organizaciones Criminosas.

Tal vez el conjunto de normas penales más importantes para enfrentar la corrupción en Brasil consiste exactamente en estas leyes. Ya desde 1998 contamos con la Ley 9.613, de 3 de marzo de ese año, que dispone sobre los delitos de "lavado" u ocultación de bienes, derechos y valores, reformulada por la Ley 12.683, de 9 de julio de 2012.

Con el surgimiento de la "Operación *Lava Jato*", llevada a cabo por la Policía Federal del Estado del Paraná, involucrando desvíos financieros de gran magnitud de la empresa estatal Petrobras, el instituto de la *delación premiada* fue ganando preeminencia en el transcurso de dicha persecución criminal. Pasó a ser divulgada continuamente, no solo en los medios policiales y forenses, sino también en la prensa, en todos sus segmentos de comunicación.

La *delación premiada* es un instituto de naturaleza penal, puesto que constituye factor de disminución de la reprimenda legal o del perdón judicial, causa extintiva de la punibilidad.

Siguiendo las tradiciones estadounidense e italiana en la materia, el instituto de la *delación premiada* fue introducido tímidamente en la Ley 8.072/1990, que trataba de los delitos "de bando o cuadrilla", posteriormente en la Ley 8.137/1990 y, por fin, en la Ley 9.080/1995, que regula los delitos contra el orden tributario, económico y determina otras providencias.

En otras leyes posteriores encontramos el instituto, por ejemplo, en la ley del delito de drogas (Ley 11.343/2006), en la ley para la protección de víctimas y testigos (Ley 9.807/1999) y en la ley que define "organización criminal" (Ley 12.850/2013).

Michelle Barbosa de Brito[35] explica que la Ley 12.850, de 2 de agosto de 2013, además de haber atendido a una antigua demanda jurisprudencial y doctrinaria por la definición de organización criminal, ha dispuesto, sobre la investigación penal, los medios de obtención de la prueba, las infracciones penales correlativas y el procedimiento penal que se debe adoptar en los casos que involucren al crimen organizado, derogando la Ley 9.034/1995.

Entre los medios de obtención de prueba permitidos en cualquiera fase de la persecución penal, previstos en el artículo 3o. de la Ley 12.850, la delación premiada, bajo la denominación de "colaboración premiada", ha ganado disciplina procedimental en sus artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. Además de los beneficios ya añejos, como el perdón judicial, la reducción de la pena y la sustitución de la pena privativa de libertad por restricción de derechos, se pasó a contemplar la posibilidad de que el Ministerio Público se abstenga de ofrecer la denuncia en caso de que el colaborador no sea el líder de la organización criminal y sea el primero en prestar colaboración efectiva (art. 4o., párr. 4).

Con posiciones divergentes en la doctrina brasileña, el instituto de la delación sigue siendo un poderoso instrumento de investigación.

Junto con él, o a su lado, tenemos también el *acuerdo de lenidad*, en parte inspirado en su homólogo estadounidense *leniency program*, aplicado primero en el ámbito del derecho de la competencia (Ley 12.529/2011), y después en el ámbito penal y procesal penal (Ley 12.846/2013).

Sin duda, la Ley 12.850/2013, al ampliar los supuestos de colaboración premiada, ha generado un incremento significativo en las acciones de investigación criminal. Siguiendo la lógica de que el Estado se beneficia de la contribución de los agentes involucrados en acciones ilícitas perpetradas por organizaciones criminales —lo que posibilita un mayor alcance de su acción represiva—, la norma concede beneficios al colaborador en la medida del auxilio prestado.

Tal como en la legislación *antitrust* (de la competencia), la colaboración premiada[36] inserta el elemento desestabilizador de las organizaciones crimi-

[35] Brito, Michelle Barbosa de, *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade,* Belo Horizonte, D'Placido, 2016.

[36] La colaboración premiada (o delación premiada) es un medio de obtener pruebas en los casos que involucran organizaciones criminales. La colaboración está reconocida en

nales al conceder una significativa ventaja a quien delata a los demás involucrados en el ilícito.

Como bien resaltan Valmir Moysés Simão y Marcelo Pontes Vianna:[37] "[...] incluso los doctrinadores más cautelosos admiten el uso de la colaboración premiada al sopesar su utilidad frente a la lesividad de la actuación de la organización criminal y la dificultad para combatirla".

Sobre el tema, Nucci enseña:

> [...] nos parece que la delación premiada es un mal necesario, pues el bien mayor a tutelar es el Estado Democrático de Derecho. No es preciso destacar que el crimen organizado tiene amplia penetración en las entrañas estatales y tiene condiciones de desestabilizar cualquier democracia, sin que se pueda combatirlo, con eficiencia, despreciándose la colaboración de aquellos que conocen el esquema y se disponen a denunciar coautores y partícipes. En el universo de los seres humanos de bien, sin duda, la traición es desaventurada, más no creemos que se pueda decir lo mismo al trasladar nuestro examen al ámbito del celito, por sí solo, desregulado, opuesto a la legalidad, contrario al monopolio estatal de resolución de conflictos, regido por leyes esdrújulas y extremadamente severas, completamente distante de los valores regentes de los derechos humanos fundamentales.

Para nosotros, inmoral no es "negociar" con corruptos con la finalidad de desbaratar las cuadrillas y organizaciones criminales, sino dejar de descubrir crímenes que devastan el patrimonio público brasileño y mundial.

VI. La operación *Lava Jato*

El 17 de marzo de 2001, varios cambistas estaban siendo investigados por la policía federal y por el juez federal Sergio Moro. El blanco de la diligencia no era Petrobras, sino el dueño de una estación de servicio, ubicada en Brasilia, donde nació el nombre de la "operación *Lava Jato*".

Ya se sabía que el operador principal de aquel esquema de lavado de capital era el cambista Alberto Yousef, que ya había pasado más de dos años en la cárcel y estaba cumpliendo pena en régimen domiciliario. A partir de la investigación de las actividades de Yousef se llegó a Paulo Roberto Costa, exdirector de Petrobras, nombrado en 2004 atendiendo a un pedido

---

tratados internacionales, como las convenciones de la ONU contra el crimen transnacional y contra la corrupción.

[37] Simão, Valmir Moysés y Vianna, Marcelo Pontes, *O acordo de leniência na Lei Anticorrupção,* São Paulo, Trevisan, 2017, p. 94.

del Partido Progresista. Ahí se descubrió el "reparto" de los directorios de Petrobras en el Gobierno petista. Los tres principales fueron adjudicados al PT, PP y PMDB, pero otros partidos también se beneficiaron.

Ambos confesaron sus participaciones en múltiples delitos y delataron a muchas personas, entre ellas a varios políticos y empresarios, que también serían delincuentes contumaces. Paralelamente se descubrió la participación del sector político-empresarial, a partir de las delaciones premiadas y del surgimiento de nuevas pruebas.

En rigor, no solo en Petrobras, sino también en *Mensalão*, el esquema de corrupción, de un modo general, involucra políticos, empresarios, agentes públicos y operadores financieros, que actuaban cada cual, en su núcleo específico, de la siguiente manera:

1. El *núcleo político*, formado por partidos y por sus integrantes, principalmente parlamentarios, quienes indicaban y mantenían funcionarios de alto rango en la Administración pública, percibiendo ventajas indebidas pagadas por las empresas componentes del núcleo económico.
2. El *núcleo económico*, formado por los carteles de empresas que eran contratadas por la Administración pública y que pagaban ventajas indebidas a funcionarios de alto rango y a los componentes del núcleo político.
3. El *núcleo administrativo*, formado por los funcionarios de alto nivel de la Administración pública, quienes eran indicados por los integrantes del núcleo político y percibían ventajas indebidas de los carteles de empresas que componían el núcleo económico.
4. El *núcleo financiero*, formado por los operadores tanto de la recepción de las ventajas indebidas de los carteles de empresas que integraban el núcleo económico como de la transferencia de esos sobornos a los componentes de los núcleos político y administrativo, mediante estrategias de ocultación del origen de dichos valores.[38]

Es cierto que con las delaciones de Paulo Roberto Costa y Yousef el escándalo de Petrobras se hizo público. Como ha dicho el recordado ministro del STF, Teori Zavascki, "a cada pluma que se arranca en el proceso, sale una gallina".

[38] La actuación del n*úcleo económico* era intrínsecamente dependiente de la actuación del *núcleo político*, una vez que este era responsable por indicar y mantener un *núcleo administrativo* en los organismos públicos contratantes volcados hacia la realización de los intereses ilícitos. El *núcleo económico* pagaba ventajas ilícitas a los integrantes del *núcleo político*, ya sea para beneficiarse con contrataciones públicas o para obtener protección política (Proc. n. 54347/2017-GTLJ-PGR-STF).

Se hicieron más de 150 (en 2017) delaciones premiadas,[39] tanto por directivos de la empresa Odebrecht como por políticos y diferentes autoridades. El resultado fue devastador. Fue descubierto el más grande esquema de corrupción hasta entonces visto en Brasil.

El gran esfuerzo de la operación *Lava Jato* —que ha dado origen a centenas de otras investigaciones y procesos penales, además de revelar una tela de relaciones promiscuas entre lo público y lo privado, con graves interferencias en el proceso electoral— ha mostrado al país la posibilidad de una actuación coordinada, rápida y eficiente entre la policía federal, el corregidor general de la Unión, el Ministerio Público y diversos profesionales, como los auditores fiscales y los organismos de fiscalización de la federación brasileña. Hoy la operación *Lava Jato* revela números impresionantes.[40]

Los sobornos pagados se calculan en aproximadamente R$ 6.4 mil millones. La recuperación del dinero desviado ya llega a R$ 10 mil millones, fruto de acuerdos de colaboración premiada y de delaciones premiadas. Hasta diciembre de 2016, ya había 24 sentencias condenatorias contra más de 120 personas, con 1 300 años de penas de prisión. Aun los más escépticos y desconfiados reconocen los méritos de la operación *Lava Jato*, que todavía sigue siendo criticada por no haber alcanzado a todos los partidos políticos de varias ideologías.[41]

Y por lo que toca a la operación *Lava Jato*,[42] también ha contado con el mérito de exponer la corrupción entrañada en el sistema político brasi-

[39] Desde su comienzo, la operación *Lava Jato* en primera instancia condenó a más de 120 personas, mientras que el STF no contaba, hasta 2017, con ninguna sentencia de mérito en esa área. En primera instancia, 259 reos ya fueron acusados. En noviembre de 2016, estaban en curso en el STF, o bajo su dirección, 362 acciones de investigación contra personas que gozan de fuero privilegiado. De estos, 23 acciones estaban tramitando hacía más de seis años. Siete de ellas hacía más de 10 años. Esto muestra que el desastre fue privilegiado.

[40] Y sigue adelante, no se sabe cuándo terminará, pues se ha desdoblado en varias otras operaciones e investigaciones.

[41] Gomes, Luiz Flávio, *O jogo sujo da corrupção,* São Paulo, Astral Cultural, 2017, p. 143.

[42] El reciente testimonio de un exministro de la Casa Civil, Antonio Palocci, de los gobiernos Lula y Dilma, fue devastador en el ámbito de la operación *Lava Jato*. Él atribuyó al expresidente Lula el comando del ataque a los cofres de Petrobras para hacer posible la sucesión de Dilma Rouseff. Súmese a ello la denuncia del procurador general de la República, que coloca al actual presidente Temer en el centro de una organización criminal que opera en el campo de la venta de actos legislativos, contrataciones públicas y acceso a recursos de la comunidad, como el FAT, que dan la dimensión de la degradación política a la que llegamos. Pero tiene razón Oscar Vilhena, quien, al analizar el presente cuadro político, afirma: "Como era de esperarse, las reacciones de involucrados, investigados y denunciados han sido virulentas, cuestionando no solo la integridad de la operación, sino también sus eventuales beneficios para la sociedad. Moralista, selectiva, mesiánica, persecutoria e irresponsable son algunos de los adjetivos atribuidos a las operaciones. En efecto, algunas

leño.[43] Muchos atribuyen parte de los problemas al llamado *presidencialismo de coalición*. En este modelo, el presidente de la República, para gobernar, precisa montar una amplia base de apoyo parlamentario en el Congreso Nacional.

En los primeros años, el sistema ha funcionado de modo razonable y ha garantizado la gobernabilidad del país, pero, con el transcurso del tiempo, se ha revelado un gran balcón de negocios espurios.

Aunque no se pueda atribuir al sistema electoral todos los males de la corrupción[44] —lo que es verdad—, es imperativo modificar el sistema partidario, disminuir el número de partidos; es preciso, además, permitir la renovación del cuadro político brasileño, tal vez con nuevos políticos y candidaturas independientes, hoy prohibidas en Brasil.

También parece importante disminuir la influencia del *marketing* en las campañas electorales que fabrican candidatos y conceptos sin ninguna relación con el mundo real y sus problemas.

---

acciones de los agentes de aplicación de la ley, como fuga de información, escuchas ilegales, extensión innecesaria de prisiones procesales, culminando con una obscura participación de un miembro del Ministerio Público en el acuerdo de delación súper premiada de Joesley Batista, son intolerables. Por eso deben ser anuladas y los responsables debidamente punidos. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado para «no tirar al bebé junto con el agua de la bañera». El juicio del *Mensalão*, así como la operación *Lava Jato*, con todas sus deficiencias, están imponiendo, a duras penas, un nuevo paradigma en la conducción de los negocios públicos en el país. Su naturaleza disruptiva viene colocando en jaque no solo el modelo perverso de aplicación de la ley, que hace siglos asegura la más amplia impunidad a los poderosos de todo género, como también un modelo perezoso, cruel e ineficiente de capitalismo que hace de los contribuyentes, especialmente de los más pobres, las amas de leche de grandes empresarios, como Eike Batista, Marcelo y Joesleys, así como de la camarilla que les sirve de los palacios de la República. Así, las posibles fallas de dichas operaciones, que se deben subsanar, no pueden poner en riesgo los beneficios civilizatorios de dicho movimiento de universalización del gobierno de las leyes". Vilhena, Oscar Vieira, *Folha de S. Paulo,* 16 de septiembre de 2017.

[43] En gran parte, a causa de la *delación premiada* que han hecho varias personas. A partir de estas delaciones, ha sido posible conocer todo un submundo del crimen organizado desconocido por la mayor parte de la población brasileña.

[44] De manera general, podemos decir que la corrupción política se caracteriza por la utilización de bienes o valores públicos para conseguir beneficios o ventajas privadas de cualquiera clase. Los bienes o valores públicos pueden ser de varias clases, por ejemplo, un cargo público para sí o para parientes o amigos, o medios ilícitos de que se utiliza el servidor público (en sentido amplio) para beneficios privados o personales para sí o para terceros que al final lo han beneficiado. Desde el punto de vista conceptual, la corrupción es un fenómeno que trasciende la política y no se agota en determinados momentos históricos; como también no es exclusiva de determinado régimen político. Ella puede ser ampliamente entendida como un conjunto de acciones que rompen con las normas de conducta, transgreden principios éticos, y pueden o no violar a ley. Todos los actos de corrupción se identifican con actos de deshonestidad, aunque no necesariamente cualquier deshonestidad puede ser considerada un acto de corrupción.

Las campañas políticas deben ser reformuladas y también su modo de financiación, con más participación de la justicia electoral, una combinación que estimule al sector privado a que participe en la política, sin corromperla, y al sector público a que contribuya con una parcela de fondos públicos.

La contabilidad paralela de los partidos políticos y empresas (caja 2) surge para financiar al crimen organizado y a los partidos políticos y no acabará con la mera e ingenua prohibición de la financiación privada, *tout court*.

Todos deben contribuir para formar la ciudadanía sin distinción alguna. Evidentemente, se deben establecer límites claros y objetivos, de manera que una o varias grandes corporaciones no financien a la política o solamente a algunos políticos con contratos administrativos millonarios negociados antes y después de las elecciones.

El clientelismo y el fisiologismo todavía marcan el escenario brasileño. Es preciso romper con este ciclo vicioso, ampliar y perfeccionar la misión de los agentes fiscalizadores de la República, condenar la corrupción y la impunidad y educar al pueblo para la ciudadanía.

En fin, como en todo proceso de depuración, no sabemos adónde llegaremos: si habrá reacción de los corruptos, abortando los esfuerzos contra la corrupción —como ha sucedido en algunos países—, o si seguiremos adelante sin miedo.

Flávia Piovesan[45] tiene razón al referir:

> Latinoamérica ostenta el mayor grado de desigualdad del mundo. La pobreza en la región ha disminuido del nivel del 43% al 33,2%, en el período de 1990 a 2008. Cinco de los países más desiguales del mundo están en Latinoamérica, entre ellos, Brasil. No bastando el acentuado grado de desigualdad, la región asimismo se destaca por ser la más violenta del mundo. Concentra el 27% de los homicidios cuando representa tan solo el 9% de la población mundial. Diez de los veinte países con las más altas tasas de homicidio del mundo son latinoamericanos. La seguridad surge como uno de los principales problemas de la región. En encuestas realizadas por el Latino-barómetro, en 2013, sobre el apoyo a la democracia en Latinoamérica, aunque el 5% de los entrevistados consideren la democracia preferible a cualquier régimen, la respuesta afirmativa encuentra en Brasil el endoso de apenas del 49% y, en México, del 37%. De acuerdo con la encuesta, 31 consideran que puede haber democracia sin partidos políticos y un 27% consideran que la democracia puede funcionar sin un Congreso Nacional. La región latino-americana marcada por sociedades poscoloniales ha sido así caracterizada por un

[45] Piovesan, Flávia, *Temas de derechos humanos,* 9a. ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 130.

elevado grado de exclusión y violencia al cual se suman democracias en fase de consolidación. La región sufre con un centralismo autoritario de poder, lo que genera el fenómeno del "*hiperpresidencialismo*" o formas de "*democracia delegativa*". La democratización ha fortalecido la protección de los derechos, sin, con todo, concretar reformas institucionales profundas y necesarias a la consolidación del Estado Democrático de Derecho. La región también convive con las reminiscencias del legado de los regímenes autoritarios dictatoriales, con una cultura de violencia e impunidad, con la baja densidad de Estados de Derecho y con la precaria tradición de respeto a los derechos humanos en el plano doméstico.

Como ven, tenemos muchos retos por delante.

VII. Conclusión

1. La corrupción es tan antigua como el hombre. Hoy se busca implementar estándares comunes capaces de combatir ese fenómeno globalmente y dondequiera que esté presente, tanto en el ámbito público como en el privado.
2. La corrupción dificulta el desarrollo, perjudica el crecimiento económico, gravando a los más pobres desproporcionadamente y minando la eficacia de las inversiones y apoyos financieros; por eso, es preciso que las estrategias de combate sean parte integrante de un modelo de desarrollo formulado para ayudar a los países a erradicar la pobreza.
3. La corrupción existe tanto en países democráticos como en países no democráticos, en países con libertad de prensa y en países con casi ninguna libertad de opinión.
4. La corrupción puede y debe enfrentarse globalmente. Las constituciones democráticas de todo el mundo, inclusive en Latinoamérica, posibilitan, por medio de diversas convenciones, el cambio paulatino de este escenario de corrupción.
5. Es imperativo que haya buena gobernanza, buena administración a nivel local, regional, nacional e internacional, así como amplia participación popular en la fiscalización de la administración y del dinero y de la cosa pública.
6. Información y tecnología son fundamentales para el conocimiento de los problemas y de las soluciones relacionados con el tema de la corrupción.
7. En Brasil no faltan leyes para el combate a la corrupción; sin embargo, seguimos con escándalos y grandes actos de corrupción en el

país. Han surgido, al mismo tiempo, nuevas prácticas anticorrupción y esfuerzos para su combate. Es preciso reforzar mecanismos preventivos para hacer frente a la corrupción.

8. Pocos son los países de Latinoamérica con índices positivos en lo que respecta al control de la corrupción. El poder político y el proceso electoral aún carecen de cambios profundos para lograr más eficiencia y buena gobernabilidad en los países de la región.
9. Todavía no hay mecanismos suficientes que impidan a las personas notoriamente corruptas ocupar cargos y posiciones públicas.
10. La corrupción no distingue el poder. Alcanza a todos los "poderes" políticos sin excepción (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).
11. Las costumbres y las leyes, incluso las de carácter constitucional, no siempre están de acuerdo con los estándares de moralidad administrativa elevados que se exige en el combate a la corrupción en todo tiempo y lugar.
12. La "familia judicial", que debería dar el buen ejemplo de combate a la corrupción, muchas veces cede a una concepción "corporativista de carácter negativo", lo que la hace aumentar.
13. Los casos *Mensalão* y *Lava Jato* son enormes y recientes escándalos de corrupción en Brasil que han minado la credibilidad de los políticos y de varios sectores empresariales.
14. El polémico instrumento de la "delación premiada" ha sido ampliamente utilizado en el combate de las organizaciones criminales en Brasil.

VIII. Los recientes acontecimientos que involucra la operación *Lava Jato*

En una decisión individual, sorprendente e inusitada, el ministro del STF, Edson Fachin, el 8 de marzo de 2021, anuló todos los procesos contra el expresidente Lula, restaurando sus derechos políticos; según afirman, es una supuesta tentativa para proteger al exjuez Sérgio Moro, quien había dictado los fallos en primera instancia.

El argumento utilizado —incompetencia del Decimotercer Juzgado Federal de Curitiba para procesar y juzgar al expresidente— se fundó en que no había conexión directa entre la corrupción y los contratos relacionados con el esquema de Petrobras. El ministro Fachin entiende que las acusaciones contra el expresidente no se restringen específicamente a Petrobras y, por tanto, excederán los límites de actuación del Decimotercer Juzgado

Federal. Las causas, como ha establecido en su decisión, deben proseguir en la Justicia del Distrito Federal, en Brasilia.

De acuerdo con la versión corriente en la prensa brasileña, la Segunda Cámara del STF, que integra Fachin, ya daba indicios concretos de que aceptaría un pedido de declaración de parcialidad del juez Moro, impetrado por la defensa de Lula. Esta circunstancia, en caso de ser confirmada, no solo anularía la principal condena impuesta al expresidente, sino que abriría camino para que otros acusados también escapen del Poder Judicial. Sería, como él mismo manifiesta (Fachin), la implosión total de la operación *Lava Jato*, la contraseña para una "amnistía general" sin criterios, que vendría a confirmar que los poderosos continúan por encima de la ley.

Inconformada, la Procuraduría General de la República (PGR) interpuso recurso al Plenario del Supremo (STF), tratando de revertir el fallo favorable al expresidente. Conforme al entendimiento de la Procuraduría, se debe mantener la competencia del Decimotercer Juzgado Federal de Curitiba, en el estado de Paraná, para juzgar las cuatro acciones penales en curso contra el expresidente, los casos del triplex de Guarujá, de la quinta de Atibaia, de la sede del Instituto Lula y de las donaciones a su Instituto, "con miras a preservar la seguridad jurídica y la estabilidad procesal", y, según argumenta la PGR, se deben mantener las condenas y dar continuidad a los procesos.

Si la Corte no acepta la solicitud de que se mantenga el Decimotercer Juzgado Federal de Paraná como responsable de las acciones penales, la PGR postula que la decisión surta efectos de aquí en adelante, o sea, requiere que sean preservados todos los actos procesales de instrucción y decisión realizados en Curitiba.

Por su lado, la defensa del expresidente Lula ha declarado, naturalmente, que la decisión de la Segunda Cámara del STF "fortalece el sistema de justicia" al decretar la parcialidad del exjuez federal Sérgio Moro, quien condenó al petista en el caso del tríplex de Guarujá.

Algunos puntos de este sorprendente juicio merecen hacer algunas reflexiones. La primera, concerniente al voto del juez relator, es que en la práctica desautoriza no solo su interpretación anterior sobre la materia, sino a todas las instancias del Poder Judicial brasileño que ya habían juzgado al expresidente. Son siete años de trabajo judicial "revocados" por una simple resolución individual, como si jueces de primera o de segunda instancia no valieran nada. El Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región que examinó los fallos del magistrado en primer grado, más de una vez, en varios recursos interpuestos por la defensa, también ha sido sumariamente desprestigiado.

Nadie, tampoco, había acusado a este tribunal, hasta entonces, de haber sido parcial o no independiente.

Lo cierto es que la operación *Lava Jato* tuvo su importancia, alcanzando a políticos y empresarios poderosos; sin embargo, así como ha sucedido en Italia con la "operación *Manos Limpias"*, llegó a su auge y empezó su declive, propiciado por el propio *establishment.*

La operación *Lava Jato* pasó por 80 etapas. Hubo en total 120 delaciones premiadas, homologadas por el propio Supremo Tribunal Federal, que han dado origen al pago de multas, totalizando R$ 1.37 mil millones de reales. *Lava Jato* modificó el juego del poder, insuflando combustible al *impeachment* de Dilma Rousseff, en 2016, hasta ser minada por resoluciones del propio STF y de la PGR. Además, la imagen de la operación fue corroída por la divulgación de mensajes robados por *hackers*, intercambiados entre Moro y los fiscales que actuaban en ella.

El sociólogo y miembro de la Academia Brasileña de Ciencias, Simon Schwartzman, en un artículo publicado en el periódico *O Estado de São Paulo*, edición de 12 de marzo de 2021 (p. A2), comenta:

> Las decisiones de los ministros del Supremo Tribunal Federal (STF) que anularon los procesos de la Operación Lava-Jato por errores formales de jurisdicción o presuntos comportamientos impropios de jueces y promotores, puede ser que sean emanados con convicción, pero no por ello dejan de contribuir a la creciente desmoralización de nuestros tribunales. Esta desmoralización ya se venía acentuando por los sucesivos fallos de jueces "garantistas", que, ante la opinión pública, no pasan de "chicanas" a favor de los procesados por corrupción.

La noción de que sin procedimientos adecuados no se puede condenar a las personas encuentra como una de sus inspiraciones la decisión histórica de *Miranda vs. Arizona*, de la Corte Suprema de Estados Unidos, en 1966, que anuló la sentencia de un criminal confeso porque su derecho a la defensa no había sido debidamente respetado. Esta decisión ha tenido enorme importancia para establecer límites al comportamiento, muchas veces prejuicioso, arbitrario y violento, de la policía en Estados Unidos, que, al igual que en Brasil, tiende a afectar, sobre todo, a las minorías y a las personas más pobres. Comparado con sus beneficios, el hecho de que algunos criminales salgan impunes representa un pequeño precio a pagar.

La otra cara de la moneda es que, para que ella continúe valiendo, se requiere que la gran mayoría de los criminales sea condenada. Es la eficacia del sistema judicial, y no el formalismo de sus decisiones, lo que hace que la sociedad respete y considere legítima su autoridad.

Para lograr ese respeto, el Poder Judicial precisa actuar con equilibrio y sentido común, garantizando las formalidades y sancionando a los delincuentes, sin dejar que un lado prevalezca sobre el otro. En Brasil, ante la falta de una política clara de defensa de los derechos civiles, muchas personas sin recursos son arrestadas y condenadas por presuntos delitos, cuando no asesinadas por la policía, mientras que delincuentes con más recursos consiguen escapar por las brechas formales de la ley.

El Poder Judicial es temido, pero poco respetado, y ello sirve de caldo de cultivo a los movimientos de extrema derecha contra los derechos humanos y en favor de la impunidad de la violencia policial. *Mensalão,* primero, y *Lava Jato*, después, han traído gran notoriedad y legitimidad a la cúpula del Poder Judicial brasileño, que se mostró capaz, por primera vez en la historia, de juzgar y condenar a los políticos y empresarios poderosos, lo que también ha dado legitimidad al STF para administrar las crisis institucionales, que se han vuelto cada vez más frecuentes desde el *impeachment* de Dilma Rousseff.

Dicha legitimidad, sin embargo, se ha venido desgastando diariamente por la percepción, cada vez más clara, de que desde la decisión del STF sobre el fin de las prisiones —a pesar de existir condena en segunda instancia— son las confabulaciones para lograr la impunidad de la clase política de la extrema izquierda a la extrema derecha, pasando por el notorio "centro", y no la defensa de la legalidad de los procedimientos, las que han predominado en las Cortes Superiores de Justicia.

A su vez, la sensación de impunidad y de fuerte retroceso en el combate efectivo a la corrupción en Brasil está latente en todos los poderes de la República. En el Ejecutivo, donde, por ejemplo, a cada momento se "blinda" a los hijos del presidente mediante pactos políticos o por acción de la propia Presidencia de la República; en el Legislativo, repleto de diputados y senadores corruptos o acusados de actos de corrupción, que buscan legislar no a favor de Brasil o de la sociedad, sino con el fin de disminuir las sanciones que habrían de corresponderles,[46] y del propio Poder Judicial,[47] que también

[46] Tramitan en la Cámara de Diputados y en el Senado federal proyectos de ley cuyo objetivo claro es beneficiar a políticos corruptos o acusados de corrupción y delitos similares. Son ejemplos elocuentes de dicho movimiento político: reformas a la ley de lavado de dinero, a la ley de protección de datos penal, a la prisión después de confirmada en segunda instancia, a la ley de improbidad administrativa, de rendición de cuentas no presentada por los políticos y de no reglamentación del nepotismo, permitiendo el nombramiento de parientes.

[47] El Superior Tribunal de Justicia también consolida la fama de ser un verdadero "cementerio de operaciones" de la policía federal, sellando el desenlace de operaciones que han incomodado a políticos y sus familiares, ejecutivos, banqueros y empresas privadas. Desde 2011, las investigaciones de las operaciones *Castelo de Areia, Satiagraha, Boi Barrica* y *"Operación Francia"*, han sido derribadas por determinación de dicho Tribunal. Ahora, el caso de las

se ha mostrado condescendiente en el combate efectivo de la corrupción, salvo honrosas excepciones.

Como dice el profesor de Derecho Joaquim Falcão,[48] consejero de Transparencia Internacional y director de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas (FGV)-Rio:

> El Ministro Edson Fachin volteó la mesa. No la de la Segunda Cámara del Supremo. Allí, perdió. Sino la mesa de las manipulaciones ocultas, de las estrategias procesales en que, bajo el manto de la legalidad, se abandona el combate a la corrupción. El Supremo no juzga si ha habido o no corrupción. El Supremo se esquiva y se esconde delante de los hechos visibles en Brasil. No se zambulle. Se queda en el borde.
>
> Los ministros Lewandowski, Carmen Lúcia y Mendes no han dado respuesta a lo que Brasil quiere saber: ¿*hackear* puede producir prueba? ¿Lícita o ilícita? En la sesión repetían que no se fundaban en las grabaciones. Inexistían, aun estando presentes. Lewandowski dijo que las grabaciones "son tan solo para reforzar la argumentación". Carmen Lúcia dijo: "Repito, no me baso en las interceptaciones". Mendes, con desprecio retórico: "Nada de parloteo de *hackers*". El Supremo duda porque, si declara prueba lícita, fomentará a los *hackers*, en todos los lugares. Mientras tanto […] El ministro Fachin ha enfrentado la cuestión. Se debe investigar las grabaciones *hackeadas*. El Tribunal Regional de la 4a. Región debe abrir un proceso. Ellos no están denunciando a personas o grupos, sino a un sistema de justicia que puede estar lejos de la ética y de las normas que un Estado democrático de derecho requiere.
>
> El ministro Kassio Marqués también ha encarado la cuestión. Declaró que las pruebas *hackeadas* son ilícitas. Lo ha hecho con gentileza, serenidad y con el respeto que un ministro debe a otro ministro. Y defendió su Estado, Piauí, Víctima de agresión grosera. Momento en que me hizo recordar a João Cabral de Mello Neto, poeta pernambucano: "La buena elocuencia es la de hablar fuerte, pero sin fiebre".

Hay que hacer notar que, en ningún momento, ningún pronunciamiento del Poder Judicial abordó la reversión de los juicios (mérito) de los ilícitos y delitos cometidos o atribuidos al expresidente de la República, Lula da Silva.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) —entidad ante la cual Brasil postula su entrada— se muestra preocupada con el fin "sorprendente de la operación *Lava Jato*", el uso de la ley

---

Rachadinhas en el antiguo gabinete del hijo del presidente Bolsonaro, Flávio Bolsonaro, corre el riesgo de llegar al mismo resultado.

[48] Periódico *O Estado de São Paulo*, edición de 24 de marzo de 2021, p. 8.

contra el abuso de autoridad y las dificultades de compartición de información de organismos financieros para investigaciones.

Frente a lo que se ha visto como un retroceso en el combate a la corrupción, la Organización ha tomado una decisión inédita: crear un grupo permanente de monitoreo sobre el asunto en Brasil.

La medida, jamás adoptada respecto a ningún país, representa una escalada en las posiciones de la OCDE, que desde 2019 divulga alertas públicas al Gobierno brasileño y llegó a enviar una misión de alto nivel para conversar con autoridades e intentar revertir acciones de desestructuración de la capacidad investigativa contra prácticas corruptas.[49] Como ha dicho acertadamente el jurista Márcio Cammarosano:

> Em poucas palavras: inacreditável que, depois de tantas investigações exitosas da Polícia Judiciária, que culminou por desvendar o maior esquema de corrupção institucionalizada no Brasil, especialmente, mas não só, na Petrobras, com tantas colaborações premiadas, homologadas até pelo Supremo Tribunal Federal, que ensejaram produção de provas a mão cheia, e condenações de tantos corruptos, muitos dos quais réus confessos, com decisões transitadas em julgado, o próprio STF venha agora, na undécima hora, proclamar o que deveria ter sido proclamado há vários anos, no que concerne à violação do devido processo legal desde o nascedouro com algumas ações penais já julgadas até por Órgãos Colegiados de segunda e terceira instâncias. Sem adentrar no mérito dessas ações, e considerando que os vícios processuais já vinham de há muito sendo apontados, fica aquela sensação que deixou-se passar tanto tempo para que recomeçar tudo agora só venha ensejar a ocorrência de prescrição, ou, quando menos, extinção da eficácia de sentenças condenatórias. Pode haver maior frustração e descrédito na Justiça? Sem embargo, continuo teimosamente a repetir: Em uma República não há intocáveis, observado o devido processo legal.[50]

En español:

> En pocas palabras: es increíble que, después de tantas investigaciones exitosas de la Policía Judicial, que terminaron por desvendar el más grande esquema de corrupción institucionalizada en Brasil, especialmente, aunque no solo en la Petrobras, con tantas colaboraciones premiadas, homologadas incluso por el Supremo Tribunal Federal, que han dado lugar a la producción de pruebas abundantes y condenas de tantos corruptos, muchos de ellos reos confesos, con sentencias firmes, el propio STF venga ahora, a última hora, a proclamar

[49] *Ibidem*, edición de 16 de marzo de 2021.

[50] Publicação no Facebook do professor Márcio em março de 2021.

lo que debería haber sido proclamado hace varios años, en lo que respecta a la violación del debido proceso legal, desde su origen, con algunas acciones penales ya juzgadas, inclusive, por Órganos Colegiados de segunda y tercera instancias. Sin entrar en el mérito de dichas acciones, y considerando que los vicios procesales ya venían siendo apuntados desde hace mucho, queda aquella sensación de que se ha dejado pasar tanto tiempo para que, recomenzar todo ahora solo pueda resultar en el decurso de la prescripción, o, al menos, en la extinción de la eficacia de sentencias condenatorias. ¿Podría haber frustración y descrédito más grande en la Justicia? Sin embargo, continúo repitiendo insistentemente que en una República no hay intocables, observado el debido proceso legal.[51]

[51] Publicación en Facebook del profesor Márcio en marzo de 2021.

LA CONSTITUCIÓN Y EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN CHILE

Francisco ZÚÑIGA URBINA*

SUMARIO: I. *Prolegómenos*. II. *Antecedentes histórico-jurídicos*. III. *Dimensión político-jurídica*. IV. *Prospectivas*. V. *Conclusiones*.

I. PROLEGÓMENOS

El iuspublicista español Francisco Murillo Ferrol recordaba en sus clases de Teoría Política, hace más de tres décadas, un escrito chino más que milenario conocido bajo el título "Mandamientos del mandarín", que rezaba: "Solo lo corrupto perdura". Ciertamente, esa evocación del maestro Murillo Ferrol, propia de su talante ácrata, incita a la curiosidad escéptica, ya que es un tema recurrente la ligazón al poder político y a la sala de máquinas estatal del binomio corrupción-probidad.

También debemos tener presente que la lógica del poder político, de acrecentamiento cuantitativo, nos lleva a aceptar como corrector el predicamento, a veces mal entendido y vulgarizado, de lord Acton, que en un conocido epigrama de su opúsculo "La libertad y el poder" sostiene que "el poder corrompe y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente".[1] En la lógica de Acton, lo corrompido es precisamente esa tendencia al exceso en el poder, que justifica en la historia contemporánea la conformación del Estado como un Estado de derecho.

* Profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, postgraduado en Derecho Comparado por la Universidad Complutense de Madrid y en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, vocal del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, actual vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Director del Instituto Chileno de Derecho Administrativo, vicepresidente de la Sociedad de Derecho Parlamentario y miembro de sociedades científicas de España y Francia.

[1] Dalberg-Acton, John, *Ensayos sobre la libertad y el poder,* Madrid, IEP, 1961.

En consecuencia, a los efectos de nuestro trabajo, el marco general de análisis de la corrupción es el Estado y la función pública (aunque el tema excede al Estado), ya que en el componente ético-político del Estado moderno, merced al constitucionalismo liberal y social, le impone técnicas de restricción y limitación del poder político, como son el principio de legalidad y los derechos subjetivos públicos. Probablemente acierta el iuspublicista alemán K. Loewenstein cuando señala, a propósito de la cratología o ciencia del poder, que el poder es uno de los tres incentivos de la acción individual y colectiva del hombre, junto a la fe y al amor.[2] Luego, no resulta exagerado afirmar una "erótica del poder", que, en la lógica del poder (acrecentamiento), tiene en la corrupción un fruto amargo.

De lo anterior se colige que el binomio corrupción-probidad es un ámbito temático del derecho público, de la ciencia de la política y la administración, disciplinas científicas que aprehenden una parte de la realidad estudiada.

Para el derecho público, el binomio corrupción-probidad guarda relación con la función pública, en especial administrativa, y, por tanto, con los regímenes estatutarios de dicha función, con la legislación penal funcionaria y la disciplinaria. Para la ciencia de la administración, el binomio corrupción-probidad se refiere a conductas encuadradas en la teoría de la organización y de la burocracia.[3] Finalmente, para la ciencia política, el binomio corrupción-probidad está ligado a la burocracia y a la intermediación de intereses en el subsistema de partidos políticos y en el subsistema de los grupos de presión.[4]

En este orden de ideas, el politólogo francés J. M. Denquin señala que la corrupción es un medio de actuación de los grupos de presión en las democracias pluralistas, en el marco de estrategias directas (información, concertación y participación, amenaza abierta y acción oculta) e indirectas (acción de grupos en opinión pública a través de la propaganda, la huelga y el desorden público).[5] Para concluir, el politólogo alemán K. von Beyme liga las estrategias de grupos de presión en cuanto sus medios, a la labor del *lobby* y de *lobbistas*, que, en la mediación de intereses y obtención de decisiones públicas, utilizan como medio la corrupción.[6] Este último

---

[2] Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución,* trad. de Alfredo Gallego, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 23 y ss.

[3] Baena del Alcazar, Mariano, *Curso de ciencia de la Administración,* 4a. ed., España, Tecnos, 2000.

[4] Pastor, Manuel *et al., Ciencia política,* Madrid, McGraw-Hill, 1989, pp. 222 y ss.

[5] Denquin, Jean-Marie, *Sciencie Politique,* Paris, PUF, 1985.

[6] Beyme, Klaus von, *La clase política en el Estado de los partidos,* Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 194 y ss., y, del mismo autor, *Los grupos de presión en la democracia,* Argentina, Belgrano, 1986, pp. 266 y ss.

enfoque de la politología tiene la ventaja de enriquecer el análisis legal formal del derecho público, para introducir un componente dinámico en los sistemas políticos, en los que la corrupción es fruto de la actividad de partidos y grupos de presión privados frente al Estado y su burocracia. Solo desde esta perspectiva podemos comprender adecuadamente la corrupción en su faz activa y pasiva.

Por otra parte, debemos precisar que la corrupción, en su dimensión ético-política, debe estar ligada necesariamente a la función pública y al Estado, lo que lleva a diferenciar la corrupción del oportunismo. El politólogo italiano G. Pasquino, diferenciando estos conceptos, anota que en ambos hay búsqueda de beneficios en la actividad pública sin consideración de principios ideales y morales, pero la corrupción se caracteriza por favorecer los intereses particulares de un grupo o facción más que los intereses personales, esta última finalidad propia del oportunismo en política.[7]

Desde un punto de vista democrático y atendiendo a la normatividad, Warren apunta a la regulación de las instituciones normativas para definir corrupción, partiendo de la base de que las personas deben tener la facultad de participar a nivel institucional e influir en las decisiones colectivas en igualdad de condiciones y contar con iguales oportunidades de influir en el juicio público, donde la corrupción afecta excluyendo de las decisiones a las personas, con el objeto de obtener ganancias o ventajas en perjuicio de la colectividad, específicamente una exclusión engañosa o fraudulenta.[8]

En la indagación etimológica y lexical del concepto corrupción, el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia indica que su raíz es latina: *corruptio, corruptionis,* que en la acepción que nos interesa indica la acción y efecto de corromper o corromperse, importa "alterar y trastocar la forma de alguna cosa", "echar a perder", "sobornar o cohechar al juez o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera", entre otras acepciones. También nos ilustra H. Capitant, en su *Vocabulario jurídico,* con una definición legal-formal de corrupción, a saber:

> Crimen consistente en que un funcionario del orden administrativo o judicial, o un agente o empleado de una repartición administrativa, acepte ofertas o

---

[7] Bobbio, Norberto *et al., Diccionario de política,* México, Siglo XXI Editores, 1995.

[8] Warren, Mark, "What does corruption mean in a democracy?", *American Journal of Political Science,* vol. 48, núm. 2, 2004, pp. 328-343, en Aguiló, Pedro y Nash, Claudio, *Corrupción y Derechos Humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, pp. 18 y 19.

> promesas o reciba donaciones o presentes, para realizar un acto de su función o empleo, aunque sea correcto, pero por el que no deba percibir remuneración; o también por abstenerse de realizar un acto que entraba dentro del ámbito de sus deberes (Cód. Penal, art. 117, aparts. 1 y 2) (corrupción pasiva). Crimen consistente en que una persona cualquiera obtenga o trate de obtener, mediante promesas, ofertas, donaciones o presentes o también usando de vías de hecho o amenazas, de un funcionario público, agente o empleado de una repartición pública, sea un dictamen favorable, o sumarios, estados, certificados o apreciaciones contrarios a la verdad, o lugares, empleos, adjudicaciones, empresas o cualesquiera otros beneficios, o cualquier otro acto que corresponda al cargo del funcionario, agente o empleado, o en fin, la abstención de un acto propio del ejercicio de sus deberes (Cód. Penal, art. 117, apart. 1) (corrupción activa).[9]

También Joaquín Escriche, en el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* define el concepto de corrupción como el crimen del que se hacen culpables los que, estando revestidos de alguna autoridad pública, sucumben a la seducción; como igualmente el crimen que cometen los que tratan de corromperlos; de suerte que la corrupción pueda considerarse como activa y como pasiva: activa de parte de los corruptores, y pasiva de parte de los corrompidos.[10]

II. Antecedentes histórico-jurídicos

Debe señalarse que la primera fuente o los primeros antecedentes sobre la probidad o la honradez que deben tener los funcionarios públicos, como tal, la encontramos en la obra cumbre del derecho común en España: el *Código de las Siete Partidas* de Alfonso X, *el Sabio,* cuya redacción se realizó aproximadamente en 1256, entrando oficialmente en vigencia en 1348.

Las obligaciones de los funcionarios reales podemos encontrarlas en la Segunda Partida, donde está comprendido el derecho político y administrativo del Reino de Castilla. Se da en ella una "idea exacta y filosófica" de la naturaleza de la monarquía y de la autoridad de los monarcas; se deslindan sus derechos y prerrogativas: se fijan sus obligaciones, así como las de las diferentes clases del Estado, personas públicas, magistrados políticos, jefes

---

[9] Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico,* trad. de Ariadna Guaglionone, Buenos Aires, Depalma, 1981.

[10] Escriche, Joaquin, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* París-México, Librería de la Viuda de Ch. Bouret, 1911.

y oficiales militares, encontrándose en su mayoría en el título IX, comprendiendo 30 leyes.[11]

En materia de derecho público republicano destaca en Chile el Plan de Hacienda y de Administración Pública (1820), una preocupación por la probidad funcionaria, proponiéndose la creación de un Tribunal de Cuentas que juzgue las cuentas que debe dar el cuentadante y que "represente enérgicamente a la superioridad cualquier exceso, dispendio o desarreglo […] juzgamiento que no se limita al simple examen del guarismo", sino que limita a la "veracidad y justicia de cada partida, a efecto de que jamás se dispendien fondos públicos" (art. 95). Asimismo, la Constitución de 1818, en su capítulo I, artículo 13, consagra un principio finalista para el servicio civil estatal.[12] Por otra parte, características peculiares tiene la Constitución moralista, de 1823, cuya redacción correspondió al publicista Juan Egaña, y que trasunta confusión en sus ideas político-constitucionales y una preocupación por la moralidad pública, que se extiende a la función pública. De este modo, la Constitución, en su título XI, instituye la calificación y censura en los funcionarios como mecanismos de control del cumplimiento de los deberes de quienes desempeñan función pública, potestad de censura que corresponde a las Asambleas Electorales Nacionales, Provinciales y a los Consejos Departamentales. Corolario de lo anterior es el título XII, sobre "Moralidad Nacional", disponiendo el artículo 249 que

> En la legislación del Estado, se formará el código que detalle los deberes del ciudadano en todas las épocas de su edad y en todos los estados de la vida social, formándose hábitos, ejercicios, deberes, instrucciones públicas, ritualidades y placeres que transforman leyes en costumbres y las costumbres en virtudes cívicas y morales.

De los citados antecedentes constitucionales tempranos del siglo XIX en Chile poco observamos con posterioridad al asentamiento del Estado nacional, en el que sobresalen, junto al *ethos* republicano, instituciones tan centrales como el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas, que han de existir hasta 1925. A partir de la Constitución Política de 1925 y su reforma de 1943, es la Contraloría General de la República —una institución de control de juridicidad de la Administración— la que tendrá como función basal la guarda de la probidad.

---

[11] Quirke, María Teresa *et al.,* "Implicancias jurídicas sobre la corrupción", *XXV Jornadas de Derecho Público,* Valparaíso, Edeval, 1995, t. III, pp. 121 y ss.

[12] Valencia Avaria, Luis, *Anales de la República: textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1951.

Con la transición democrática, a partir de 1990, la probidad y modernización administrativa pasan a ser una preocupación central. Posteriormente, en 1994, frente a la multiplicación de casos de corrupción, que asumían diversas modalidades de ilícito administrativo, civil y penal, el Gobierno creó una Comisión Nacional de Ética Pública, que entregó un informe titulado "Ética pública: probidad, transparencia y responsabilidad al servicio de los ciudadanos". Tal Comisión estaba integrada por destacados hombres públicos. Fruto de la labor de dicha Comisión fueron los diversos proyectos de ley, e incluso de reforma constitucional, de reconocimiento de principio de probidad funcionaria y de transparencia, y de sanciones y desvalor de la corrupción y otras conductas funcionarias desviadas o disfuncionales, que no llegarán a prosperar. De tal experiencia fructificó un paquete legislativo cuya máxima expresión es la "Ley sobre Probidad" de 1999.

El citado informe acepta que el fenómeno de la corrupción, en cierto sentido, concierne a la función pública y a la infracción de normas legales o reglamentarias que las regulan. Asimismo, dicho documento adopta una concepción funcional de la corrupción pública, reconociendo esta cuando

> [...] un agente público en el ejercicio de sus funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye una función pública y la violación de las normas que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado.

Como resultado, la Comisión propuso el fortalecimiento de la ética pública a través de darle rango constitucional a principios de probidad pública, responsabilidad, transparencia y publicidad del patrimonio, y un desarrollo legislativo a través de un Código de Probidad Pública.

Asimismo, la Comisión Nacional de Ética Pública hace en su informe un conjunto de propuestas de *lege ferenda*, a saber:

1. Un estatuto de la función pública que asegure la imparcialidad e independencia de los agentes públicos, en especial frente a conflictos de intereses entre privados o entre lo privado y lo público.
2. Afinamiento y profundización de herramientas o instrumentos de control para prevenir la corrupción, como las comisiones de investigación.
3. Regulación de los contratos y licitaciones estatales. Incluso en el derecho comparado podemos encontrar legislaciones modelo, en su perfección técnica en esta materia, como la española, de reciente data.
4. Perfeccionamiento del sistema penal para dar cuenta del fenómeno de la corrupción, recogidos hoy en el Código Penal como prevarica-

ción o cohecho (arts. 223, 248-250 del Código Penal), incluyendo el delito de negociación incompatible y de tráfico de influencias, ya que nuestra legislación es anticuada e insuficiente en este campo.

5. Financiamiento de la actividad política, sea de los partidos políticos o de sus campañas, y también regulando ingresos y gastos de estos con transparencia. En ese momento, la Comisión le prestó una especial atención al alto costo de las campañas políticas en Chile como una fuente potencial de corrupción, ya que los aportes o donaciones provienen de grupos de presión e interés o simplemente de empresarios o banqueros nominados.
6. Control social y prevención de la corrupción, que supone, en definitiva, formar opinión pública acerca de los principios ético-públicos de la función pública.

En cumplimiento de lo propuesto por dicha Comisión surgieron diversas modificaciones legales, entre ellas, la Ley No. 19.653, sobre Probidad Administrativa, de 1999, que incorporó modificaciones a varias normas, y la Ley No. 19.645, de 1999, que modificó el Código Penal en lo relativo a los delitos de funcionarios públicos.

Posteriormente, en 2006, diversas proposiciones fueron entregadas por el Grupo de Trabajo sobre Probidad y Transparencia conducentes a favorecer la eficiencia, objetividad, responsabilidad pública y calidad profesional de la gestión del Estado. Si bien no se refieren directamente a la corrupción, sin duda las materias que trata van orientadas a fortalecer la confianza ciudadana en la función pública y fueron medidas que aportaron en la anticorrupción, las más importantes:

1. Acceso a la información pública para mejorar la transparencia y probidad en la gestión pública, favoreciendo el control social. En esto se privilegia la iniciativa pública, expresada en el deber de los Estados de poner a disposición del público la información relevante, así como una mayor precisión a través de una ley especial para hacer efectivo el derecho ciudadano de acceso a la información pública.
2. Creación de un órgano autónomo, con rango constitucional, de acceso a la información pública con competencia que alcance la totalidad de los órganos del Estado, basado en el principio constitucional de la publicidad como parte de las Bases de la Institucionalidad.
3. Reformas al sistema de alta dirección pública, mejorando los procedimientos de concurso público e incorporando nuevos órganos y servicios en dicho sistema.

4. Sobre el financiamiento de campañas y partidos políticos, reforzar la transparencia en la relación entre el dinero y la política, afinar los ilícitos y sanciones a la ley electoral, mejorar la fiscalización electoral y mayor control de aportes privados y anónimos.
5. Reforzar el sistema de control del Estado, redefiniendo las funciones de control y revisión de la organización y procedimientos de control de la Contraloría General de la República.
6. Un sistema de protección al denunciante de buena fe, comisiones de ética o buenas prácticas parlamentarias, regulación del *lobby* y perfeccionamiento de las compras y contratación pública.

Ese mismo año 2006 fue promulgada en Chile la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la que, si bien no incluye definición expresa de dicho término, sí contiene conductas y medidas que se proponen para combatir "más eficaz y eficientemente la corrupción", entre ellas, medidas preventivas como la formulación y aplicación de políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción, "que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, transparencia y la obligación de rendición de cuentas" (art. 5o.) con el establecimiento de órganos que apliquen dichas medidas y que tengan la independencia necesaria para desempeñar sus funciones sin ninguna influencia indebida (art. 6o.).

Otras de las medidas propuestas tienen relación con el sector público y sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de funcionarios, basados en principios de eficiencia, transparencia, con remuneración adecuada, capacitaciones, sistema de responsabilidad y disciplinarios, contratación pública, entre otros.

Asimismo, se consideran medidas para aumentar la transparencia en la Administración, en la organización, funcionamiento y procesos de decisiones del Estado (art. 11), entre otras:

1. La instauración de procedimientos que permitan al público obtener información de la Administración pública y de los procesos de adopción de decisiones.
2. La simplificación de los procedimientos administrativos cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de las decisiones.
3. La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en la Administración.

Por último, destacamos las medidas que se recomiendan sobre la participación de la sociedad civil en relación con la prevención y lucha contra la corrupción, así como para sensibilizar a la opinión pública respecto de la existencia y gravedad de esta, siendo medidas como:

1. Aumentar la transparencia y promover la contribución de ciudadanos en los procesos de adopción de decisiones.
2. Garantizar el acceso a la información.
3. Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción.
4. Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción.

Es evidente que estas medidas no pueden ser recogidas en la Constitución, pero sí en los principios basales, desde los que se puede regular de forma específica en otras leyes.

Finalmente, como experiencia más reciente en grupos de trabajo sobre corrupción, no podemos dejar de mencionar al Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, de 2015 (también conocida como "Comisión Engel"), partiendo del diagnóstico de la presidenta Michelle Bachelet, quien afirmó que

> [...] hemos visto cómo algunos usan el poder de su dinero para influir las decisiones de la democracia, es decir, para influir las decisiones que nos afectan a todos. Y hemos visto también cómo algunos usan la influencia que otorgan los cargos democráticos y públicos, que están para servir a todos los ciudadanos y ciudadanas, para obtener ventajas personales.[13]

Tal Consejo recomendó numerosas propuestas respecto a los siguientes temas: *a)* prevención de la corrupción; *b)* regulación de conflictos de interés; *c)* financiamiento de la política para fortalecer la democracia; *d)* confianza en los mercados, y *e)* integridad, ética y derechos ciudadanos.

III. Dimensión político-jurídica

La experiencia comparada permite establecer ciertas áreas de la función pública más susceptibles o expuestas a la corrupción, donde los conflictos

[13] Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, Informe final, Santiago de Chile, 24 de abril de 2015, p. 28.

de intereses entre lo público y lo privado están mal, insuficiente o inadecuadamente regulados y controlados. Esta incertidumbre induce o facilita el soborno, y el cohecho asociado a contratos, licitaciones, operaciones de comercio exterior, franquicias aduaneras, créditos públicos, procesos judiciales, beneficios de política social, entre otras, y que contribuye al traspaso ilegítimo, mal uso y apropiación indebida de bienes estatales y fondos públicos, al nepotismo, el clientelismo y las malas prácticas electorales. Estas prácticas corruptas coadyuvan a la inestabilidad política, anomia, enriquecimientos ilícitos de agentes públicos, desmoralización, entre otros factores que dibujan un cuadro preocupante y que repugna a la idea de un Estado de derecho y de una democracia estable.

Respecto al caso chileno, podemos decir que ha existido un avance en transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas que son fundamentales en la lucha contra la corrupción; sin embargo, el deterioro de la percepción ciudadana sobre la probidad en la función pública se ha visto gravemente afectada por los casos de corrupción conocidos en el último periodo, en los cuales se han dado a conocer diversas situaciones de aprovechamiento individual (o grupal), en su mayoría económico.

Las normas que en el ordenamiento chileno se ocupan actualmente del combate contra la corrupción pueden encontrarse principalmente en la Constitución, establecidas como principios. Pero fuera de la carta fundamental también existen otras normas que se relacionan directa o indirectamente con la corrupción, entre ellas el Código Penal, que regula los delitos contra la fe pública (falsificación de instrumentos públicos y privados), delitos que pueden ser cometidos por funcionarios (prevaricación, malversación de caudales públicos, fraude, exacciones ilegales, enriquecimiento injustificado y cohecho); en leyes especiales, tales como la Ley No. 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley No. 20.285, de 2008, sobre acceso a la información pública, Ley No. 19.863 de 2003, sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la Administración pública y da normas sobre gastos reservados, Ley No. 19.653, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado, Ley No. 20.205, que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas a la probidad, Ley No. 20.730, que regula el *lobby* y las gestiones que representen intereses particulares ante autoridades y funcionarios, entre otras.

Por su parte, la Constitución nacional, reformada en 2005 y en 2010, contiene normas trascendentales en el combate contra la corrupción, particularmente el artículo 8, sobre el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas, el principio de publicidad de los actos y resoluciones

de los órganos del Estado —incorporado con la reforma constitucional de 2005— y la obligación de ciertas autoridades de declarar sus intereses y patrimonio de forma pública luego de una reforma en 2010, a través de la Ley No. 20.414. El artículo señala:

> Artículo 8o. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.
>
> Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.
>
> El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.
>
> Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

La probidad es un principio ético-político que se aplica a la función pública y que se refiere a la integridad en el cumplimiento de las obligaciones y deberes propios a los cargos públicos. Correlato de la probidad es el principio de responsabilidad, que permite asociar la inspección pública de la actividad del agente público y la sanción de este frente a la infracción de la ley o de los reglamentos. El principio de transparencia o publicidad comprende al agente, la gestión y los actos públicos, por lo que tiene particular importancia en el campo de la contratación de la Administración, contratos administrativos y de las concesiones. Por último, la publicidad del patrimonio y los intereses de los agentes públicos es imperativo de la probidad.

Otras de las normas constitucionales que contienen principios y herramientas concretas relativas al binomio corrupción-probidad, y sistemas de responsabilidad y control son:

1. El artículo 1o., inciso cuarto, de la Constitución, que consagra una concepción personalista del Estado, de suerte que este, como sistema de potestades y sus recursos, están al servicio de la persona humana, de sus grupos y de la sociedad civil en su totalidad.
2. El artículo 52 de la Constitución, que consagra la función de control político de la Cámara de Diputados, que se verifica a través de diver-

sos instrumentos de inspección e información de los actos de Gobierno, sean actos políticos o de la Administración.
3. Los artículos 58, 59 y 60 de la Constitución, que establecen incompatibilidades e inhabilidades en el cargo parlamentario.
4. Asimismo, el artículo 79, que consagra la responsabilidad y sanciones al cohecho y prevaricación de jueces.
5. El artículo 98 de la Constitución, que consagra la Contraloría General de la República como tribunal de cuentas y asigna la función de velar por la integridad del patrimonio público (Ley No. 10.336).
6. El artículo 38, inciso primero, de la Constitución, que se remite a la Ley Orgánica Constitucional en materia de organización de la Administración del Estado y de principios de la función pública administrativa (Ley No. 18.575 y Ley No. 18.834), que consagran de forma explícita normas sobre probidad y ciertas obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades.

De lo expuesto podemos colegir una reflexión conjetural: el binomio corrupción-probidad en el sistema de responsabilidad y de control en vigencia tiene en la *lege lata* una completa regulación, que ha sido mejorada por diversas leyes especiales que ya tuvimos oportunidad de mencionar, por lo que se requiere ajustar e imprimir decisión política en la prevención y sanción de la corrupción en la función pública. Las propuestas planteadas por el Consejo Asesor son valiosas y el avance es del 62%[14] de ellas, pero de nada sirven si no operan los instrumentos y controles previstos en el ordenamiento vigente, de manera que no se transformen en "espadas oxidadas" de un Estado de derecho incapaz de hacer efectivos los principios ético-públicos básicos, como la probidad, transparencia, responsabilidad y publicidad de la función pública.

A lo mejor la clase política adolece de cierta complacencia frente al fenómeno de la corrupción, aceptando como cierto lo que señala el *ranking* internacional de transparencia, que, en la escala de 10 a 100,[15] en 2016 posicionó a Chile con 66 puntos (Transparency International), complacencia peligrosa que lleva a la indolencia, que es el principio de la generalización del fenómeno y que se evidencia en la baja constante del índice, demostrando que año con año aumenta el nivel de corrupción.

[14] Cifra entregada por el Observatorio Anticorrupción de Ciudadano Inteligente y Espacio Público.

[15] Desde 1996 y hasta 2011, el puntaje máximo era 10, siendo 1 el mayor riesgo de corrupción y 10 el menor riesgo de corrupción. A partir de 2012 cambió la metodología y el puntaje máximo es 100, siendo 10 el mayor riesgo de corrupción y 100 el menor riesgo de corrupción.

IV. Prospectivas

En la última década, la financiación ilegal de la política, corrupción, cohecho, conflicto de interés, tráfico de influencia, evasión tributaria, colusión, apropiación ilícita y uso indebido de información privilegiada son todos términos que abundan en los medios y que se han convertido en parte del lenguaje en uso y del paisaje institucional.

Lo anterior se inserta en un cuadro que es la "sociedad de la desconfianza"[16] y una cierta "anomia electoral", visibilizada en el deterioro de la confianza ciudadana hacia la política, las élites y la clase dominante. En efecto, el porcentaje de personas que dice tener mucha o bastante confianza en el Gobierno, el Congreso Nacional, los partidos políticos y los empresarios, respectivamente, ha caído a la mitad en los últimos 15 años (encuesta CEP).

El cuadro descrito someramente obligó a una respuesta política: la creación del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. El trabajo del Consejo estuvo permeado por la idea de que estos problemas guardan íntima relación con debilidades de nuestra institucionalidad, y también por la idea de que había que aprovechar la crisis para echar a andar una agenda de probidad completa que abarcara la política y los negocios.

El Consejo propuso más de 200 medidas en las áreas siguientes: prevención de la corrupción, regulación de los conflictos de interés, separación entre el financiamiento de la política y los negocios, fortalecimiento de las herramientas para un mejor funcionamiento de los mercados, y otras ideas enderezadas a una mayor integridad y ética en nuestra sociedad.

Hay tres grupos de propuestas en el informe de la Comisión para una mayor probidad en los negocios que quisiera destacar en este espacio: una mejor regulación de la "puerta giratoria"; mayores atribuciones para que las agencias fiscalizadoras puedan ejercer su labor con eficacia, y el fortalecimiento de los gobiernos corporativos de las empresas.

La "puerta giratoria" se refiere al ir y venir de personas entre cargos legislativos o regulatorios y empresas privadas con y sin fines de lucro que operan en el sector bajo regulación. Puerta que es complementaria de las "sillas musicales" que operan al interior del Estado. En una dirección se trata de un parlamentario, un alto funcionario del Gobierno o la Administración, o una entidad fiscalizadora que deja el sector público para tomar un cargo relevante (director, gerente, inversionista, consultor o *lobbista*) en

[16] Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2008.

el sector que ha regulado. En la dirección opuesta se trata de un ejecutivo o *manager* de alto nivel de una empresa regulada que toma un cargo en el Gobierno, la Administración, el Congreso Nacional o en una entidad fiscalizadora. Una "puerta giratoria" que gira sin resguardos permite beneficiar a un ex o a un potencial empleado, y también utilizar información sensible que se obtuvo en el cargo. Así, permite obtener ventajas privadas por el hecho de haber ostentado un cargo público y no es distinto a recibir un premio o emolumento.

El mayor desafío de la regulación de la "puerta giratoria" es lograr un balance entre atraer a personas altamente capacitadas al Estado —protegiendo también la libertad del trabajo— y prevenir conflictos de intereses para que los agentes públicos actúen con imparcialidad e independencia.

El Consejo también propuso ampliar el conjunto de agentes sujetos a incompatibilidades posterior al desempeño del empleo público, definiendo un periodo de "enfriamiento" en el que no se puede tomar cierto cargo en el sector privado ni mantener propiedad o emprendimiento en el área; todo asociado a compensaciones y sanciones; más un sistema de vigilancia o fiscalización. En cuanto a las entidades fiscalizadoras, el Consejo consideró necesario dotarlos de herramientas más eficaces para el examen del cumplimiento de normas. Sin supervisión ni seguimiento es difícil que haya disuasión y se apliquen sanciones efectivas. En lo sustancial, el informe propone dar nuevas competencias a los organismos que fiscalizan y persiguen ilícitos. Ellas deben ir de la mano de una mayor independencia, por lo que también se sugirió modificaciones a su gobierno corporativo y la forma en que se designa y/o remueve a sus autoridades.

Como nuevas atribuciones está el permitir que estas entidades fiscalizadoras puedan compartir informaciones sensibles de manera rápida y efectiva, y que cuenten con las facultades intrusivas y una mayor fortaleza normativa.

En el ámbito de los negocios y la economía, se propuso fortalecer la delación compensada y los programas de protección a informantes para potenciar las denuncias y autodenuncias, herramientas que han sido reconocidas internacionalmente como efectivas en la detención y persecución de delitos; y junto a ello incrementar las multas o sanciones pecuniarias.

Para concluir, el Consejo propuso una serie de medidas para fortalecer la eficacia de los gobiernos corporativos de las empresas, de los mecanismos de autorregulación y los de procesos de auditoría interna y externa para prevenir que ocurran conductas ilícitas, y para detectar fraudes y corrupciones al interior de las empresas. Entre las propuestas se encuentra la definición de estándares y reglamentos sobre transacciones u operacio-

nes relacionadas y transacciones no habituales con las donaciones, y la política de remuneración e incentivos a ejecutivos, incluyendo las formas de pago.

En suma, se busca recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones y organizaciones que sustentan nuestra democracia, y el modelo de desarrollo económico y, de esta manera, la agenda de probidad sale de los confines del Estado para entrar a la economía y la sociedad. Se trata de una agenda compleja porque abarca gran diversidad de temas. Pero también lo es porque significa exigir estándares más altos de probidad y transparencia que los actuales y, más importante, implica ceder poder y privilegios.

La legislación reciente sobre conflictos de interés, *lobby*, fideicomiso ciego, entre otros, en el Estado y en su relación con lo privado, lo público o sobre la institucionalidad de los mercados regulados (valores, seguros, banca, finanzas), que aquilata en la creación de la Comisión de Mercado Financiero, que viene a reemplazar a las Superintendencias de Valores y Seguros y, a futuro, a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, se fundan en su diseño de las ideas fuerzas de la Comisión Engel, que sumariamente hemos recogido.

V. Conclusiones

La corrupción, como fenómeno, ha sido común en diversos países de la región, y en Chile durante los últimos años ha golpeado fuertemente la confianza en la política de la opinión pública y la ciudadanía, afectando gravemente el sistema democrático en una especie de desencanto con el poder, las instituciones y la clase política. Los bullados casos *Penta, Milicogate Caval, Soquimich,* y el fraude en *Carabineros* ha afectado el nivel de confianza de la ciudadanía, aún más cuando se trata de la relación de la política y cuestiones económicas.

Sumado a ello, el problema de la corrupción genera preocupación más allá de la economía y la política, por los efectos que esta provoca en el funcionamiento del sistema político democrático y, en especial, en el goce de derechos, que puede ocurrir de forma masiva cuando se trata de una barrera estructural o de forma individual, afectación que en todo caso puede divisarse de forma clara cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales.

La preocupación por el tema de la corrupción pasa ya no solo por el plano político más central, sino también en relación directa con los ciudada-

nos, lo que queda evidenciado cuando el 22% de la población asegura haber pagado un soborno o haber hecho un regalo a un funcionario para obtener un servicio o documento, o cuando el 80% afirma que la corrupción ha aumentado en el país.[17] La democracia contemporánea debe enfrentar el desafío de recuperar la confianza ciudadana, hacer frente a la corrupción y poner fin a los problemas que genera en el Estado de derecho, lo que debe considerarse como prioridad ante la urgencia de la baja participación política en nuestro país y la desigualdad en la sociedad chilena.

Se debe avanzar no solo en la prevención de los casos de corrupción, sino también en la capacidad de persecución de los delitos asociados a este fenómeno. En efecto, en Chile, las penas para delitos contra la probidad son bajas en comparación con las establecidas por otros países y con las recomendaciones y estándares fijados por organismos internacionales, existiendo vacíos legales, debilidad en la fiscalización y falta de personal especializado en las policías y Ministerio Público. Tampoco se hace seguimiento de la incidencia de los delitos de corrupción.[18]

El debate nacional actual, sin duda, se ve permeado por los diversos conflictos de interés y casos de corrupción que han salido a la luz, por lo que diversas voces han abogado por la reparación de las instituciones y la corrección o inclusión de aquellas normas que permitan una mayor correspondencia con la probidad pública. Sin embargo, no debe olvidarse que, como norma fundamental, la Constitución fija las reglas básicas del sistema político y de la convivencia social, la protección y garantías de los derechos fundamentales (que, como vimos, pueden verse afectados por los actos de corrupción) y, por tanto, puede contener principios como los de probidad, acceso a la información pública y transparencia en la actuación de los órganos de la Administración y el correcto ejercicio de las funciones públicas, que son la base en la lucha contra la corrupción, abandonando la herencia del régimen autoritario que aún pesa en el ordenamiento.

La recepción constitucional y legal de una panoplia de normas e instituciones que aseguren la probidad y permitan combatir la corrupción debe acompañarse de una sólida participación ciudadana en la vida política y la recuperación de las confianzas, así como del pleno respeto y garantía de los derechos fundamentales, incentivando una cultura del *accountability*, de con-

---

[17] Transparencia Internacional, "Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe", *https://www.transparency.org/whatwedo/publication/las_personas_y_la_corrupcion_america_latina_y_el_caribe*.

[18] Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, *cit.*, p. 46.

trol social del poder político por la opinión pública, de una ciudadanía vigilante y que pueda denunciar de forma protegida en una democracia plena, más allá de la representación política.

En este sentido, vuelve a tomar fuerza la propuesta de una Defensoría del Pueblo (*Ombudsman)* como un órgano autónomo, considerando la vulneración o la facilitación de violación de derechos que ocurre con la corrupción, actuando como promotor de derechos y ejerciendo acciones en su defensa. A esto es importante agregar, como medida, que los medios de comunicación deben transformarse en colaboradores veraces y objetivos en la tarea de denunciar responsablemente los hechos de corrupción.

Además, se debe cultivar una sólida ética funcionaria que ponga énfasis en los principios básicos del servicio público: honradez, fidelidad, veracidad e integridad, así como modificar los procedimientos de control ya existentes, a fin de alcanzar con ellos brevedad, imparcialidad y prontitud en el establecimiento de responsabilidades y sanciones.

En una estructura fiel a los valores y principios de la democracia constitucional, el fenómeno de la corrupción debe ligarse a los principios estructurales de Estado de derecho. En efecto, en el Estado de derecho fundado en los principios de imperio del derecho, de legalidad, de separación de poderes y de protección de los derechos fundamentales se elige una fórmula jurídico-política para imponer limitaciones y garantías al poder político y fijar un dique al proceso de acrecentamiento cuantitativo y cualitativo del poder; en suma, un dique a la corrupción del poder y de las instituciones, en sentido lato, y un dique a la corrupción en la función pública estatal, en un sentido estricto. Como nos recuerda Bielsa: "La república es la estructura jurídica, institucional, la concreción moral de la ciudadanía".[19]

Desde la perspectiva de la democracia pluralista, cabe señalar que el fenómeno de la corrupción imprime su huella a la actividad de los partidos políticos y de los grupos de presión e interés; es decir, siendo la corrupción un fenómeno con dos caras —activa y pasiva—, siempre habrá un corrompido y un corruptor, un agente público y un agente privado, en la trama de la conducta desviada y que infringe los principios de probidad, responsabilidad, transparencia y publicidad. El redimensionamiento del Estado, de uno empresario y de servicios a uno regulador, impone nuevos desafíos frente al fenómeno de la corrupción, ya que existe una fuerte dialéctica de lo público y de lo privado en la organización actual del poder.

Así, desde la Constitución se propicia un Estado que, a partir de su estructura, tienda su interés hacia lo público y lo social, al vicariato en el

[19] Bielsa, Rafael, *Democracia y República,* Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 129.

ejercicio del poder, al servicio público, al bien común y no al individual, que desincentive las conductas corruptas o desviadas de funcionarios y de la Administración, superando la crisis de legitimidad y de la relación del dinero y la política, involucrando en esta tarea nacional a todos los actores del país, en una suerte de "patriotismo republicano".

LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: UNA TAREA HISTÓRICA INCONCLUSA

Julio César Ortiz Gutiérrez*

Sumario: I. *Introducción*. II. *La evolución política y normativa de la carta política de 1991*. III. *Los contenidos sustanciales de la Constitución vigente*. IV. *La realidad de la lucha contra la corrupción*. V. *Las reformas constitucionales y legales*. VI. *Una perspectiva reciente de Colombia*. VII. *Conclusiones*.

I. Introducción

En el presente trabajo examinamos algunos de los más importantes temas constitucionales que se suscitan en Colombia en la lucha contra la corrupción en la política y en la administración desde la introducción de las nuevas disposiciones de la Constitución de 1991. Además, examinamos algunos de los asuntos políticos que se plantean con las nuevas formas institucionales de lucha institucional contra la corrupción en los inicios del siglo XXI.

Esta aproximación no se reduce a plantear algunas reflexiones históricas sobre una batalla institucional de carácter ético y político nacional, ni a entender los elementos cuantitativos de los alcances de una guerra puntual de todos los organismos públicos de control y de la opinión pública contra aquel mal.

En efecto, aquella expresión dañina de la vida de las sociedades también es expresión de una grave patología política y humana actual, que aparece en todas las formas de organización del poder y del gobierno con diversas manifestaciones e intensidad, y nuestros países viven un periodo de agravación sustancial y de generación de nuevas modalidades de expresión de esos delitos.

* Abogado y profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado encargado en la Corte Constitucional y expresidente del Consejo Superior de la Judicatura. Especialista en Derecho Público Comparado y en Derecho Administrativo. Presidente de la Sección Colombiana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

La idea dominante de la opinión política colombiana en el examen de los modernos casos y de las nuevas modalidades de corrupción que vivimos en estos tiempos es que aquella se debe combatir sin pausa y sin descanso, y que los dirigentes políticos nacionales la deben expulsar de las instituciones públicas que representan. La impresión que se tiene en los electores y académicos nacionales es que la corrupción en la administración pública y en la política colombiana ha llegado a niveles inimaginables y desconocidos en nuestra historia, y que ella es la causa de la caída de la legitimidad de los partidos políticos y de las instituciones como el Congreso de la República, las Fuerzas Armadas y la policía, los jueces, magistrados y fiscales.

En efecto, la grave preocupación sobre las expresiones actuales del fenómeno de la corrupción administrativa es de tal naturaleza que varios de los representantes de los organismos de control y de las instituciones judiciales colombianas hacen llamados a los responsables políticos del régimen por el temor del colapso del sistema político y del ascenso de otro modelo de Estado contrario al Estado de derecho y a la democracia.

En principio, el examen de la corrupción pública, política y administrativa en la historia de la humanidad encuentra graves dificultades teóricas y prácticas, pues se trata de un fenómeno social y humano que aparece de modo constante desde las primeras formas de organización administrativa y política de las sociedades, se presenta revestida de diferentes formas y logra diferentes expresiones materiales y subjetivas.

Lo cierto es que la corrupción en nuestros países también es un fenómeno difícil de erradicar, dado que está configurada de modo agravado por especiales condiciones sociales, económicas, culturales y por situaciones humanas singulares. La idea dominante en la opinión pública en estos asuntos es que la corrupción entre los colombianos se debe combatir sin pausa y se debe expulsar de las instituciones públicas a sus responsables, a pesar de que sus familiares y seguidores más cercanos se reeligen en cuerpo ajeno.

En esencia, la corrupción política y administrativa consiste en los comportamientos desviados de las prescripciones normativas que se orientan hacia la búsqueda de la apropiación privada de recursos públicos o a la desviación pública de recursos públicos con varios tipos de fines, esencialmente contrarios a la corrección normativa y a las instituciones de la democracia política y al derecho.

La existencia de la corrupción política sobre los recursos públicos y en la administración estatal se alimenta de múltiples condiciones y situaciones relacionadas con factores humanos, con los desarrollos sociales y con el entorno político y, en general, con el régimen de administración de justicia y de lucha contra la impunidad. Como veremos, la historia de la lucha contra

la corrupción en Colombia sufre una especie de parteaguas después de la expedición de la Constitución Política de 1991.

Al parecer, la corrupción administrativa y política ha existido siempre, aparece y adopta múltiples formas y, en algunos casos, puede suponer la extracción de recursos públicos y privados para finalidades ilegítimas, como la compra de votos, el pago de costos electorales o de apoyos a una gestión administrativa sin respaldo y carente de bases de gobernabilidad. Se soporta tradicionalmente en clientelismos patrimoniales de orden burocrático, en la manipulación mediática de la opinión pagada con contratos y beneficios públicos como nombramientos, órdenes de trabajo, pautas publicitarias, entre otras formas. Estas son, apenas, algunas expresiones de la corrupción en nuestros días.[1]

Cuando se trata de una aproximación integral al conocimiento de la corrupción como una patología de los asuntos del gobierno y del interés público, encontramos que aquella y la lucha contra ella no es un asunto típicamente jurídico, y supone experiencias en la sociología jurídica y en la ciencia política de múltiples formas y medidas que dejan mucho espacio a la condición humana y a las culturas y subculturas del poder, así como a la ambición política, personal y familiar.[2]

Por lo conocido, la lucha contra la corrupción es un cometido singular e inacabado siempre, en todo caso lleno de historias de éxitos y de fracasos, que no termina ni se agota en unos cuantos resultados, por muy importantes que lleguen a ser, como en el caso colombiano, aumentada y desorbitada con la presencia del dinero del narcotráfico en las campañas políticas y en los del criminal y horrendo fenómeno del paramilitarismo, también narcotraficante.[3]

Aunque existen organismos especializados en el ámbito internacional que arrojan escalas, rangos y clasificaciones sobre la corrupción, a ese nivel, y aun en el orden interno, tampoco se pueden medir sus resultados solo por encuestas de percepción, pues, esencialmente, la corrupción, como fenómeno patológico de las sociedades, está constituida por episodios consumados o por historias y anécdotas inacabadas y contadas a medias de episodios sugestivos y de comportamientos censurables y se enriquecen con la creatividad y la fantasía popular y periodística. También aparecen las versiones

---

[1] Gómez Lee, Iván Darío, "La grave sofisticación de la corrupción", *Revista de la Auditoría General de la República*, Bogotá, 2010; Gómez Lee, Darío, *Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

[2] Turbay Quintero, Julio C. *et al., Hacia un nuevo control Fiscal en Colombia,* Bogotá, Contraloría General de la República, 2009.

[3] López Hernández, Claudia, *Y refundaron la patria. De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano,* Bogotá, Random House Mondadori-Debate, 2010.

de la oposición, de los adversarios y de otros sujetos que hoy contribuyen en buena manera a su descubrimiento y persecución, como son las veedurías ciudadanas y las veedurías especializadas con mayor capacidad de develar los hechos y los actos de corrupción que los mismos investigadores de los fiscales y de los auditores de la Contraloría General de la República (CGR).[4]

Aquella lucha se asemeja a la lucha constante por la vida y por la reinvención de la ética de los asuntos públicos, y siempre es desafiante y será novedosa, ya que debe ser actualizada a diario con estrategias y políticas efectivas y eficaces y con la decisión de derrotar sus expresiones, también y siempre creativas y novedosas. La lucha contra la corrupción, desde siempre, ha demandado capacidades suficientes para prevenirla, investigarla, sancionarla y perseguirla, además de la disposición suficiente de elementos para combinar recursos fiscales, disciplinarios, penales y de participación ciudadana en los desafíos adicionales de la impunidad aceptada y repudiada.

Vale la pena mencionar la larga lista de candidatos presidenciales asesinados en Colombia en el tránsito a la Presidencia de la República desde hace cerca de 100 años. Esta lista comienza con Rafael Uribe Uribe, sigue con Jorge Eliecer Gaitán, Luis Carlos Galán Sarmiento, Jaime Pardo Leal, Bernardo Jaramillo, Carlos Pizarro León Gómez y termina con Álvaro Gómez Hurtado, quien ya advertía de la necesidad de reemplazar el régimen completamente tomado por la corrupción y el narcotráfico.[5]

La lucha contra la corrupción hoy aparece en los escenarios de la cooperación internacional y de los Estados entre sí, como el caso de Colombia, Estados Unidos y Brasil, por los delitos de corrupción de empresas constructoras brasileñas, congresistas colombianos, funcionarios públicos nacionales y particulares encubridores.

Vale la pena subrayar la gran importancia de la visión internacional de la lucha contra la corrupción, es decir, el deber de cumplir y hacer cumplir las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción en los términos del derecho de los tratados de cooperación entre los gobiernos.

Afortunadamente, en los últimos años, la corrupción en los asuntos públicos y sobre los recursos oficiales es vista como un flagelo global y globalizador de muchos otros males que afectan los negocios en todos los órdenes. Es de tal naturaleza el efecto perturbador de la corrupción de lo público, que merece la alianza de todos los poderes estatales y aun del ordenamiento internacional para frenarla. Aquella lucha también necesita de la coordi-

[4] Salazar, Pedro *et al.*, *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017; Turbay Quintero, Julio C. *et al.*, *Excelencia y calidad en el control fiscal*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2009.

[5] Gómez Hurtado, Enrique, *¿Por qué lo mataron?*, Bogotá, Controversia, 2011.

nación con los organismos públicos y con las organizaciones privadas para conocerla y establecer convenciones, acuerdos y tratados modernos y dinámicos desde el componente probatorio y judicial para fortalecerla.

De igual modo, sus proyecciones y las configuraciones contemporáneas de la globalización, las aperturas y la desregulación hacen que muchos inversores y actores privados de los mercados mundiales hayan planteado serias inquietudes sobre ella como factor destructivo de la credibilidad de los Estados, de la seguridad jurídica y de la libre competencia y la libre concurrencia, asimismo, sobre el hecho de que existan conglomerados de la contratación de recursos públicos que se especialicen en aprovecharse de condiciones sociales, jurídicas, políticas y económicas para corromper a los servidores estatales.

II. La evolución política y normativa de la carta política de 1991

1. *Los orígenes del cambio constitucional*

La Constitución colombiana de 1991, que aún rige con algunas importantes y abundantes reformas, especialmente introducidas para el desarrollo de la lucha colombiana contra la corrupción política, electoral y administrativa, por una parte, y contra la criminalidad organizada del narcotráfico, por la otra, así como en la búsqueda de la paz con los grupos insurgentes armados como verdaderos ejércitos contrarios al orden público y a la paz ciudadana, significó la formulación y la ejecución de un gran reto institucional, normativo y orgánico de carácter histórico, inconcluso, ciertamente inacabado —y en muchos casos, como en los del narcotráfico y la corrupción política y administrativa—, parcialmente frustrado e ineficaz.[6]

Aquella reunión constituyente fue una asamblea pluralista y altamente deliberativa, integrada por representantes de casi todos los sectores políticos legítimos con actividad en el sistema político colombiano, y se inspiró en los proyectos del gobierno nacional de César Gaviria, inicial heredero del discurso profundamente liberal y transformador de Luis Carlos Galán, en el matizado pensamiento político conservador de Álvaro Gómez Hurtado, en la doctrina socialista de origen español y alemán de los líderes del "Movimiento 19 de abril" (M19), de corte esencialmente socialdemócrata y en las ideas de los grupos conservadores tradicionales, liderados por Misael Pastrana Borrero, y en la de otros grupos reintegrados a la vida civil y política colombiana.

---

[6] Acevedo, Darío *et al.*, *Parapolítica, verdades y mentiras*, Bogotá, Planeta Colombiana, 2008.

En esencia, aquella reunión fue una Asamblea Nacional Constituyente que recogió buena parte de las múltiples aspiraciones ideológicas de los colombianos, incluso de la Iglesia católica y de las nuevas iglesias que ya habían irrumpido en el mundo de la política colombiana, y se ocupó en sus trabajos de redacción normativa: incluso de los temas delicados de la familia, la paternidad y los derechos y la responsabilidad para con los hijos, entre muchas otras materias raramente constitucionalizadas entre nosotros, como los de la procreación asistida.

Desde luego, quedaron fuera de esa reunión las llamadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)[7] y los interesados de los poderosos grupos de narcotraficantes de los dos carteles existentes en la época, conocidos como "Cartel de Medellín" y "Cartel de Cali". Estos últimos carteles quisieron ejercer su poderosa influencia para sacar avante algunas propuestas, como la de la prohibición de la extradición de colombianos, y lo lograron de varios modos.[8]

Esta tarea transformadora de la Asamblea Constituyente de 1991 tuvo en mente la doctrina política del caudillo liberal Luis Carlos Galán que, había sido asesinado por las mafias del narcotráfico colombiano en acuerdo con intereses oscuros ejecutados con la complicidad de algunos agentes de seguridad del Estado o del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por una parte, y los discursos doctrinarios del candidato conservador Álvaro Gómez Hurtado, también asesinado posteriormente durante el gobierno del entonces presidente Ernesto Samper Pizano, al parecer igual-

[7] Aquellas fueron un verdadero ejército guerrillero denominado "Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia". Hoy aparecen convertidas en un partido político con la misma sigla que se ha presentado a las elecciones de 2018, con candidatos al Congreso y a la presidencia de la República. Hoy se cuestiona si conservan sus bienes y sus capitales ilícitos y si estos van a ser empleados y gastados en las elecciones en desarrollo.

[8] La lucha contra aquellos carteles de narcotraficantes avanzó notablemente hasta el punto de aplicarse la justicia para casi todos sus cabecillas y agentes que terminaron muertos, encarcelados y extraditados; así como ocuparse muchos de sus valiosos bienes. No obstante, la llamada industria del narcotráfico en Colombia sigue vigente: ha crecido notablemente, buena parte de sus jefes de hoy son herederos de sus antiguos negocios y propiedades y manejan estructuras de corrupción política, financiera, económica, inmobiliaria y de control de territorios y espacios rurales y urbanos en los llamados combos, oficinas, estructuras, bandas y carteles. Su alianza con las guerrillas de las FARC, ahora desmovilizadas, y el denominado Ejército de Liberación Nacional (ELN) les dio muchos frutos y poder, y han logrado refugio y socios en el territorio venezolano. Ejercen control de rutas y de territorios en alianza con carteles mexicanos y guatemaltecos y plantean nuevos retos a la justicia penal y al Ejército nacional con miras en el mantenimiento de la seguridad del territorio y de los bienes jurídicos nacionales. En el último año, las cifras del tráfico han crecido de modo exponencial y las autoridades electorales han estimado que sus utilidades se vieron reflejadas en el aumento de los costos y de los gastos de las campañas electorales.

mente por fuerzas oscuras del Estado aliadas con narcotraficantes, en un caso donde no se ha podido avanzar en las condenas penales y que acaba de ser catalogado como delito de lesa humanidad para evitar la prescripción y para reactivar las causas procesales.

Ese insospechado cometido constitucional, logrado por la presencia criminal y terrorista del cartel de Medellín en todo el territorio nacional y con la sustanciosa capacidad de influencia de los agentes del Cartel de Cali, luego fue retirado de la carta constitucional, lo que dio pie a la restablecida institución de la extradición de nacionales como un sustancial instrumento de colaboración internacional contra el crimen organizado.[9]

No podemos pasar por alto como antecedentes que explican la convocatoria y reunión multipartidista de la llamada Asamblea Nacional Constitucional, el grave proceso de deterioro del orden público y del crimen selectivo, o el terrorismo urbano de los narcotraficantes, que condujo al sacrificio de cuatro candidatos presidenciales de la izquierda democrática y del liberalismo, y al sacrificio de centenares y miles de civiles inocentes, caídos bajo las bombas o el fuego de los sicarios de los carteles de la droga.

2. *Otras causas del cambio constitucional*

Con la insólita e inédita convocatoria de la Asamblea Constitucional en 1990, por la llamada *Séptima Papeleta* de los estudiantes de Bogotá, con las

[9] Este ha existido durante varias décadas y hoy es un poderoso instrumento de lucha contra la corrupción política generada y agitada por la presencia del dinero de sus carteles y subcarteles en la financiación de las costosas campañas electorales nacionales y territoriales, y en el ejercicio de la función legislativa de varios de nuestros congresistas precisamente relacionada con sus intereses criminales, dando lugar a un megaproceso penal contra muchos de ellos, llamado "Proceso 8000".

Aun hoy, con la colaboración de las autoridades judiciales y de policía estadounidense, se proyecta la extradición de varios servidores públicos nacionales y de muchos particulares colombianos por emplear el sistema financiero de Estados Unidos para el lavado de activos y para consumar los pagos y actos de corrupción pública. Precisamente se ha decretado la extradición del jefe de los fiscales anticorrupción, como jefe del llamado "Cartel de la Toga", por la supuesta complicidad de varios exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y se anuncia la extradición de varios abogados y fiscales comprometidos con delitos contra la administración de justicia.

De igual manera, son varios centenares los nacionales colombianos extraditados a Estados Unidos de América vinculados al tráfico de estupefacientes, al lavado de activos, a actos de corrupción en las Fuerzas Armadas y de miembros de bandas armadas de paramilitares dedicados al narcotráfico y a la grave violación sistemática de derechos humanos.

decisiones del Poder Ejecutivo nacional, que invocó facultades y condiciones de *Estado de sitio*, y las de la CSJ, que la avalan como juez constitucional, se trató de dotar al Estado colombiano de capacidades e instrumentos adecuados y suficientes para enfrentar a la delincuencia organizada, a las bandas y ejércitos dedicados a lucha armada de variada etiología que tanto azotaron a los colombianos, y de renovar las instituciones de la democracia participativa y deliberativa, para permitir a la sociedad civil participar en las denuncias e investigación contra la corrupción política y administrativa que imperaban en las dos décadas preexistentes, y que ahora con nuevas y sugestivas modalidades se mantienen vigorosas.

En este sentido, para entender el denominado *clamor popular* que llamó la atención del Poder Judicial de la época y dentro de los antecedentes de la transformación constitucional colombiana, apenas cabe recordar como antecedentes el sacrificio criminal de cuatro candidatos presidenciales, el asesinato sistemático de decenas de policías y soldados, jueces, magistrados y abogados, víctimas del atentado individual y terrorista a lo largo de todo el territorio colombiano.

Este reto fue adicionado y agravado con instituciones y disposiciones normativas pensadas para enfrentar las nuevas modalidades de la corrupción política y administrativa postconstitucionales, fundadas en la presencia agresiva del dinero del narcotráfico en la política, y luego con el dinero de la corrupción administrativa sobre los recursos públicos nacionales transferidos a las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios) y los administrados por entidades nacionales.

La convocatoria excepcional y extraconstitucional de 1990 permitió a la nación colombiana asumir el deber de reestructurar el Estado y las instituciones constitucionales, y con ese fundamento, en una asamblea multipartidista con presencia de varios grupos de exguerrilleros, como el M19 y el Ejército Popular de Liberación (EPL), asumió, en 1991, los grandes costos institucionales que supuso la introducción de una nueva Constitución en el viejo sistema político, con nuevas instituciones y órganos judiciales y con nuevas facultades vigorosas en manos de los llamados de control y vigilancia.

Como antecedentes, es preciso señalar que en 1977 y 1979 se habían expedido dos importantes reformas constitucionales que se habían propuesto para fortalecer la administración de justicia, la organización territorial y la democracia participativa, que fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia, como juez constitucional, en una especie de insólito bloqueo aparentemente con fundamento en cláusulas

pétreas y de decisiones políticas fundamentales con la declaratoria de inconstitucionalidad, pero con base en vicios de procedimiento de origen reglamentario.

3. *Las duras vicisitudes del cambio constitucional en Colombia*

Dicho reto, que permanece ciertamente inconcluso, con un sinnúmero de frustraciones profundas, bastante agravadas en lo que va del siglo XXI, también está rodeado de realizaciones, logros y fortalezas, especialmente relacionadas con la derrota de las bandas armadas de paramilitares y la persecución y condena de varias decenas de políticos de profesión dedicados a la apropiación y desvío de los recursos públicos. Podemos iniciar advirtiendo que dichos grupos lograron acumular inmensas fortunas de proyección global y transnacional que aún sobreviven y continúan ejerciendo su influencia política y administrativa.

No cabe duda de que el cambio constitucional de 1991 significó varios desafíos radicales y varias guerras dolorosas y sangrientas en sentido ciertamente literal, como la lucha contra los viejos carteles del narcotráfico y contra las mafias de traficantes de toda clase de bienes y valores, muchos de los cuales han sido objeto de serios procesos de extinción de dominio y ocupación estatal.

Buena parte de las disposiciones constitucionales introducidas o modificadas en el derecho constitucional colombiano a partir de la carta política de 1991 corresponden al designio constituyente de establecer los mejores y más eficientes instrumentos de lucha institucional y democrática contra el grave flagelo de la corrupción política y del crimen organizado, que azotaron a la sociedad a partir del gran poder del narcotráfico y de la criminalidad organizada derivada de aquel negocio ilícito de proyección transnacional.

Además, en el proceso constituyente de 1991 se trató de superar las fuertes dosis de corrupción política regional que se había adueñado de la Administración pública de las entidades territoriales y de los órganos de representación política a todo nivel, especialmente en el territorial, básicamente sobre los recursos públicos de orden local y departamental y sobre las nóminas de empleados y trabajadores al servicio de las administraciones públicas.

Desde los años setenta, y durante toda la década de los ochenta, las castas y los estamentos políticos territoriales y locales se consolidaron en buena

parte nutridos con el dinero y el poder del narcotráfico regional, y se tornaron poderes insuperables, aun para la Administración nacional.

El poder del paramilitarismo y su definición de los destinos de la política territorial los llevó a decir que las autodenominadas Autodefensas Unidas de Colombia tenían influencia directa en una tercera parte del Congreso de la República y en centenares de municipios y departamentos, de los cuales se apropiaron ejerciendo violencia armada y la constricción a los electores para elegir alcaldes y gobernadores, exigir la entrega de las entidades públicas y el nombramiento de sus agentes para apropiarse del presupuesto y de los bienes públicos.

Desde luego, en esta práctica criminal, se dedicaron a expulsar campesinos de sus tierras, a masacrar y desaparecer a los renuentes, a destruir todos los valores de la nacionalidad. La nefasta noche del paramilitarismo colombiano supuso la comisión de los más horrendos crímenes de lesa humanidad y la apropiación de centenares de miles de millones de pesos, así como el control del territorio y de las administraciones territoriales para asentar sus operaciones de desplazamiento y apropiación de haciendas y vidas, y para dedicarse al narcotráfico y al lavado de activos provenientes del narcotráfico mismo.

Por otra parte, dichas disposiciones constitucionales incorporadas en el novedoso texto constituyente de 1991 también respondían a la necesidad de introducir instituciones y organismos judiciales de investigación y juzgamiento de los delincuentes comunes y de los agentes de la política regional, contra quienes no existían nada más que organismos judiciales y policiales tradicionales débiles, supremamente frágiles y anclados en la doctrina y en las estructuras del viejo modelo constitucional de administración de justicia propios del siglo XIX.

El gran poder del narcotráfico colombiano de la década de los ochenta ya había trascendido las fronteras y se hacía indispensable transformar los instrumentos y organismos policivos, judiciales y científicos de lucha contra ese flagelo también para atender a los reclamos internacionales sobre la responsabilidad del Estado colombiano en esas materias. Esto dejó un rastro contrario a la ética de lo público y permeó la conciencia de las nuevas generaciones en las ideas del enriquecimiento fácil y del desconocimiento de los límites éticos frente a los recursos públicos.

Asimismo, la situación generalizada de descomposición del orden público, agravada debido al aumento del poder militar y territorial de las varias guerrillas que mantuvieron control armado en vastas regiones apartadas y alejadas del centro del poder político, hacían imposible la protección de los empresarios del campo y los poblados y ciudades intermedias del país, colo-

cando sobre el día a día de la política la sensación de un Estado fallido y la consolidación paulatina de una especie de narco Estado, con narco políticos y narco empresarios.

Estas, a pesar de los varios procesos de paz celebrados con ellas, como la paz acordada con el M19 y otras frustradas con las FARC, el ELN, el EPL, entre otros grupos de insurgentes armados, se habían rearmado, fortalecido, y algunas de ellas habían consolidado dominio espacial, territorial y humano en vastas regiones selváticas y alejadas del territorio nacional.

Cabe recordar que en los años preexistentes a la reunión de la Asamblea Nacional Constitucional, luego autoproclamada Constituyente, se produjo la toma guerrillera del Palacio de Justicia, que tuvo como resultado la muerte o desaparición de más de un centenar de ministros de la Corte y de sus colaboradores y de otros tantos guerrilleros, y se revivieron pesados episodios de violencia política que siguen siendo objeto de examen.[10]

III. Los contenidos sustanciales de la Constitución vigente

Esta "nueva" Constitución, que ya cumplió más de 25 años de aplicación y de vida intensa, de extensos contenidos expresamente socialdemócratas de corte contemporáneo y de muchos cometidos contrarios a la vieja práctica política tradicional colombiana, al parecer se inspiró en los textos de las constituciones de España, Portugal, Brasil, Estados Unidos y, en buena medida, en la tradición constitucional nacional bajo fórmulas racionalizadoras y autolimitadas, como en los casos de los estados de excepción, en los de las facultades extraordinarias y en las cláusulas del régimen económico y de la Hacienda Pública en una modalidad que combina principios y reglas del neoliberalismo, del Estado social de derecho y de la economía social de mercado.

Dentro de aquellos costos ideológicos y doctrinarios podemos mencionar, a modo de reflexión preliminar y muy grueso: la declaratoria del *Estado social y democrático de derecho*; el *carácter normativo de la Constitución*;[11] la introducción de los catálogos de los nuevos derechos constitucionales, fundamenta-

[10] Patiño, Otty, *Historia privada de la violencia,* Bogotá, Random House Mondadori-Debate, 2017.

[11] Artículo 1o. Colombia es un Estado Social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

les, colectivos y del ambiente; los derechos constitucionales de contenido social y los de contenido económico; las mencionadas acciones populares, de cumplimiento, por intereses y derechos difusos, y la incorporación del *bloque de constitucionalidad,* como componente esencial y sustancial del nuevo texto constitucional, como norma jurídica de valor judicial pleno.

Además, en el mismo sentido, cabe destacar la creación de la Corte constitucional y la superación del viejo modelo de control de constitucionalidad y de justicia constitucional, la introducción de la muy vigorosa y dinámica *acción de tutela o de amparo,* entre otras acciones constitucionales, para proteger la integridad de la carta política y la defensa de los derechos constitucionales.[12]

Además, se modificó el régimen de justicia penal y de administración y gobierno de la rama judicial, con la introducción de un muy mal tratado *Consejo Superior de la Judicatura* y de una inicialmente incipiente *Fiscalía General de la Nación* (FGN), hoy vigorosa y bien dotada jurídica y materialmente. La poca fortuna de todo el Consejo Superior de la Judicatura, en especial de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, obedece a problemas estructurales de composición política del Poder Judicial que desde siempre se ha resistido a toda clase de gobierno, incluso, a algunas modalidades de autogobierno, como la establecida en Colombia en 1991.

Vale la pena reiterar que en la nueva Constitución Política de los colombianos de 1991 se introdujeron instituciones férreas como la *pérdida de investidura de congresistas* en un proceso disciplinario, en cualquier tiempo, correccional, concentrado y de única instancia en la sede judicial del Consejo

---

Artículo 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

[12] Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

de Estado, según los términos de los artículos 183 y 184,[13] el *fuero penal, directo y concentrado en única instancia en la Sala Penal de la CSJ*.[14]

[13] Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. 2. Por la inasistencia, en un mismo periodo de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. 4. Por indebida destinación de dineros públicos. 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. Parágrafo. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

Artículo 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

[14] Artículo 186. De los delitos que cometan los Congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma corporación. Corresponderá a la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigar y acusar ante la Sala Especial de Primera Instancia de la misma Sala Penal a los marineros del Congreso por los delitos cometidos. Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. La primera condena podrá ser impugnada.

Artículo 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y se compondrá del número impar de Magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en Salas y Salas Especiales, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno. En el caso de los aforados constitucionales, la Sala de Casación Penal y las Salas Especiales garantizarán la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia de la sentencia y el derecho a la impugnación de la primera condena. La Sala Especial de Instrucción estará integrada por seis (6) Magistrados y la Sala Especial de Primera Instancia por tres (3) Magistrados. Los miembros de estas Salas Especiales deberán cumplir los requisitos para ser Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Se les aplicará el mismo régimen para su elección y periodo. Los Magistrados de las Salas Especiales solo tendrán competencia para conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia en las condiciones que lo establezca la ley. El reglamento de la Corte Suprema de Justicia no podrá asignar a las Salas Especiales el conocimiento y la decisión de los asuntos que correspondan a la Sala de Casación Penal. Los Magistrados de las Salas Especiales no podrán conocer de asuntos administrativos, ni electorales de la Corte Suprema de Justicia ni harán parte de la Sala Plena. Parágrafo. Los aforados constitucionales del artículo 174 de la Constitución Política tienen derecho de impugnación y doble instancia conforme lo señala la ley.

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1. Actuar como tribunal de casación. 2. Conocer el derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley. 3. Juzgar al presidente de la República, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido [en los numerales 2 y 3 del] artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de

Cabe destacar que en enero de 2018, a menos de dos meses de las elecciones generales al Congreso de la República y al inicio del último año de gobierno del presidente Juan Manuel Santos, se acababa de expedir la Ley 1881, por la cual se modifica el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas, se consagra, por una parte, la doble instancia, término de caducidad de la acción de pérdida de investidura de los congresistas. Por otra parte, se expidió el acto legislativo o de reforma constitucional 1 de 2018, por el cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, y se implementa el derecho a la doble instancia y a la impugnación en los casos de los juicios penales de los congresistas y de otros altos funcionarios sometidos al fuero constitucional ante la CSJ.

Los poderes disciplinarios preferentes del procurador general de la Nación sobre toda clase de servidores públicos, incluso los de elección popular y aun de particulares; la incipiente creación de la FGN; la *participación ciudadana* en materia de control fiscal en los términos del artículo 270 de la Constitución de 1991;[15] el sistema de *control interno* en todas las entidades públicas, según el artículo 269 de la codificación superior, en concordancia

---

Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia. 4. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. 5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del vice fiscal General de la Nación, o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen. 6. Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. 7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares. 8. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional. 9. Darse su propio reglamento. 10. Las demás atribuciones que señale la ley. Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enunciados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

[15] Artículo 270. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

con el artículo 209, 267;[16] las acciones constitucionales de naturaleza judicial como la *acción de tutela*, las *acciones populares,*[17] las *acciones de cumplimiento*, las acciones por intereses difusos y las *acciones de grupo,* en los artículos 89 y 92 de la Constitución.[18]

En efecto, de manera directa encontramos disposiciones como la establecida en el derecho constitucional de petición, que consiste en que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades públicas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución, y que aparece regulado en el muy conocido artículo 23 constitucional, el cual también puede ejercerse ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

Por otro lado, en el artículo 90 de la carta política de los colombianos quedó establecido que en caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial por los daños antijurídicos causados por la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes o por autoridades públicas, por su acción o por su omisión, deberá repetir contra estos.

A su vez, en el artículo 92 de la Constitución se establece la acción pública y popular para solicitar la aplicación de sanciones penales o disciplinarias derivada de la conducta de las autoridades públicas. Cabe destacar también que en el artículo 93 se ordenó la incorporación del Estado colombiano al Estatuto de Roma, y se reconoce la vigencia y la operancia de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de suma trascendencia para nosotros, en atención a las muy graves situaciones de violación de los derechos constitucionales, la vida y la integridad física de muchos colombianos por los grupos

[16] Artículo 269. En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

[17] Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

[18] Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Artículo 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

de paramilitares, los grupos de guerrilleros y los agentes del Estado, como militares y policías involucrados en delitos de lesa humanidad.

Además, encontramos que en el artículo 122 de la carta política se establece el deber de todos los servidores públicos de jurar la defensa, el respeto y el acatamiento al ordenamiento jurídico y de atender el cumplimiento de los deberes que le incumben. Allí se dispone el deber de declarar el monto de los bienes y rentas de los servidores públicos antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando la autoridad competente se los solicite.

De igual modo, en el artículo 123 constitucional encontramos que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y que ejercerán sus funciones en apego al principio de legalidad en la forma prevista en la Constitución, la ley y los reglamentos; además, que la ley puede establecer la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, en términos del artículo 124.

De singular importancia jurídica es el artículo 126 de la misma codificación superior, que establecía una especie de régimen de inhabilidades para los casos de nepotismo y de clientelismos, ahora modificado por el acto legislativo 2 de 2015, en el que se establecieron, entre otros elementos, una especie de reforma política para buscar un incipiente equilibrio de poderes dirigido a los poderes de los altos dignatarios de la justicia.[19]

De igual modo, en el artículo 127 de la carta política, se establecen las incompatibilidades para los servidores públicos, quienes no pueden celebrar

[19] Artículo 126. Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercido de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.

por sí, por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.[20]

El artículo 128 de la carta política también establece una modalidad de incompatibilidad para el desempeño simultáneo de más de un empleo público y para recibir más de una asignación de los recursos públicos.[21] Además, en el artículo 129 de la misma codificación constitucional se establece que los servidores públicos no podrán recibir cargos, honores y recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.

Una de las disposiciones de mayor alcance en la regulación de las posibles hipótesis de corrupción de los congresistas en Colombia es el artículo 180, en el que se estableció el régimen de incompatibilidades relacionados con su posible influencia sobre la Administración pública y sus recursos. Igualmente, el artículo 181 constitucional señala que las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el periodo constitucional respectivo y que, en caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuere superior. De igual manera, dichas inhabilidades e incompatibilidades se extienden a quienes fueren llamados a ocupar los cargos.[22]

---

[20] Artículo 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.

[21] Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

[22] Artículo 180. Los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

El artículo 182 estableció el deber de los congresistas de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración y lo relacionado con los conflictos de interés y las recusaciones.

También, como hemos visto, el artículo 183 constitucional establece las ya anunciadas causales de perdida de investidura de los congresistas por: violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o el régimen de conflicto de intereses; inasistencia a las reuniones plenarias; indebida destinación de dineros públicos; tráfico de influencias, o por no tomar posesión del cargo dentro de los términos constitucionales, la cual será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor a 20 días hábiles, contados a partir de la fecha de formulación de la solicitud de cualquier ciudadano o de la mesa directiva de la Cámara respectiva. El régimen del fuero penal directo para los congresistas está previsto en el artículo 186 de la misma carta política, en el que se dice que de los delitos que cometan los congresistas conocerá en forma privativa la CSJ, única autoridad que puede ordenar su detención y que, en caso de flagrante delito, deberán ser aprehendidos y puestos de inmediato a disposición de la misma corporación.

En el terreno internacional, la cooperación y los compromisos de la lucha anticorrupción son la Convención Interamericana contra la Corrupción adoptada y aprobada por la Ley 412 de 1997, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en los términos de la Ley 970 de 2005.

Por otra parte, encontramos las disposiciones de la Ley 80 de 1993 de contratación pública, que incluyen medidas de transparencia y ciencia; la Ley 190 de 1995, tendente a preservar la moralidad en la Administración pública y a erradicar la corrupción administrativa; el citado Estatuto Anticorrupción donde, entre otras disposiciones, se encuentran las normas sobre el deber de informar acerca de existencia de inhabilidades. Ahora bien, contrario a algunas afirmaciones que, desde la falta de rigor acadé-

---

3. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

Parágrafo 2. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.

mico, dicen que el Estatuto no ha sido muy útil, lo cierto es que, desde su expedición, dicha norma se ha consolidado como una poderosa herramienta que materializa avances concretos en los diferentes campos que regula. En efecto, la combinación de medidas administrativas, penales, disciplinarias, fiscales y pedagógicas, y el trabajo de organismos especiales de lucha contra la corrupción, orientados a una mejor coordinación interestatal a nivel nacional y local, así como a una mayor interlocución entre el Estado y la sociedad civil, han resultado fundamentales para combatir la corrupción.

A lo largo de este documento se presentarán los principales avances en la implementación de la Ley 1474 de 2011, buscando ofrecer a las entidades estatales y ciudadanía en general un informe de avances, logros y desafíos del Estatuto, desde la fecha de su expedición hasta 2016, de modo que sus aspectos más relevantes sean de conocimiento público. La corrupción es un fenómeno difícil de combatir, pero, aun así, el Gobierno Santos, durante sus dos periodos, se ha concentrado en expulsar este fenómeno de nuestras instituciones públicas y privadas.

También se introdujo la figura del control disciplinario especializado sobre magistrados, jueces y fiscales en la mal llamada *Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura*, pero es muy lamentable el mal trato que ha recibido por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que, en tres sentencias de constitucionalidad, lo desmontó absolutamente, al reducirlo a una corporación con dos salas completamente separadas y sin funciones disciplinarias sobre los magistrados de las altas cortes.

En relación con dichas materias, debo reiterar mi pesar y preocupación, porque en febrero de 2018 se introdujeron al texto constitucional dos grandes reformas que le quitaron fuerza a la llamada *pérdida de investidura de los congresistas* y el *fuero penal pleno, directo y completo* ante la Sala Penal de la CSJ, lo que va a hacer más complejo su trámite.

Este reto formulado contra la corrupción política y contra el narcotráfico significó un fuerte desafío humano contra los poderes políticos tradicionales, que no ha concluido y que muestra saldos de diferente color, principalmente negativos, en materia de corrupción política y de narcotráfico organizado, las cuales han demandado un gran esfuerzo del Poder Legislativo para incorporar un Código Disciplinario Único en la Ley 743 de 2002, un estatuto anticorrupción en la Ley 1474 de 2011 y otras reformas legales a los procedimientos de control fiscal.[23]

[23] Muchas de las reformas normativas introducidas en el ordenamiento colombiano en desarrollo de la lucha contra la corrupción se han incorporado y desarrollado en el orden legal como ocurre precisamente con el llamado Estatuto Anticorrupción que se encuentra

Ciertamente, haciendo un balance general del estado de cosas de la corrupción en Colombia, y después de 26 años de su vigencia y operatividad, encontramos que la profunda transformación constitucional de los instrumentos de persecución de los delitos y de lucha contra la corrupción, en sus diferentes modalidades y escenarios introducidos por la Asamblea Nacional Constituyente, no es un fracaso rotundo y absoluto, como piensan muchos actores responsables de la lucha institucional contra la corrupción en Colombia. En dicho balance encontramos luces y sombras profundas, escenarios de logros, resultados positivos, cuentas muy duras y pasmosas expresiones de las nuevas manifestaciones de la incorrección de los servidores públicos representantes de los nuevos partidos que han ocupado la presidencia de la República.

En este sentido, en el balance coinciden los principales voceros de los partidos políticos en la contienda electoral que se tramita en este año, incluidos los últimos voceros institucionales de aquella lucha, como son el contralor general de la República,[24] el procurador general[25] y el fiscal general de la Nación.[26]

---

en la Ley 1474 de 2011. Al final de este trabajo haremos una presentación y resumen de los muy importantes contenidos de la misma.

[24] Cabe observar que la Contraloría General de la República (CGR, se encarga de la vigilancia de la gestión fiscal y oficial de los recursos públicos y del manejo de los fondos y bienes de la nación y de establecer la responsabilidad que se derive de aquella. Además, es su deber promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. De modo extraordinario, la CGR podrá exigir verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. También tiene funciones normativas de carácter reglamentario ya que puede dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

[25] La Procuraduría General de la Nación (PGN) es la cabeza del mal llamado Ministerio Público en Colombia, ya que en esta materia vigila el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, defiende los intereses de la sociedad y principalmente ejerce la vigilancia superior de la conducta oficial.

[26] Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

La realidad actual de semejante tarea debe enfrentar realidades cada día más oscuras y dañinas, como las que se presentan en las administra-

---

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

1. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

2. Para combatir el terrorismo y los delitos contra la seguridad pública, y en aquellos sitios del territorio nacional donde no exista una autoridad judicial a la que se pueda acudir en forma inmediata o donde el acceso de los funcionarios ordinarios de policía judicial no sea posible por excepcionales circunstancias de orden público, la Fiscalía General de la Nación conformará unidades especiales de Policía Judicial con miembros de las Fuerzas Militares, las cuales estarán bajo su dirección y coordinación. Para el desarrollo de las labores propias de esta función, los miembros de la Unidad pertenecientes a las fuerzas militares se regirán, sin excepción, por los mismos principios de responsabilidad que los demás miembros de la unidad especial.

ciones territoriales, en las grandes agencias administrativas, de planeación, regulación y disposición de los recursos y los servicios públicos.

Además, la actual realidad en la lucha contra la corrupción en Colombia se ha extendido a los servidores judiciales, en cuyos servicios y organismos han aparecido prácticas corruptas insospechadas en todo el trasegar de la vida republicana. Hoy, por ejemplo, se han acuñado denominaciones indignantes sobre esas modalidades de corrupción pública, como la del denominado "Cartel de la Toga", los carteles de la salud pública, como los carteles de las enfermedades huérfanas o catastróficas.[27]

Este compromiso condujo a transformaciones como la superación del bipartidismo tradicional y la racionalización del presidencialismo autoritario fundado desde sus orígenes en el estado de sitio y las facultades extraordinarias presidenciales sin límite material ni temporal.

Por ello, se establecieron nuevas circunscripciones o distritos electorales desligados de los llamados *feudos podridos departamentales*, como el Senado de elección nacional única, las circunscripciones para las minorías étnicas y otras como la de los colombianos residentes en el exterior, la elección popular de alcaldes y gobernadores. También se establecieron las figuras del vicepresidente o de la llamada fórmula presidencial elegida junto a la vicepresidencia, en una mayoría absoluta y en la doble vuelta con la prohibición absoluta de la reelección. Posteriormente, se han introducido al texto constitucional de 1991 serias modificaciones relacionadas con el estatuto de los partidos, su disciplina, las inhabilidades, las incompatibilidades y las inelegibilidades y causales de pérdida de investidura, que ahora se extiende a diputados y concejales de los órganos de la administración territorial.

IV. La realidad de la lucha contra la corrupción

La corrupción administrativa es una constante que varía de intensidad y de extensión de tiempo en tiempo, permanece oculta durante periodos y sucesos, y es utilizada con muchos y variados fines; en estas décadas es uno de

[27] En este orden de ideas, se han descubierto organizaciones criminales dedicadas al fraude los recursos públicos destinados a programas sociales de salud, educación y fomento agropecuario, por ejemplo, los llamados carteles de la hemofilia, del sida, de los tratamientos de recuperación de enfermos mentales, entre muchos otros, en los que se falsifican y adulteran certificados, registran supuestos enfermos, tratamientos no aplicados, entre muchas otras prácticas corruptas para autorizar el pago de miles de millones de pesos a los defraudadores, entre los que se encuentran gobernadores, dueños y administradores de entidades de salud.

los temas que ocupa bastante espacio en los asuntos de las agendas públicas de los organismos judiciales de cada Estado y de la comunidad internacional, hasta involucrar a los organismos de policía internacionales. En nuestro continente ha sido posible combatirla en niveles de la mayor jerarquía de lo público, y otros, que no han podido, lo han hecho con las barreras que establece la impunidad estatal.

Ahora bien, en muchos casos no necesariamente supone la pretensión del enriquecimiento personal de los servidores públicos o de sus allegados, pues bien puede suponer modalidades orientadas a satisfacer necesidades políticas de gobernabilidad y estabilidad institucional distintas al enriquecimiento personal o familiar y contribuir a la paz pública o a un equilibrio de fuerzas de diversa índole.

Existen situaciones de posible caos institucional y condiciones perversas de arreglo político en los que el pago de flujos de dinero público corresponde al ejercicio habitual de modalidades perversas de compromisos y al cruce de interinstitucional de ellos, así como casos donde la corrupción política asume modalidades insospechadas de modo preliminar, en las que también sirve para comprar gobernabilidad o para fines ilícitos relacionados con el mantenimiento de causas y caudas que aseguren estabilidad, continuidad y compensación no democrática de un régimen.[28]

La corrupción en América Latina ha adquirido dimensiones nuevas e insólitas, y ahora, en los años transcurridos de siglo XXI, asume modalidades profundamente lamentables, como quiera que también se ha extendido al desangre de los recursos públicos apropiados legalmente para atender las necesidades mínimas y esenciales en materia de salud, alimentación y saneamiento básico de las poblaciones más pobres y descuidadas.

En el caso colombiano, ha quedado probado judicialmente que en las elecciones presidenciales de 2014 empresas extranjeras y empresarios colombianos repartieron muchos recursos a jefes políticos regionales para financiar ilegalmente los gastos de sus campañas, y esto no ha producido consecuencias ni penales, ni políticas, y menos electorales, a pesar de que se trata de entregar beneficios económicos encaminados a conseguir concesiones de vías o mayores ingresos de los contratos en desarrollo o para beneficiarse de contratos futuros en caso de que sea elegido uno de los candidatos financiados.[29]

---

[28] Hernández Gamarra, Antonio, *Control fiscal, funciones de advertencia y lucha contra la corrupción,* Bogotá, Contraloría General de la República, 2006, t. II.

[29] Coronell, Daniel, "Más allá de cualquier duda", *Revista Semana*, Bogotá, núm. 1870, 3 de marzo de 2018.

También se han financiado ilegalmente campañas electorales con la idea de que el elegido y financiado les otorgue a los financiadores nuevos contratos, no solo en el orden nacional, sino además en los órdenes territoriales. En muchos casos se ha sabido que los sobornos se pagan en cifras de dinero en efectivo y se emplean para pagar los gastos de las campañas políticas en situaciones de necesidad urgente. Su pago se hace a veces en gruesas sumas de dinero en efectivo o en depósitos de transferencias en los regímenes financieros opacos en distintas regiones del planeta.

En Colombia, las viejas prácticas corruptas de los clientelismos patrimoniales burocráticos, los sobornos contractuales, las llamadas "mordidas" o "tangentes" se han incrementado notablemente, y ahora comprenden a casi todos los contratos de obra, de suministros, de concesiones, de adecuaciones, entre muchos otros, con cifras y montos insospechados e inimaginables.

Todo ello hizo indispensable modificar, desde la Constitución Política, el régimen de la disciplina y el comportamiento de los congresistas y establecer el régimen de bancadas, para poner disciplina en la fila de los aspirantes al barril de los puercos del Departamento de Planeación Nacional, del Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD) del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo y de los centenares de fondos presidenciales de administración de los recursos de los sistemas generales de regalías y de participaciones territoriales, como el Fondo de Adaptación al Cambio Climático.[30]

Se han denunciado prácticas corruptas en las fuerzas militares con múltiples expresiones, por ejemplo, la venta de la sangre saludable de los soldados a comercializadores médicos, en vez de mantenerla en disponibilidad en los hospitales militares. También se han denunciado prácticas corruptas en la compra de uniformes, botas, vehículos, armamentos, submarinos, aviones y explosivos. Asimismo, se han producido condenas contra servidores públicos por acciones ilegales contra los magistrados de la CSJ y varios periodistas, conocidas como las chuzadas y los seguimientos, en una modalidad extremadamente perversa de criminalidad y corrupción.[31]

La corrupción hoy es esencialmente transnacional, internacional, y se vale de todas las formas y facilidades creadas por los regímenes financieros de los países para ocultar, lavar, limpiar y arrojar de nuevo al mundo de la

[30] Padrón Pardo, Floralba, *El concepto y función de las bancadas: las transformaciones de la representación política,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

[31] Martínez, Julián F., *Chuzadas. Ochos años de espionaje y barbarie,* Bogotá, Ediciones B Colombia, 2016.

legalidad del derecho, partidas y sumas de dinero producto del soborno, el cohecho, la concusión, el peculado, el robo y sus pagos.

Las nuevas modalidades con las que aparece la corrupción pública entre los colombianos son ahora similares a las que aparecen en el concierto político internacional, y en respuesta se escuchan voces muy serias que quieren prender las alarmas, como los llamados líderes institucionales contra la corrupción, por ejemplo, el denominado contralor general de la República y el llamado procurador general de la Nación, quienes advierten que "[…] la corrupción está acabando con el Estado […]" y que "[...] ya estamos al borde del abismo […]", pues si no se llega a un gran acuerdo nacional para combatirla, "[...] el Estado como tal estaría peligrando […]".

En este sentido, cabe observar que a pesar de los inmensos logros en estas materias, la continua acción de los corruptos, al parecer, y en estudios de percepción y por encuestas especializadas, genera fraudes de aproximadamente 40 billones de pesos colombianos por año. En este sentido, se ha reconocido y difundido la percepción institucional de los organismos de control colombianos sobre la posible pérdida de cerca de 20% del presupuesto nacional anual, que hoy llega a ser de casi 250 billones de pesos colombianos.

Desde luego, la lucha de nuestros países no ha sido en vano y son miles los casos descubiertos, investigados y sancionados por nuestras autoridades administrativas y judiciales, como en el caso de Brasil. En esta materia, Colombia guarda mucha similitud con Brasil, Perú y México; y los sobornos para la adjudicación de concesiones y de contratos de obra, entre otros, son muy similares en modalidades y montos. En estos países, la etiología de la criminalidad sobre los recursos públicos es similar y sus causas no son diferentes.

Ahora, aquella es un fenómeno vivo, vigoroso, se reproduce como las serpientes y las escamas de la gorgona Medusa, condenada por la diosa Atenea enfurecida, y no parece existir un Perseo que la decapite; pero en la guerra institucional contra ella se le ha podido cercenar decenas de extensiones dañinas.

A manera de reflexiones iniciales, relacionadas con la actual situación de la lucha institucional contra la corrupción en Colombia, encontramos que esta, en cuanto fenómeno social de importancia económica y política, se ha transformado radicalmente y ha logrado y permitido la incorporación de herramientas y recursos sofisticados tanto desde el punto de vista técnico y político como desde el de la normatividad y de la doctrina del derecho penal, que la hacen más eficiente, más eficaz y, en algunos supuestos, más contundente, pero en todo caso insuficiente para derrotar de manera im-

portante. En resumen, de los desarrollos normativos conocidos cabe destacar la expedición del mencionado Estatuto Anticorrupción en la Ley 1474 de 2011, cuyas normas principales contienen varios dispositivos de suma importancia, que revisaremos más adelante.

Como referimos, también se expidió el llamado Código Disciplinario Único por medio de la Ley 734 de 2002, que sirve para investigar y sancionar a los servidores públicos desde el punto de vista disciplinario y correccional, con funciones contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que ha sido aplicada con fines políticos e ideológicos, como el caso del alcalde de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, entre otros muchos otros.

Así las cosas, las instituciones colombianas ahora han sido dotadas de muy importantes reglas, procedimientos y organismos vigorosos, novedosos y poderosos en la lucha contra la corrupción política, administrativa, financiera y privada, como nunca antes en la vida nacional. Y sus instituciones constitucionales y legales son examinadas con sumo interés por los regímenes democráticos de América Latina, como ejemplo de empeño del régimen jurídico y de los principales actores políticos y del sistema constitucional vigente para superar los graves defectos creados por la corrupción y las mafias y carteles de políticos y delincuentes comunes para apropiarse de recursos públicos y de instituciones políticas, a las que desangran y exprimen a favor de sus arcas particulares.

Ante los permanentes retos de los diferentes actores de la corrupción y de los relativos éxitos de las metodologías empleadas en el Estado colombiano contra su accionar delictivo, se ha debido innovar permanentemente con instituciones eficientes y pasar por encima de ciertas garantías procesales tradicionales, lo que ha producido buenos resultados, pero que resultaban insuficientes y que han fracasado en algunos casos durante varios años, pues las prácticas de la corrupción, como dijimos, han permeado el régimen político desde las más altas estructuras del poder, comenzando por el despacho de la presidencia de la República y los principales departamentos de la Administración nacional, lo que se ha replicado con intensidad a nivel territorial.

Edgardo Maya Villazón, responsable de la vigilancia de la gestión fiscal de los recursos públicos, aun después de cuatro años de importante servicio como contralor general de la República, de ocho años como la cabeza de la PGN, y de ocho años como magistrado responsable de vigilar y sancionar la conducta disciplinarias de fiscales, jueces y magistrados del Poder Judicial, advierte que, en Colombia, el mal de la corrupción se ha extendido tanto que:

> […] ya no puede mirarse desde el punto de vista de que es un hecho coyuntural, sino que es un fenómeno que está en la estructura no solo del Estado sino de la sociedad en toda su inmensidad y está ocasionando unos grandes daños en la opinión. Yo, como contralor y con mi experiencia como procurador general durante ocho años y de magistrado otros ocho, he mirado que la película se repite, pero cada día la dimensión es superior y que [...] el partido más fuerte que hay en Colombia es el partido de las contrataciones […]

Para el contralor general de la República, los costos de las campañas políticas han llevado al país a que estas se financien con recursos públicos de origen corrupto, y de ahí surge el partido más fuerte que hoy existe en Colombia, que es el de los contratistas, pues ellos son los que terminan financiando esas campañas, ya que el dinero invertido se "recupera" posteriormente.

En Colombia existen casos concretos de megacorrupción, como el de los mayores costos de la refinería de Cartagena "Reficar", que se contrató por 3 960 millones de pesos y costó 8 mil millones; y el túnel de "La Línea", que se contrató por 600 mil millones de pesos, y hasta hoy lleva una inversión de 2 billones de pesos, y se calcula que falta un billón más para terminarlo. También se denuncian otros hechos de corrupción de grandes dimensiones en la llamada "Ruta del Sol", en varios de sus tramos. De igual manera, se denuncian otros procesos de notable corrupción en distintas líneas de gasto y distribución de los recursos públicos, especialmente en temas de salud, alimentación escolar, educación, infraestructura general, también a nivel departamental y municipal.

Muchos de los creadores de opinión en el país sostienen que existían grandes niveles de desesperanza en medio del proceso político-electoral, lo que podía conducir a una reacción masiva de la sociedad y a que algunos actores ilegítimos pudieran capitalizarla. Ahora bien, la corrupción no es imputable únicamente al sector público y a sus agentes; ellos no actúan solos, y además necesitan del concurso de los agentes del sector privado en varias expresiones de coautoría, complicidad o encubrimiento.

Además de las importantes instituciones que fueron incorporadas a la Constitución en 1991, y que acabamos de mencionar, se han desarrollado veedurías ciudadanas muy eficaces que han probado que los órganos de control, por sí mismos, no acaban con la corrupción. Estas comenzaron como desarrollo legal desde la CGR durante la gestión de Carlos Ossa Escobar, y han sido una de las grandes transformaciones políticas nacionales fundada en el control fiscal participativo y en la colaboración ciudadana.

Además, solo con la construcción de políticas públicas fundadas en el control ciudadano, con veedurías ciudadanas especializadas y con la promoción de las denuncias públicas apoyando a las contralorías, la Fiscalía y la Procuraduría han logrado muy importantes acciones de persecución y castigo a los corruptos.

En resumen, es posible que se necesite un gran acuerdo nacional contra la corrupción como resultado de una política de Estado, como la mayor apuesta política en combatirla de todas las formas legales, ya que la corrupción tuvo dimensiones inimaginables en 1991, pero dicho acuerdo debe celebrarse fuera del círculo del poder y de su bloque hegemónico, que hoy arrastra el mayor desprestigio en la historia nacional.

En mi opinión, no creo que peligre el Estado colombiano por las modificaciones y las nuevas modalidades de la corrupción, y tampoco que estemos al borde del abismo si no se elimina la corrupción, menos cuando se ha hecho semejante tarea de ajuste institucional y se ha logrado descubrir buena parte de las prácticas corruptas de nuevo cuño.

La corrupción no destruye el Estado, sino que permite que otros actores, corruptos o no, desplacen a los actores del régimen, y así sucesivamente, como ha sido la historia de la humanidad desde que existe el Estado. Tampoco se destruye la sociedad colombiana por los casos de hemofilia, de la salud, de la infraestructura, del medioambiente, de la educación, pues lo que genera los escándalos por los hechos de corrupción descubiertos es el descrédito de la sociedad y de sus dirigentes, y puede provocar sustituciones de élites y de bloques en el poder, así como el atraso social, que tanto dolor produce.

Por otro lado, el sistema penal acusatorio y de juicios orales y públicos que se montó, y sobre todo el tema de la justicia penal con fines de efectividad y eficacia en la persecución del delito, patrocina la delación, la colaboración, el sometimiento, la aceptación anticipada de cargos, y sirve para desarticular las bandas criminales.

En Colombia hoy en día se persiguen judicialmente nuevas prácticas corruptas tremendamente lamentables sobre los recursos públicos, como la de los llamados carteles de la hemofilia, del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida), de la rehabilitación y de las terapias de personas con discapacidad, de las personas mayores, así como de las personas abandonadas, de la alimentación escolar, entre muchas otras. Ello supone una cadena larga de actores privados involucrados que incluyen al sector de la salud, atendido por empresas privadas que certifican procedimientos inexistentes, suministros no realizados y costos exagerados e inauditos de

medicamentos, incapacidades, y también de exámenes de muy alto costo no realizados.[32]

Igualmente, la corrupción de nuevo cuño tiene expresiones como el reconocimiento de alumnos inexistentes, de afiliados muertos a los sistemas de salud que reciben tratamientos y procedimientos de alto costo sufragados por la Administración pública. Casos de derechos laborales y pensionales a maestros sin requisitos, incluso forzados por vía judicial del amparo, que comprenden hasta clanes y grupos de jueces y funcionarios judiciales inmersos en esas prácticas corruptas para desangrar los recursos públicos a largo plazo.

Las nuevas modalidades de la corrupción sobre los recursos públicos crecen desbordando los mínimos límites tradicionales de la corrección humana y, en cierta forma, en algunos países —como Colombia— amenazan con derrotar las mínimas reglas de legitimidad que se espera de los gobiernos democráticos y republicanos.

En buena parte de los hechos de corrupción se ha encontrado que sirven para remunerar a los barones y a los capitanes electorales, y para cubrir los inmensos costos de las campañas electorales. Estos costos son impagables con recursos legítimos, dado que, además, la presidencia y la vicepresidencia se elige por el método de la doble vuelta, mientras que el Senado se elige en circunscripción nacional. Además, se deben financiar las campañas de miles de ediles locales, concejales municipales, diputados departamentales, más de 1 200 alcaldes, 37 gobernadores, 102 senadores, 165 representantes a la Cámara, presidente y vicepresidente de la República en dos vueltas. En la mayor parte de las elecciones se han detectado inmemoriales actos de compra de votos y de clientelas irredentas que persisten de modo virulento e incontenible en condiciones de pobreza y desigualdad humana y social.

En 2018 sostuvimos que en las elecciones generales de 2018 en Colombia produciría un colapso electoral del régimen político que daría un grave vuelco en la lucha histórica contra la impunidad en materia de corrupción política y administrativa que llevaría a nuevos actores a los destinos públicos en las próximas elecciones generales.

Por parte, el incremento de la disponibilidad de los recursos fiscales y de los gastos públicos en nuestros Estados se ha dado en las tres últimas décadas gracias al relativo crecimiento económico de casi todos nuestros países

[32] En las auditorías fiscales realizadas a los llamados carteles de la salud y únicamente con el tema de la hemofilia, se afirma que la corrupción le costó al Estado 54 mil millones de pesos, cuando ninguno de los supuestos enfermos lo estaba y a pesar de que aparecían con certificados que resultaron falsos.

y a la aplicación de disposiciones y medidas de origen neoliberal y aperturista, creadoras de inmensas riquezas privadas y de la capitalización pública de recursos estatales, lo cual permite al erario público asumir compromisos muy grandes en materia de infraestructura y en asuntos sociales propios del Estado social y de la economía social de mercado.

Además, ese incremento de disponibilidad de recursos fiscales se potencializa en términos de favorecer el establecimiento de actos de corrupción pública, debido a la consecuente capacidad de arbitrar recursos, no solo monetarios, sino también jurídicos, como permisos y concesiones viales, de puertos, aeropuertos, peajes, dragados, con la creación de zonas francas, el establecimiento de exenciones tributarias, con concesión de permisos, licencias, autorizaciones, incentivos económicos, subsidios, tarifas y demás beneficios de origen estatal.

Todo esto también es producto de la globalización de los mercados con los tratados de libre comercio, con las apreturas económicas y a partir de la flexibilización de casi todas las fronteras comerciales en nuestros estados.

Dicha disponibilidad de recursos también se debe a la creciente mundialización de los capitales y de las capacidades de crédito de los Estados de América Latina, lo mismo que a la riqueza minera y extractiva de casi todos ellos, principalmente Brasil, Venezuela, Chile y México. Por ejemplo, en los años que corren, en Colombia el gasto público significa cerca de 28% del producto interno bruto y buena parte del mismo termina en manos de los corruptos y de los particulares beneficiados de la alteración o desatención de las reglas penales y contractuales aplicables a los negocios estatales.

Todo ello ha trasladado las reglas de la vieja gobernabilidad democrática a los nuevos escenarios de la gobernabilidad corrupta y patrimonial generadora de flujos de recursos para sostener las campañas electorales y para enriquecer a los representantes populares, a quienes se les ha asignado la dirección de la entidad pública.

En Colombia se modificó la Constitución para crear organismos de gobernabilidad conocidos como OCAD, y se crearon decenas de fondos presidenciales y gubernamentales encargados de recibir y administrar, con los gobernadores, alcaldes, senadores, representantes y ministros, el destino de los fondos públicos en obras públicas y en contratos orientados y definidos, en buena medida, mediante sobornos pagados por los contratistas designados desde esos escenarios constitucionales de gobernabilidad.[33]

[33] Ortiz, Julio César, "La importancia de la Constitución económica y la destrucción paulatina de la Constitución política", *Memoria del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Consti-*

Por su parte, en las instancias del Congreso de la República, las comisiones encargadas de hacer control político a los jefes superiores de la Administración logran grandes beneficios de las empresas contratistas si promueven sus necesidades contractuales y orientan la gestión gubernamental a favor de las empresas de quienes reciben sumas millonarias en dólares como sobornos.

Esto se puede comprobar en varios países, como en los casos de Brasil, Colombia, Argentina y Perú, donde para asegurar la estabilidad de los gobiernos se patrimonializan las administraciones públicas en todos los niveles y se les asegura a los actores flujos mensuales o semanales de recursos provenientes de las entidades administrativas distribuidas entre los políticos que respaldan una gestión o se sientan en las famosas mesas de unidad nacional o de gobierno local. En Colombia, como veremos, estas figuras se llaman "cupos indicativos", "la mermelada" y "el flujo".

El incremento del endeudamiento de todos nuestros Estados supone grandes cantidades de recursos para inversión en obras de infraestructura, así como para el funcionamiento de las entidades públicas, y ello ha generado una inmensa cantidad de oportunidades para gestionar y también administrar el gasto público en casi todos los niveles de las administraciones estatales.

Ya no encontramos entre nosotros gobiernos demagógicos ni militares como los que gobernaron en la región durante dos terceras partes del siglo XX, sino los nuevos populismos progresistas, antiprogresistas o autoritarios de pseudoizquierdas, como las autodenominadas revoluciones socialistas del siglo XXI, que se han entronizado entre nosotros, a pesar de que son escasos y aislados, especialmente en el doloroso asunto venezolano, que no cede ante la vigencia del derecho y reproduce y afianza un autoritarismo constitucional, demagógico y mafioso, haciendo mucho daño a la legitimidad de las instituciones democráticas y republicanas y al desarrollo humano y social sostenible.

En este orden de ideas, el desplome de la credibilidad de nuestros regímenes políticos en la región permite encontrar que, en el caso de Colombia, la mitad de los nacionales no cree en las instituciones, que solo una de cada cinco personas se identifica con un partido o movimiento político, y que una de cada tres personas cree que votar no sirve para nada.[34]

---

tucional, Bogotá, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Universidad de Externado de Colombia, 2016.

[34] "Los peligros de la indignación", *Revista Semana*, Bogotá, núm. 1870, 3 de marzo de 2018.

V. Las reformas constitucionales y legales

Como vimos, en la versión original de la Constitución de 1991 se reformaron de modo sustancial e instrumental las viejas instituciones colombianas del llamado control fiscal en cabeza de la CGR y del llamado Ministerio Público, que es una especie de autoridad administrativa y disciplinaria no penal, encargándose de ello a la PGN, dotándolas de inusitados y fuertes poderes de investigación y de sanción, inclusive sobre funcionarios de elección popular —es decir, alcaldes, gobernadores, senadores, representantes a la Cámara, diputados, concejales— y contra personas particulares responsables del manejo de recursos públicos, como los directivos y administradores de la empresas promotoras y prestadoras de servicios de salud, por ejemplo, en el conocido caso de la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo (SALUDCOOP).

En los últimos años encontramos serios reparos desde la óptica de la doctrina constitucional y del derecho administrativo a las funciones de las dos entidades de control, como quiera que aquellas se han dedicado a examinar la conducta de los servidores públicos y de los particulares que administran recursos públicos, con fundamento en lecturas sancionatorias de los principios de la función pública y del llamado Código Disciplinario Único, sin fundamentarlas en la existencia de dispositivos tipificadores de las conductas, lo que constituye un camino de autoritarismo y de persecución administrativa de los adversarios políticos, como ocurrió en el caso de Gustavo Petro Urrego en la PGN, o en el caso de los directivos de SALUDCOOP en la CGR. De igual modo, en Colombia se cuestionan los poderes exorbitantes de las superintendencias presidenciales de industria y comercio, financiera, de salud, de servicios públicos, que han generado verdaderos desastres económicos, financieros, de capital humano y de una posible persecución política y de bienes a los adversarios o disidentes del régimen.

En efecto, buena parte de las sanciones impuestas a los funcionarios públicos por razones disciplinarias se hacen encuadrándolas en principios abstractos con construcciones carentes de tipificación y precisión, en una especie de cogobierno por conceptos y opiniones diferentes sobre las políticas públicas, en franco deterioro de su legitimidad científica y más cercana a la política personal del procurador general y del contralor general. Y buena parte de las sanciones del control fiscal se fundan en especulaciones contables y en proyecciones infundadas sobre la gerencia de los recursos públicos o sobre las consecuencias del manejo de los recursos privados sobre los derechos del público o de los consumidores bajo las figuras del poder de inspección, control, vigilancia, intervención y liquidación, arropadas bajo los poderes

judiciales que excepcionalmente pueden ejercer las mencionadas entidades llamadas superintendencias.

También se crearon nuevos órganos y organismos judiciales dotados de recursos y funciones especializadas en la persecución de los delitos relacionados con la corrupción de los servidores públicos y agentes estatales, inclusive de los jueces, fiscales y abogados, como la hoy desaparecida Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la FGN.

En 1991 también se dispuso, como lo hemos enunciado, la creación de procedimientos vigorosos y muy efectivos, como la acción ciudadana de pérdida de investidura y el fuero penal indirecto de la misma alta corporación judicial sobre los más altos servidores públicos nacionales.

Existen otras instituciones novedosas en Colombia que no han sido puestas en funcionamiento en forma debida, como las citaciones y audiencias ante las comisiones de indagación e instrucción de las Cámaras del Congreso de la República, introducidas en el artículo 137 constitucional, que pueden formular preguntas a toda persona natural o jurídica sobre asuntos de interés de esas comisiones.[35]

Igualmente, se fortalecieron las funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias presidenciales y se les dotó de competencias sancionadoras administrativas y excepcionalmente jurisdiccionales, desarrolladas especialmente en casos de la libre competencia económica y de comportamientos éticos en los sectores financiero y de los servicios públicos. Sobre estas funciones caben varios reparos doctrinarios y dogmáticos, porque se filtran delicadas injerencias del Poder Ejecutivo en ellas y porque se desnaturaliza la función judicial excepcionalmente otorgada a esos servidores del Poder Ejecutivo. Las principales instituciones introducidas al ordenamiento constitucional colombiano en esa lucha contra la corrupción fueron puestas en funcionamiento pleno y dieron muy importantes frutos y resultados significativos, altamente provechosos, con datos como el de los

[35] Artículo 137. Cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre los hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante.

Si quienes hayan sido citados se excusaren de asistir y la comisión insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, después de oírlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva. La renuencia de los citados a comparecer o a rendir las declaraciones requeridas, será sancionada por la comisión con la pena que señalen las normas vigentes para los casos de desacato a las autoridades.

Si en desarrollo de la investigación se requiere, para su perfeccionamiento, o para la persecución de los posibles infractores penales la intervención de otras autoridades, se les exhortará para lo pertinente.

más de 1 500 alcaldes sancionados, centenares de congresistas condenados, miles de concejales y diputados procesados y condenados. Lo grave de esta situación es que buena parte de ella se impuso con fundamento en la doctrina de los tipos disciplinarios abiertos e incompletos y se reduce a la ampliación discrecional de los supuestos sustanciales de los dispositivos sancionatorios para sancionar adversarios políticos, como acabo de resumir.

De igual modo, en el desarrollo de sus competencias también se han afectado varios miles de personas particulares y centenares de personas jurídicas dedicadas a la apropiación ilícita de recursos públicos y, en cierta forma, con sus resultados, Colombia dejó de estar en las puertas del abismo, pues se le llegó a considerar un Estado fallido, en el que se combinaban todas las formas de corrupción de delincuencia, comenzando por la generada por los grupos de poderosos narcotraficantes infiltrados en la sociedad, en general, y en la política, en particular.[36]

Los balances cuantitativos en este primer cuarto de siglo de vida constitucional, en esta lucha dispuesta por los designios de la Asamblea Nacional Constituyente, son muy favorables a las entidades públicas creadas y reformadas por la carta política, pero también en estos años la percepción ciudadana y las cifras de posibles daños al patrimonio público son de nuevo de carácter catastrófico y pesimista, como las expresadas por el contralor general de la República.[37]

También es cierto que existe la percepción de la existencia de clientelas y compromisos clientelistas con senadores y representantes a la Cámara en los dos órganos de control, así como con los magistrados de las cortes en la FGN, considerando que son los agentes públicos que participan en la elección de los tres actores principales en el drama de la lucha contra la corrupción y el crimen en Colombia.

Durante los 27 años de vida de la Constitución de 1991, los llamados organismos de control, como la CGR y la PGN, además de los órganos judiciales como la FGN, han producido resultados mayúsculos en la lu-

[36] En una especie de balance sobre esta materia, es posible señalar en este sentido que, gracias a las instituciones constitucionales y a sus desarrollos legales, Colombia es el país que más resultados positivos puede mostrar en materia de lucha contra la corrupción de sus servidores públicos y de su clase política, contra el narcotráfico y sus efectos en la actividad política, y en las finanzas públicas y privadas. En todo caso la impunidad cubre algunos segmentos delicados de la economía y de la política nacional y local.

[37] De varias de aquellas reformas nos ocupamos a lo largo del presente trabajo, especialmente con las que se relacionan con la corrupción política, el paramilitarismo y los delitos de lesa humanidad en la vida de nuestra sociedad y la disciplina de los partidos, especialmente lo relacionado con los efectos de los procesos penales en la llamada Silla Vacía.

cha contra la corrupción en centenares de casos fallados en contra de servidores públicos y de particulares que administran recursos oficiales o afectados al servicio público: alcaldes, gobernadores, concejales, diputados, gerentes o presidentes de entidades públicas, por una parte, y senadores y representantes, por la otra. En gran medida, estas acciones exitosas de casos de lucha contra la corrupción han sido producto del accionar de las autoridades encargadas de la dirección de la CGR y de la PGN, con la colaboración de las veedurías ciudadanas y de la participación de ellas en las denuncias especializadas.

De igual modo, en los últimos años encontramos nuevas modalidades de corrupción administrativa y política, con la configuración de carteles y prácticas de saqueo a los recursos públicos, disfrazados de programas de atención a los derechos sociales a la salud, como el pago de tratamientos costosos a las personas con sida o hemofilia, o la rehabilitación de personas con problemas de inhabilidades, entre otros, y en los programas de subsidio y distribución de alimentos de los niños. Son notables los casos de corrupción con el pago de comisiones por la adjudicación de obras públicas y la creación de flujos sucios de recursos para beneficiar a los representantes políticos que se nutren de recursos provenientes de las empresas públicas u oficiales, destinados a asegurar la gobernabilidad en los diferentes sectores de los gobiernos y de las administraciones estatales.

VI. Una perspectiva reciente de Colombia

Como se advierte en el estudio difundido por el grupo de abogados de la campaña política de la llamada *Colombia Humana*, en el 2000, varios de los senadores de la bancada de la izquierda en el Congreso de la República, encabezados por el entonces candidato presidencial de ese grupo, Gustavo Petro Urrego, realizaron un debate sobre los auxilios parlamentarios supuestamente prohibidos por el artículo 136, numeral 4o., D, de la Constitución Política de 1991, y encontraron que ellos habían sido supuestamente revividos "clandestinamente" por el gobierno del presidente conservador Andrés Pastrana Arango, en medio de las ideas de la búsqueda de la paz con las FARC, de 1998 hasta 2004, y de la creación de la zona de despeje, siendo su ministro de Hacienda, el entonces presidente de la República, Juan Manuel Santos.

En la mencionada investigación, de la lista de congresistas beneficiarios encontraron que decenas de ellos se distinguían con códigos secretos para

asegurar la entrega de centenares de miles de millones de pesos del erario público a través de cupos que se establecían a cambio de su voto favorable a políticas del gobierno; lo que, en su opinión, configuraría lo que han entendido como uno de los mayores hechos de corrupción de Colombia, e identificaron los nombres de los mayores beneficiarios de dicha práctica y denunciaron que la entidad pública que repartía los auxilios era el entonces ministro de Hacienda. Muchos de ellos terminaron vinculados a un partido nuevo que serviría de estructura de la elección y de la reelección de Álvaro Uribe Vélez y de la elección y reelección de Juan Manuel Santos, denominado Partido de la Unidad Nacional. La mayor parte de ellos se integraron a las llamadas "mesas de unidad nacional" o formaron parte de un partido nuevo, vinculado al de los dos gobiernos del expresidente Santos, denominado Cambio Radical.

La prensa colombiana hizo eco de esas denuncias y de los debates, pero al parecer no se profundizó sobre él, ya que la investigación fue archivada por el fiscal general de la Nación, mientras que la investigación de la CGR se extinguió y la prensa no volvió a mencionarla.

Al final del debate, en el Congreso de la República se mostraron los lugares geográficos de los centenares de proyectos señalados por los congresistas, llamados "cupos indicativos", los cuales se financiaban con recursos públicos y en su mayoría se ocupaban de la construcción de pequeñas obras sanitarias, que en realidad nunca se hicieron y se ubicaban en zonas bajo control paramilitar.

De allí partió otra investigación sobre la articulación entre la clase política colombiana y el narcotráfico paramilitar, que se proponía ganar las elecciones locales y departamentales, apropiarse de las administraciones públicas para controlar todos los nombramientos y adueñarse de los recursos oficiales para financiar su proyecto nacional y de enriquecimiento personal.

Esa investigación mostraba que el mecanismo de financiación del paramilitarismo con recursos públicos se hacía a partir de una fuerte alianza entre las mafias políticas locales y los más importantes actores políticos nacionales en el corazón del establecimiento político colombiano.

En dicho estudio se sostiene que muchos de esos congresistas se había enriquecido con tierra barata que los campesinos vendían después de cada masacre paramilitar y que luego compraban para entregarla a sus jefes y venderlas, con el fin de que las ganancias se distribuyeran entre otros jefes paramilitares y los bolsillos de los políticos de sus regiones.

Así, gracias al terror paramilitar se estableció el negocio de la tierra barata revendida a precios altos, en manos de muchos políticos locales, em-

presarios poderosos y algunos altos dignatarios públicos. Según el citado estudio, el mecanismo de captura de rentas generadas por el terror explica el porqué del desplazamiento más grande del mundo de millones de personas desalojadas de sus tierras y pueblos, y llevadas a la pobreza y la miseria, como víctimas de la violencia en las ciudades del país.[38]

Además, durante la primera década del siglo XXI se hicieron varios debates para demostrar los vínculos de la clase política local con el paramilitarismo narcotraficante, sin mayores consecuencias ante las masacres y sus autores.[39] La CSJ de ese entonces los recogió como procesos judiciales exitosos y expandió la investigación a todo el país, y decenas de senadores y políticos locales fueron a parar a la cárcel, pero no sus jefes. Aquellos ya no eran pastranistas, se habían vuelto uribistas, al igual que la mayor parte de la clase política nacional y local.

Las castas comenzaron a caer en prisión y sus socios continuaron en el desarrollo de la política, a tal punto que muchos de ellos tuvieron que poner en lugar suyo a sus hombres y mujeres de confianza, en lo que se denominó "la política en cuerpo ajeno", es decir, de los familiares del condenado, por la CSJ colombiana.

Los debates y los procesos judiciales de la CSJ demostraron efectivamente que el poder local en Colombia, donde está la mayoría del electorado, se construía a partir de una fuerte alianza entre clase política local y narcotráfico paramilitar, y que este estaba ligado al poder central de Colombia.

Por otro lado, en 2010, los mismos senadores y representantes realizaron el informe sobre la contratación de los recursos públicos de Bogotá, develando el llamado cartel o "Carrusel de la Contratación". Con nombres propios mostraron cómo operaba una serie de conglomerados de constructores convertidos en grandes contratistas del Estado y otras grandes empresas extranjeras, hoy comprometidas con el crimen de la corrupción. De esas investigaciones resultaron vinculados penalmente el alcalde de la ciudad de Bogotá, su hermano y varias decenas de concejales y contratistas, siendo condenados a varias decenas de años de prisión.

Se pudo concluir que los grandes contratistas eran pirámides financiadas con el erario y que solo podían crecer y sostenerse con el pago de fuertes sobornos que dejaban huecos financieros en los proyectos que construían, y que solo se podían llenar con nuevos contratos más grandes que, a su vez, solo se conseguían con pagos mayores de sobornos y así sucesivamen-

[38] López Hernández, Claudia, *op. cit.*

[39] Serrano, Alfredo, *La multinacional del crimen,* t. II: *La tenebrosa oficina de Envigado,* Bogotá, Random House Mondadori-Debate, 2010.

te. Varios conglomerados cayeron en manos de la justicia como castillos de naipes, y al no ser beneficiarios de las más importantes obras públicas, los demás también cayeron por la misma razón.

En el mencionado estudio se reclama que lo descubierto en Bogotá sirvió para perseguir a uno solo de los grupos de contratistas y no para investigar y sancionar a los demás grandes consorcios delictivos también denunciados, a pesar de mostrar que operaban como empresas con sobornos. Hoy advierten que la FGN no solo negoció las versiones de inculpación, sino también el silencio de otros actores públicos de la corrupción.

Los mencionados exsenadores que han cambiado de partido según los cambios de presidentes han sido intermediarios y testaferros de los sobornos pagados por otros grupos de contratistas, y sus destinatarios también han sido congresistas y funcionarios del entorno del Gobierno, para lograr la ampliación a los contratos entregados bajo formulas corruptas a dedo, con los grupos más ricos de Colombia, lo que a su parecer demuestra que la coalición entre mafias políticas locales y el establecimiento se hace presente sin contemplaciones.

En el citado estudio se afirma que el poder político de Colombia funciona como una alianza entre el establecimiento, círculo cerrado y hereditario de dueños de la economía, los medios y el Estado central, con las mafias políticas locales ligadas al narcotráfico y al paramilitarismo, y que esa alianza permite su gobernabilidad.

Desde su punto de vista, sin ella no podrían ganar elecciones, dado que el establecimiento no ejerce ningún liderazgo sobre la ciudadanía, no es legítimo, y la clase política local es experta en obtener los votos comprándolos, ya que unos y otros configuran el poder político del país, y su costo es que la alianza solo se mantiene si se permite el robo del erario público, pues la corrupción es su cemento.

Los contratistas se volvieron dueños de la política y de la prensa, y los agentes de la política tradicional serán sacrificados uno a uno en sus aspiraciones políticas, en una especie de demolición implacable de los nuevos barones de la política nacional, alcanzando a infiltrar a servidores de la FGN y de la PGN.

VII. Conclusiones

La Constitución Política de 1991 introdujo una muy importante serie de disposiciones normativas que se ocupan de la disciplina de la conducta oficial de los servidores públicos, del control fiscal y del manejo y disposición de los

recursos públicos, en todo caso, relacionados de modo directo con la lucha contra la corrupción administrativa y política.

En el Estado colombiano se han adoptado muchas otras herramientas en concordancia con el Estatuto Anticorrupción, para avanzar en la prevención y en la lucha contra la corrupción: el Decreto Ley antitrámites de 2011; la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Nacional expedida en 2014; la Ley de Lucha contra el Contrabando de 2015; la Ley Estatutaria de Participación Ciudadana de 2015; el Decreto Reglamentario de la Ley General de Archivos también de 2015; la llamada Ley antisoborno de 2016; el Decreto que regula la categoría de personas expuestas políticamente de 2016; el Decreto que regula el proceso de nombramiento por meritocracia de los miembros de la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha contra la Corrupción de 2016, y el Decreto que reforma el nombramiento para periodos fijos de cuatro años de algunos superintendentes de 2016.

A manera de conclusión, respecto a la actual situación de la lucha institucional contra la corrupción en Colombia, encontramos que esta, en cuanto fenómeno social de importancia económica y política, se ha transformado radicalmente y ha logrado y permitido la incorporación de herramientas y recursos sofisticados desde el punto de vista tanto técnico como normativo y de la doctrina del derecho penal, que la hacen más eficiente, más eficaz y, en algunos casos, más contundente, pero de cualquier manera insuficiente para derrotarla de manera importante.

Como vimos, también se expidió el llamado Código Disciplinario Único por medio de la Ley 734 de 2002, que sirve para investigar y sancionar a los servidores públicos desde el punto de vista disciplinario y correccional con funciones contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que ha sido aplicada con fines políticos e ideológicos, como el caso del alcalde de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, entre muchos otros.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, las instituciones colombianas ahora han sido dotadas de muy importantes reglas, procedimientos y organismos vigorosos, novedosos y poderosos en la lucha contra la corrupción política, administrativa, financiera y privada como nunca antes en la vida nacional, y sus instituciones constitucionales y legales son examinadas con sumo interés por los regímenes democráticos de América Latina como ejemplo de empeño del régimen jurídico y de los principales actores políticos y del sistema constitucional vigente para superar los graves defectos creados por la corrupción y las mafias y carteles de políticos y de delincuentes comunes, para apropiarse de recursos públicos y de instituciones políticas a las que desangran y exprimen a favor de sus arcas particulares.

Ante los permanentes retos de los diferentes actores de la corrupción y de los relativos éxitos de las metodologías empleadas en Estado colombiano contra su accionar delictivo, se ha debido innovar permanentemente con instituciones eficientes y pasar por encima de ciertas garantías procesales tradicionales, lo que ha producido buenos resultados, pero que resultó insuficiente y ha fracasado en algunos casos durante varios años, pues las prácticas de la corrupción, como dijimos, han permeado el régimen político desde las más altas estructuras del poder, comenzando por el despacho de la presidencia de la República y los principales departamentos de la Administración nacional, lo que se ha replicado con intensidad a nivel territorial.

Edgardo Maya Villazón, responsable de la vigilancia de la gestión fiscal de los recursos públicos, aun después de cuatro años de importante servicio como contralor general de la república, de ocho años como la cabeza de la PGN y de ocho años como magistrado responsable de vigilar y sancionar la conducta disciplinarias de fiscales, jueces y magistrados del Poder Judicial, advierte que el mal de la corrupción se ha extendido en Colombia a tal grado que

> […] ya no puede mirarse desde el punto de vista de que es un hecho coyuntural, sino que es un fenómeno que está en la estructura no solo del Estado sino de la sociedad en toda su inmensidad y está ocasionando unos grandes daños en la opinión. Yo, como contralor y con mi experiencia como procurador general durante ocho años y de magistrado otros ocho, he mirado que la película se repite, pero cada día la dimensión es superior y que [...] el partido más fuerte que hay en Colombia es el partido de las contrataciones […]

Coincidimos con el actual contralor general de la República en que los costos de las campañas políticas han llevado al país a que estas se financien con recursos públicos de origen corrupto, y de ahí surge el partido más fuerte que hoy existe en Colombia, que es el de los contratistas, pues ellos son los que terminan financiando esas campañas, ya que las sumas invertidas se "recuperan" posteriormente.

Como señalamos, en Colombia existen casos concretos de megacorrupción, como el de los mayores costos de la refinería de Cartagena "Reficar", que se contrató por 3 960 millones de pesos y costó 8 mil millones; y el túnel de "La Línea", que se contrató por 600 mil millones de pesos, y hasta hoy lleva una inversión de 2 billones de pesos, y se calcula que falta un billón más para terminarlo.

También se denuncian otros hechos de corrupción de grandes dimensiones en la llamada "Ruta del Sol" en varios de sus tramos. De igual manera se

denuncian otros procesos de notable corrupción en distintas líneas de gasto y distribución de los recursos públicos, especialmente en materia de salud, alimentación escolar, educación, infraestructura general, también a nivel departamental y municipal.

Muchos de los creadores de opinión en Colombia sostienen que existían grandes niveles de desesperanza en medio del proceso político electoral, lo que podía conducir a una reacción masiva de la sociedad y a que algunos actores ilegítimos pudieran capitalizarla. Ahora bien, como dijimos, la corrupción no solo es imputable al sector público y sus agentes; ellos no actúan solos, y además necesitan del concurso de los agentes del sector privado en varias expresiones de coautoría, complicidad o de encubrimiento. En todo caso, es posible que se enquiste en los grupos sociales como una patología adictiva grave que pareciera insuperable.

En Colombia, además de las importantes instituciones que fueron incorporadas a la Constitución en 1991 y que acabamos de mencionar, se han desarrollado veedurías ciudadanas muy eficaces que han probado que los órganos de control, por sí mismos, no acaban con la corrupción. Estas comenzaron como desarrollo legal desde la CGR durante la gestión de Carlos Ossa Escobar, y han sido una de las grandes transformaciones políticas nacionales fundada en el control fiscal participativo y en la colaboración ciudadana.

Además, solo con la construcción de políticas públicas fundadas en el control ciudadano, con veedurías ciudadanas especializadas y con la promoción de las denuncias públicas apoyando a las contralorías, la Fiscalía y la Procuraduría han logrado muy importantes acciones de persecución y castigo a los corruptos.

En resumen, es posible que se necesite de un gran acuerdo nacional contra la corrupción como resultado de una política de Estado como la mayor apuesta política en combatirla de todas las formas legales indispensables dentro del marco del Estado de derecho y de la democracia republicana, ya que dicho fenómeno hoy tiene dimensiones inimaginables, pero dicho acuerdo debe celebrarse fuera del círculo del poder y de su bloque hegemónico, que hoy arrastra el mayor desprestigio en la historia nacional.

En mi opinión, no creo que peligre el Estado por las modificaciones y las nuevas modalidades de la corrupción, y tampoco que estemos al borde del abismo si no se elimina la corrupción, menos cuando en Colombia hemos hecho semejante tarea de ajuste institucional y hemos logrado descubrir buena parte de las prácticas corruptas de nuevo cuño.

La corrupción no destruye el Estado, sino que permite que otros actores, corruptos o no, desplacen a los actores del régimen, y así sucesivamente, como ha sido la historia de la humanidad desde que existe el Estado. Tampoco se destruye la sociedad colombiana por los casos de hemofilia, de la salud, de la infraestructura, de la alimentación escolar, de los planes de ordenamiento territorial y del suelo, de las licencias de construcción, del medioambiente, de la educación, pues lo que genera los escándalos por los hechos de corrupción descubiertos es el descrédito de la sociedad y de sus dirigentes, y puede provocar sustituciones de élites y bloques en el poder, además de atraso social, que tanto dolor produce.

En ciertos momentos de la historia de la corrupción de los pueblos, como el que vivimos en América Latina, podemos decir que la corrupción opera como una adicción patológica sin control, que produce sujetos dependientes de los riesgos que supone y de los beneficios perversos que satisface.

EL DERECHO ESPAÑOL ANTE LA CORRUPCIÓN

Miguel REVENGA SÁNCHEZ*
José Joaquín FERNÁNDEZ ALLES**

"Corrupción y democracia son hasta tal punto incompatibles que, en rigor, no puede hablarse de democracia corrupta porque si es corrupta, deja de ser democracia".

Alejandro NIETO GARCÍA[1]

SUMARIO: I. *El derecho ante la corrupción*. II. *Corrupción y derecho constitucional: marco conceptual*. III. *El régimen jurídico de la corrupción: un festín normativo que no ataja las causas*. IV. *¿Para cuándo la regulación de los grupos de presión e interés?* V. *Corrupción y gobierno multinivel: Unión Europea, comunidades autónomas y entes locales*. VI. *Reflexiones conclusivas.*

I. EL DERECHO ANTE LA CORRUPCIÓN

Aunque por razones metodológicas no corresponde al jurista de lo constitucional entrar en el negociado de penalistas o sociólogos, al menos a título

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz, ha sido director del Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, *Visiting Scholar* en la Universidad de California, en Berkeley, y *Jean Monnet Fellow* en el Instituto Universitario Europeo de Florencia (Italia). Tiene reconocidos seis sexenios, el máximo del Sistema Nacional de Investigación. Es presidente emérito de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE).

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz. Responsable de la Red Iberoamericana de Investigación. Codirector de la Revista Iberoamericana de Relaciones Intergubernamentales. Ha sido miembro de más de 25 proyectos internacionales y nacionales de investigación. Miembro del Consejo del Programa de Estudios Europeos de la Universidad de Concepción y del Consejo Académico del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Coordinador del Informe Iberoamericano de Relaciones Intergubernamentales.

[1] *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 156.

meramente ilustrativo debe aclararse (pensando en el potencial lector no español) que, bajo la vigencia de la Constitución de 1978, la historia política y judicial de España camina (como solo puede darse en un Estado con Poder Judicial independiente y libertad de prensa) por la senda de decenas de causas y condenas por corrupción que han protagonizado, y siguen protagonizando, la crónica cotidiana, periodística y política.[2]

Para comprender la forma en que el ordenamiento español ha afrontado el "estado de corrupción"[3] que ha podido aquejarle, y a los fines de una completa y sistemática descripción y análisis del régimen jurídico de la corrupción en España, resulta útil atender, en aplicación de la denominada interpretación auténtica, a la motivación justificadora incorporada al más de un centenar de normas de rango infraconstitucional que regulan este ámbito normativo. Se trata de una aproximación exegética de la que pueden extraerse enseñanzas interesantes: en primer lugar, la constatación de que las exposiciones de motivos y los preámbulos rara vez asumen, en este ámbito, planteamientos etiológicos acerca de una cuestión que resulta disolvente para la credibilidad del Estado de derecho, repercutiendo sobre la fragmentación parlamentaria y acentuando la inestabilidad política que padecemos en España, por lo menos desde 2011.

Esta mirada del legislador hacia los efectos del mal, pero no hacia las causas que lo originan, repercute sobre el articulado de las normas, en el que se aprecia una diagnosis certera del problema, y la prescripción de

---

[2] Sin ánimo de ser exhaustivos, y por el nombre con el que son conocidos los casos: *Roldán, Planasdemunt, Urralburu, FILESA, Lino* (Castilla-La Mancha), *Guerra* (Andalucía), *Astapa* (Andalucía), *Malaya* (Andalucía), *Baltar* (Galicia), *Alquería* (Valencia), *Naseiro* (Galicia), *Andraxt* (Baleares), *Mercasevilla* (Andalucía), *Banca Catalana* (Cataluña), *AVE, Palau* (Cataluña), *CAM* (Valencia), *Palma Arena* (Baleares), *Bankia* (Madrid y Valencia), *Invercaria* (Andalucía), *cursos de formación* (Andalucía), *Nóos, Bárcenas*… Si se nos permite sintetizar, por su utilidad explicativa, el listado publicado en la última Memoria anual de la Fiscalía Superior del Estado (2020), diremos que la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada ha intervenido en asuntos tan presentes en los medios de comunicación como los siguientes: por corrupción, *GÜRTELL, NAVANTIA,* "familiares de quien fuera presidente de la Generalitat de Cataluña", *Caso 3%, PÚNICA, ACUAMED, PLAZA S. A., Responsable infraestructuras Levante (ADIF), Querella del Ministerio Fiscal-Caso LEZO, Parques Eólicos, Fondos mineros, Caso Scardovi, Comisarios CNP-Operación TÁNDEM, Asunto de los ERE'S, Plan General de Ordenación Urbana de Alicante, CREEX y otros, G. P. Fórmula 1, Operación Poniente, Corrupción urbanística en La Axarquía, Asunto "Las Teresitas"…;* y, por delincuencia económica, *Forum Filatélico, AFINSA, IVA-Diligencias Previas 241/2006, INFINITY, SGAE, NUEVA RUMASA, Caja de Ahorros del Mediterráneo, BANKIA, Banco de Valencia, PESCANOVA, "HSBC, asunto FALCIANI", Bancaja Gran Coral, Vitaldent, Banco de Madrid, Iberdrola, Banco Popular, Real Federación Española de Fútbol, GOWEX, URBAS o ABENER. Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2019*, Madrid, 2020, *https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/index.html.*

[3] Grondona, Mariano, *La corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, pp. 11 y ss., 57 y ss.

ciertos principios activos destinados a paliar los efectos del mismo, pero no una identificación pertinente de las causas de la enfermedad, ni una vacuna dirigida a prevenirla. Sirva como ejemplo el razonamiento recogido en el Preámbulo del Convenio Civil sobre la Corrupción (núm. 174 del Consejo de Europa), de 4 de noviembre de 1999, ratificado por España el 1 de diciembre de 2009, cuando asegura que la corrupción "constituye una grave amenaza para la primacía del Derecho, la democracia y los derechos humanos, la equidad y la justicia social, que obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro el funcionamiento correcto y leal de las economías de mercado".[4]

Por lo general, todos los convenios, leyes, directivas e iniciativas parlamentarias vigentes en España coinciden en testimoniar la corrosiva lesividad de la corrupción sobre la confianza popular en las instituciones y sobre la adhesión popular al pacto fundacional de convivencia en el que descansa la Constitución; también resaltan sus indeseables efectos económicos y políticos, pero lo hacen de una manera superficial, esto es, sin que se aprecie una sincera autocrítica ni una voluntad de profundizar en sus causas últimas. Estas guardan relación directa con acusadas carencias en materia de cultura constitucional y ética pública, lo que repercute sobre nuestros partidos políticos, sobre nuestras estructuras políticas y administrativas y, en definitiva, sobre las pautas y modos de comportamiento de nuestra sociedad.

Son pocas las fuentes o autoridades oficiales que se dirigen a la raíz del problema. Por poner otro ejemplo: según la exposición de motivos del Proyecto de ley de lucha contra el fraude y la corrupción y protección de la persona denunciante, tramitado en el Parlamento de Andalucía, se trata de "un problema sistémico que afecta al corazón de la democracia y que exige la adopción de medidas efectivas de regeneración pública".[5] Con mayor

[4] Como en el caso del Convenio Penal sobre la Corrupción (núm. 173 del Consejo de Europa), este convenio se ratificó con una expresa y oportuna declaración sobre Gibraltar. Instrumento de Ratificación del Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, España, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 78, de 31 de marzo de 2010.

[5] Según esta Exposición de Motivos, en "los últimos años, los sucesos de fraude y corrupción empresarial, institucional y política en la Comunidad Autónoma de Andalucía han generado no solo el rechazo de parte de la ciudadanía, sino que también han contribuido al desprestigio de nuestras instituciones. El uso clientelar que, en ocasiones, se ha hecho de los fondos públicos ha producido la percepción de que la corrupción goza de cierta impunidad o no se persigue con el ahínco que debiera". Proyecto de Ley de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante. Principado de Asturias, *BOPA* 514, de 15 de febrero de 2021, *http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=bopa&id=152134.*

impronta propositiva, el Defensor del Pueblo afirmaba no hace mucho, sin mayores concreciones, "que la lucha contra la corrupción, los conflictos de intereses y el favoritismo, exige cambios profundos en la forma de actuar de la Administración y de la sociedad en su conjunto que permitan disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa".[6] Y es que, como advirtió hace años el insigne administrativista Alejandro Nieto, la corrupción "aparece, con mayor o menor gravedad, en todos y cada uno de los ámbitos de la vida social".[7]

Tenemos, pues, un estado de opinión (de indignación o de resignación, según los casos) que, como vemos en las citas recién reproducidas, ha acabado por ser interiorizado en las sedes oficiales y en la academia, sin que de ello se derive la desaparición o atenuación de la apertura de sumarios judiciales por causas penales relacionadas con la corrupción. Según la premisa bien asentada, la corrupción se nos aparece como un *fact,* una lacra con la que hay que contar (para intentar atajarla) como si fuera algo consustancial a las estructuras de poder y con presencia desde tiempos inmemoriales como consecuencia de causas endógenas y exógenas que pueden analizarse, pero no corregirse.[8]

A este estado de la cuestión, un tanto derrotista, se suma en España la constatación de que la corrupción se nos muestra también como una oportunidad, o una baza, disponible para ser utilizada y rentabilizada en términos de contienda electoral. Salvo en el caso de la alternancia Unión de Centro Democrático-Partido Socialista Obrero Español (UCD-PSOE) de 1982 (que se produjo en el contexto de una España convulsionada por el terrorismo, la implosión del partido en el gobierno y el golpe de Estado de 1981), los demás reemplazos de partidos políticos en el Gobierno de la Nación han tendido siempre a coincidir con escándalos motivados por casos de corrupción. Así fue en la última etapa del PSOE antes del primer Gobierno del Partido Popular (PP) en 1996 (casos de Grupos Antiterroristas de Liberación [GAL] de guerra *sucia* contra el terrorismo y escándalo del saqueo de fondos protagonizado por el exdirector general de la Guardia Civil), y así también en la sucesión PP–PSOE, en 2004 (los casos judiciales del PP en las comunidades autónomas de Madrid y Valencia), o en la del PSOE-PP en 2011 (casos de corrupción en Andalucía, que es la comuni-

[6] Defensor del Pueblo, "Informe de gestión", *Informe anual 2020*, Madrid, 2021, vol. 1, p. 750, *https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2021/05/Informe_anual_2020-1.pdf.*

[7] Nieto García, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, *cit.,* p. 157.

[8] Véase una relación amplia de las causas exógenas y endógenas de la corrupción, en Goig Martínez, Juan Manuel, "Transparencia y corrupción. La percepción social ante comportamientos corruptos", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 75 y 76.

dad autónoma que más votos ha aportado tradicionalmente al PSOE en las elecciones generales),[9] todo lo cual ha ido afianzando un estado de alarma social potenciado por la crisis del bipartidismo y el aumento de la desafección política, en un ambiente de acusaciones cruzadas, con casos judiciales que han afectado a varias comunidades autónomas y han acabado por implicar de manera rotunda y directa a la institución de la Jefatura del Estado. La corrupción acreditada por sentencias judiciales forma hoy parte de nuestra realidad institucional y se nos aparece incrustada en los procesos políticos: financiación de los partidos, clientelismo, contratación pública, urbanismo... Y siempre con presencia "atronadora" en los medios de comunicación, unas veces alumbrada por una supuesta finalidad regeneradora,[10] y otras con fines de pura agitación política, aunque lo normal es que se mezcle una cosa con la otra.

Los estudios sociológicos sobre percepción de la corrupción, que elaboran periódicamente organismos oficiales o entidades tan prestigiosas como Transparencia Internacional (que elabora el índice de percepción de la corrupción [IPC]), corroboran que la corrupción forma parte de la médula de nuestros problemas colectivos, lo que conlleva un deterioro de la confianza en las instituciones y, como corolario, la inclusión de la corrupción en la agenda política y en los programas electorales. En septiembre de 2020, el informe mensual del Centro de Investigaciones Sociológicas (organismo autónomo adscrito al Ministerio de la Presidencia) indicaba que la corrupción y el fraude figuraban como la causa de preocupación de los españoles situada en cuarto lugar (tras el paro, la crisis económica y el coronavirus). Y el informe de abril de 2021 mantenía exactamente la misma pauta.

Cabe decir, en definitiva, que los perjuicios y las supuestas rentabilidades electorales que los actores políticos administran *pro domo sua* cuando

---

[9] El porcentaje de votos del PSOE de Andalucía en las elecciones generales pasó del 51.7% (2008) al 36.5% (2011), con cifras que solo se habían alcanzado en 1979. El diario *El País* informó con el siguiente titular de este descenso: "Andalucía deja al PSOE después de 34 años de fidelidad", *El País*, 21 de noviembre de 2011, *https://elpais.com/politica/2011/11/20/actualidad/1321810005_739938.html*. Cabe resaltar también que la moción de censura presentada en el Congreso de los Diputados contra el Gobierno de Mariano Rajoy, en mayo de 2018, cuyo triunfo determinó la caída del mismo y la investidura de Pedro Sánchez como presidente del Gobierno, tuvo su origen inmediato y directo en una sentencia de la Audiencia Nacional en la que se estatuía la responsabilidad penal del PP por el caso de la contabilidad y financiación ilegal conocido como caso *Gürtel*.

[10] Barrero Ortega, Abraham, "Regeneración democrática y el fantasma de la antipolítica", en Gómez Rivero, María del Carmen (dir.) y Barrero Ortega, Abraham (coord.), *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 15-17.

hablan de la corrupción han acabado por ocasionar un cierto círculo de efectos poco virtuosos: frente a la corrupción, recurrentes reformas legislativas que se "venden" como la respuesta a los peores males colectivos: corrupción política, enriquecimiento económico, fraude fiscal, información privilegiada… Pero al no terminar de resolver tales reformas los problemas de fondo que les dan su razón de ser, ellas mismas se convierten en un factor que multiplica y agrava el repertorio de los problemas: desapego político del electorado, movimientos ciudadanos que impugnan el pacto constitucional de convivencia ("no nos representan", Movimiento 15-M), crisis del sistema de los partidos tradicionales, formación de nuevos partidos, polarización política creciente y, en última instancia, la fragmentación parlamentaria, política de bloques e inestabilidad gubernamental como la que se vive en España desde hace un lustro.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos cuál es, si la hay, la respuesta que ofrecen la Constitución y el derecho constitucional para prevenir las causas y neutralizar los efectos de la corrupción.

II. Corrupción y derecho constitucional: marco conceptual

Bien por razones históricas, bien por decisión expresa del constituyente, la palabra "corrupción" tiene una desigual cabida en las constituciones: desde las 20 referencias de la Constitución de México[11] a la omisión en la gran mayoría de los textos constitucionales: Estados Unidos, Alemania, Italia, Francia, Portugal, Austria, Argentina… Lo común en el derecho constitucional comparado es silenciar la palabra "corrupción".[12] Por supuesto, tal es el caso de la Constitución española de 1978; y si nos fijamos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constatamos que, desde 1981, tan solo 35 sentencias

[11] México ejemplifica la constitucionalización de la corrupción a través de las reformas constitucionales aprobadas entre 1999 y 2019 en materia de organización judicial y procesal penal (arts. 19, 22, 73, 79, 102…). Otras referencias comparadas sobre esta materia, casi siempre con carácter meramente nominal, las encontramos en el art. 14 de la Constitución de Brasil, de 1988; el Preámbulo de la Constitución de Cuba, de 2019, o el art. 108.8 de la Constitución de Bolivia, de 2009: "Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: Denunciar y combatir todos los actos de corrupción". También referenciada en los artículos 123 y 231. Asimismo, el artículo 36 de la Constitución de Marruecos de 2011 "crea una Instancia nacional de probidad, de prevención y de lucha contra la corrupción".

[12] Vergottini, Giuseppe de, "Una *road map* contro la corruzione (An Anti-Corruption Road Map)", *Percorsi Costituzionali*, Milán, núm. 1/2, 2012, pp. 19 y 20, *http://magna-carta.it/pubblicazioni/corruzione-contro-costituzione/*.

se refieren a la palabra corrupción, y la mayoría de las veces como mera invocación o referencia indirecta, sin llegar a profundizar en el concepto ni en las implicaciones demoledoras que tiene la corrupción sobre los contenidos esenciales del constitucionalismo.[13]

La ausencia de referencias formales a la corrupción no significa, como es obvio, que ella sea un problema baladí o falto de relevancia constitucional. Atendiendo a las justificaciones legales, jurisprudenciales y doctrinales invocadas, podemos concluir que la heterogénea, incompleta y fragmentada regulación sobre la corrupción y los grupos de presión e interés en España está fundamentada constitucionalmente en los principios del Estado de derecho (control de la autoridad, responsabilidad, imperio de la ley, seguridad jurídica, separación de poderes) y del Estado democrático, con anclaje, cuando menos, en los artículos 23, 77, 103 y 106 de la Constitución de 1978: derecho de participación política, derecho de petición ante las cámaras, objetividad y control de la toma de decisiones por parte de las administraciones públicas. Todo ello, como decimos, con independencia de que la corrupción y sus perniciosos efectos sociales y políticos dificultan el cumplimiento de las funciones constitucionales más básicas: aceptabilidad del pacto fundacional de convivencia, integración, estabilidad gubernamental y seguridad jurídica.

Una mirada sobre el centenar largo de normas aplicables en España al fenómeno de la corrupción permite comprobar que, al menos en esto, lo del "ordenamiento" no es más que una aspiración o un nombre. Falta una definición uniforme de la corrupción más allá del estrecho e insoslayable ámbito de su tipicidad penal, del régimen sancionador administrativo o del control encomendado a órganos u oficinas parlamentarios o comisionadas por el Parlamento. La corrupción no se menciona en la oleada de más recientes reformas de los Estatutos de Autonomía (2006-2019); ni se dice nada tampoco sobre ella en la Ley General Administrativa (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), una disposición que fue elaborada ya en un contexto de alarma social causada por los múltiples escándalos de corrupción. La fragmentación normativa y las lagunas jurídicas dificultan y condicionan intensamente la actividad estatal de lucha contra la corrupción. Por otra parte, y a diferencia de lo que es común en el ámbito europeo, llama la atención la falta de regulación de los grupos de presión, de intereses o de cabildeo.

[13] Valgan por todas, sobre prácticas corruptas, las recientes STC 180/2020, de 14 de diciembre, *BOE* 22, de 26 de enero de 2021, FF. JJ. 5-9, y con referencia al ámbito de la contratación pública, la STC 68/2021, de 18 de marzo, *BOE* 97, de 23 de abril de 2021, F.J. 8.

La acepción número 4 del *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE) define la corrupción de la siguiente forma: "En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores".[14] A tenor de esa definición, y sin necesidad, por tanto, de tipicidad penal o antijuridicidad administrativa, bastaría el provecho económico de carácter espurio para que hubiera corrupción.

Si nos referimos a la acción que la provoca, según la RAE, "corromper" significa alterar y trastrocar la forma de algo; echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo; sobornar a alguien con dádivas o de otra manera; pervertir a alguien; hacer que algo se deteriore (las costumbres...). Además, para la RAE, no habría diferencia cualitativa ni cuantitativa con la "corruptela", en la medida en que es palabra sinónima de corrupción y se define como "mala costumbre o abuso, especialmente los introducidos contra la ley", sin excluir las actuaciones no previstas legalmente.

Más específicamente, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* define la corrupción solo en el ámbito penal y con naturaleza antijurídica: "Comportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargos públicos, o a personas privadas, a los efectos de obtener ventajas o beneficios contrarios a la legalidad o que sean de naturaleza defraudatoria".[15] Si este comportamiento "contrario a la legalidad" se produce en el ámbito de las funciones que el sujeto activo desarrolla en la Administración pública, la RAE adjetiva la corrupción como "corrupción pública".[16] En desarrollo de esta caracterización política de la corrupción, y siguiendo su conocida tesis sobre la organización del desgobierno, Alejandro Nieto parte de la premisa de que la "corrupción acompaña al Poder como la sombra al cuerpo" para destacar a continuación que "dentro del Estado oficial y armónico descrito en la Constitución […] hay otro Estado semi-clandestino en donde realmente se desarrolla la vida pública",[17] concluyendo que la "corrupción como desgobierno"[18] es una nota que acompaña necesariamente al sistema político (corrupción sistémica o "corrupción democrática").[19]

---

[14] RAE, *Diccionario de la lengua española*, "Corrupción", *https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n.*

[15] RAE, *Diccionario panhispánico del español jurídico,* "Corrupción", *https://dpej.rae.es/lema/corrupci%C3%B3n.*

[16] *Ibidem,* "Corrupción pública", *https://dpej.rae.es/lema/corrupci%C3%B3n-p%C3%BAblica.*

[17] Nieto García, Alejandro, *El desgobierno de lo público, cit.*, pp. 154 y 155.

[18] *Ibidem,* pp. 153 y 154.

[19] Sobre el análisis sistémico de la corrupción véase Nieto García, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 13-15 y 45 y ss.; Nieto García, Alejandro, *El desgobierno de lo público, cit.*, pp. 158 y 168.

Ahora bien, el propio Alejandro Nieto explica que debe diferenciarse entre corrupción y patrimonialización, aunque una y otra puedan coincidir. En sus palabras, "la victoria en la lucha política desemboca en el reparto del botín y la ocupación de los cargos públicos, un proceso que en ocasiones no se detiene […]" y en virtud del cual "el titular sabe que puede obtener del cargo público una rentabilidad mayor si aprovecha los privilegios del poder para practicar la corrupción". Podríamos ir más allá y precisar que no es que la patrimonialización del poder, al menos en el sentido *weberiano* del término y en sus diversas formas, pueda coincidir con la corrupción, sino que, habitualmente, es el desconocimiento y/o menosprecio de todo cuanto significa el Estado de derecho lo que delimita el contexto natural de la corrupción.[20] Movidos por inercias históricas o por un corporativismo mal entendido, funcionarios y cargos públicos dan en creer que el puesto de trabajo, el espacio físico y las competencias que lo acompañan, son dominio propio del que, en consecuencia, se pueden obtener réditos y ventajas, tejer clientelas o imponer servidumbres, aunque formalmente sean legales, en lugar de un ámbito de servicio público subordinado al interés general. Y muchas veces sin que todo ello vaya de la mano de una conciencia, siquiera somera, del carácter corrupto de la conducta.

Es en ese contexto de "patrimonialización" de lo público, a veces percibido y consentido estoicamente por el ciudadano, en el que se incardinan los elementos subjetivos de la teoría jurídica sobre la corrupción: principalmente el corrupto (quien se deja o ha dejado sobornar, pervertir o viciar)[21] y el corruptor (la persona que corrompe).[22] Tanto uno como otro sujeto pervierten una situación jurídica que constitucionalmente está concebida para "servir" con objetividad los intereses generales, sometida plenamente al derecho (art. 1031 de la Constitución española [CE]) y excluyente de todo beneficio particular: lucro económico, preferencia en el disfrute de derechos, trato de favor en los servicios públicos o en la contratación administrativa, acceso a un puesto de trabajo, promoción funcionarial… Como consecuencia de la deficiente educación constitucional y la nula conciencia ética, corrupto y corruptor ignoran o aparentan desconocer que los empleados públicos son servidores y no dueños de las situaciones jurídicas generadas por el ejercicio de las potestades públicas. En su entorno convive una amplia gama de sujetos con responsabilidades diversas, algunos de los

[20] Sobre los regímenes neopatrimonialistas véase Trocello, Gloria, "Regímenes neopatrimonialistas. Apuntes acerca de los modos de ejercicio de la dominación política en América Latina", *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, núm. 1, 2014, pp. 1-3, 12 y 13.

[21] RAE, *Diccionario de la lengua española*, "Corrupto", *https://dle.rae.es/corrupto.*

[22] *Ibidem,* "Corruptor", *https://dle.rae.es/corruptor.*

cuales —los llamados "jornaleros de la corrupción"—[23] son los que más expuestos quedan a los ojos de la sociedad, pese a que no suelen ser quienes obtienen más beneficio. Al "patrimonializar" el cargo o puesto de trabajo ("Hacer que algo pase a formar parte de los bienes materiales o inmateriales que se consideran como propios")[24] y olvidar que la relación jurídica funcionarial, laboral o administrativa está constitucionalmente configurada como relación de servicio público (art. 103.1: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales […]"), y no para servirse de ella (dominar o condicionar a los demás en provecho propio o de un tercero), los cimientos del edificio de la corrupción ya están asentados. La corrupción —dice de nuevo Nieto— es "el complemento natural de la patrimonialización del aparato del Estado".[25]

Según cual sea el grado de compromiso de la sociedad con el ideal de transparencia, surge la necesidad de dispensar protección a quien se ocupa de desvelar la actuación corrupta. Desde esta perspectiva, la figura del denunciante es objeto de una creciente atención por el legislador, compartiendo protagonismo con autoridades independientes y organismos reguladores de nuevo cuño concebidos para plantar cara a la corrupción sistémica. En el caso de los denunciantes, el derecho de la Unión Europea cuenta con un sistema de protección *ad hoc*: la Directiva (UE) 2019/1937.[26]

Alumbrada por la búsqueda de un objetivo importante de interés general para la Unión y para los Estados miembros, en el considerando 84 de la Directiva se lee que resulta necesario dispensar una protección efectiva de la reserva en cuanto a la identidad de los denunciantes, con el fin de proteger los derechos y libertades de los demás y, en particular, los de los propios denunciantes. A tal efecto, los Estados miembros de la Unión Europea pueden restringir el ejercicio de determinados derechos de protección de datos de las personas afectadas en la medida y durante el tiempo que sea necesario con el fin de frustrar los intentos de poner freno a las denuncias u obstaculizar su desarrollo mediante el intento de averiguar la identidad del denunciante. La Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar la existencia de un registro adecuado por lo que respecta a todas las denuncias de infracciones, con el fin de que puedan ser consultadas, y de que la información recogida en ellas pueda ser eventualmente utilizada como prueba. Los denunciantes deberán

[23] Nieto García, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, *cit.*, p. 165.

[24] RAE, *Diccionario de la lengua española*, "Patrimonializar", *https://dle.rae.es/patrimonializar.*

[25] Nieto García, Alejandro, *El desgobierno de lo público, cit.*, p. 155.

[26] Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión, *https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf.*

además tener protección contra toda forma de represalia, ya sea directa o indirecta, que se tome, se aliente o se tolere por su empresario o por los clientes o destinatarios de servicios y por personas que trabajen por cuenta o en nombre de estas, incluidos, por ejemplo, los compañeros de trabajo y directivos de la misma organización o de otras organizaciones con las que el denunciante esté en contacto en el contexto de sus actividades laborales.[27]

III. El régimen jurídico de la corrupción: un festín normativo que no ataja las causas

En el nivel normativo internacional, la corrupción está regida por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC), de 31 de octubre de 2003, ratificada por España mediante Instrumento de 9 de junio de 2006, cuyo artículo 6 establece que cada Estado "de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos encargados de prevenir la corrupción" dotados de independencia para que puedan desempeñar eficazmente sus funciones y dotados de "los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios". Todo ello con el objeto de lograr una "reducción sustancial de la corrupción y el soborno", que es uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 (ODS), de 25 de septiembre de 2015.

En el ámbito del Consejo de Europa, el artículo 2 (definición de corrupción) del ya citado Convenio Civil sobre la Corrupción, de 4 de noviembre de 1999, afirma que, a los efectos del mismo, se entenderá por corrupción

> [...] el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.

En parecidos términos se pronuncia el preámbulo del Convenio Penal sobre la Corrupción número 173 del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999 (ratificado por España mediante instrumento de 26 de enero de 2010).[28]

---

[27] Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, *cit.*, cdos. 84-90.

[28] Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) de 27 de enero de 1999, *BOE* 182, de 28 de julio de 2010.

Por lo que se refiere a los ámbitos estatal y autonómico, la Agencia del *Boletín Oficial del Estado* publica y actualiza el denominado "Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción", que sobrepasa con creces el centenar de normas (la mayoría son leyes) y el millar de páginas en las que se va desgranando el barroco y arracimado régimen jurídico español sobre esta materia, tanto en sus aspectos sustantivos como organizativo-institucionales.[29] Desde esta última perspectiva, destacan las unidades del Poder Judicial y de la Fiscalía (Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada), junto a organismos con competencia en la materia, como lo es el Consejo Asesor de Prevención y Lucha contra el Fraude a los intereses financieros de la Unión Europea.

El legislador codifica los principales ámbitos normativos sobre la corrupción en los siguientes apartados: *a)* Garantías; *b)* Responsabilidades e inteligencia, y *c)* Recuperación de activos contra el fraude y la corrupción. Las garantías pueden ser institucionales y procedimentales. En el caso de las garantías institucionales, se distingue entre "organismos colaboradores de prevención del fraude y la corrupción" y "agencias y servicios de prevención del fraude y la corrupción", diferenciando en este último caso las estructuras estatales (Ley General de Subvenciones, Consejo Asesor de Prevención y Lucha contra el Fraude, Ministerio de Hacienda) y las estructuras autonómicas.

Respecto a los organismos colaboradores de prevención del fraude y la corrupción, la profusa y dispersa normativa en materia de corrupción está integrada por las siguientes normas: Ley General Tributaria, Reglamento General actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria, Oficina Nacional de Investigación del Fraude, Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Unidad Especial de Coordinación sobre Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional, Ley de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, Unidad Especial de Colaboración y Apoyo a los Juzgados y Tribunales, Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Ley de Defensa de la Competencia, normativa sobre creación del fichero de datos de carácter personal "Registro de grupos de interés", Ley del Mercado de Valores, Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, Ley y Reglamento de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, el Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales del Colegio de Registradores y el Órgano Centralizado de Prevención blanqueo de capitales en Consejo General del Notariado.

[29] Código de Lucha contra el Fraude y la Corrupción, *BOE*, *https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=322&nota=1&tab=2*.

Por su parte, en el caso de las garantías procedimentales, se distinguen los procedimientos jurisdiccionales, los cuales se regulan en el Código Penal, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Ley Orgánica del Poder Judicial; y los denominados "procedimientos auxiliares de prevención del fraude y la corrupción" regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, las Inspecciones generales de Servicios de los Departamentos Ministeriales, la Ley General de Subvenciones, la Ley de Contratos del Sector Público, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la Ley de modificación de normativa tributaria y presupuestaria y la Ley de Secretos Empresariales, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la Ley Foral de las Policías de Navarra, el Texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco, la Ley de la Policía de la Generalidad-Mossos d'Esquadra, la Ley de Policía de Galicia y la Ley del Cuerpo General de la Policía Canaria.

En cuanto a las responsabilidades, su calificación permite diferenciar entre aquellas que son de naturaleza administrativa, de tipo contable y de índole penal sobre fraude y corrupción. Respecto a las responsabilidades administrativas, se trata de aquellas reguladas específicamente contra el fraude y la corrupción: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen gobierno, la Ley General Presupuestaria (parcial), el derecho de la Unión Europea (responsabilidades por incumplimiento del derecho de la Unión Europea), Ley General de Subvenciones, Ley General Tributaria, Reglamento General Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y la Ley de Contratos del Sector Público.

En todo lo relativo a las responsabilidades contables contra el fraude y la corrupción, el régimen jurídico se encuentra en las siguientes normas: Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley General Presupuestaria, normas sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable, Ley de la Audiencia de Cuentas de Canarias, Ley del Consejo de Cuentas de Galicia, Ley de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña, Ley del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, Ley de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, Ley Foral de la Cámara de Comptos de Navarra, Ley de la Cámara de Cuentas de Aragón, Ley Reguladora del Consejo de Cuentas de Castilla y León, Ley de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, Ley de Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana, Ley de la Cámara de Cuentas de Andalucía y Ley de la Sindicatura de Cuentas de las Illes Balears.

Y en tercer lugar, las responsabilidades penales contra el fraude y la corrupción se encuentran recogidas en los siguientes ordenamientos: Ley Orgánica del Código Penal Ley Orgánica de Represión del Contrabando; Ley Orgánica del Régimen Electoral General; Ley por la que se Regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea; Ley Reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación Penal en la Unión Europea; Ley Orgánica Complementaria; Ley Reguladora de Equipos Conjuntos de Investigación Penal, y Ley del Estatuto de la Víctima del Delito. Del régimen penal sobre la corrupción, reformado por la Ley Orgánica 1/2015 (LO 1/2015), de 30 de marzo, justo en un momento de gran preocupación social por la corrupción y cuantificable desapego ciudadano hacia los partidos políticos tradicionales, destaca el tipo delictivo de corrupción establecido en el artículo 286 *ter* 1, precepto que sanciona a quienes "mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase", en grado consumado o de tentativa ("corrompieren o intentaren corromper"), por sí o "por persona interpuesta" para contemplar el habitual uso de testaferros. Junto al corruptor, el corrupto es "una autoridad o funcionario público que actúa en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto", contemplándose tanto la actuación como la abstención ("actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales").

Las sanciones son de penas de prisión, multa, prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social, y de intervenir temporalmente en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a 12 años.

En cuanto a la cualificación, conforme al artículo 286 *quater*, los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando: *a)* el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado; *b)* la acción del autor no sea meramente ocasional; *c)* se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o *d)* el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad, considerándose también de especial gravedad cuando tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas o sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

Por lo que se refiere a la corrupción en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, deben mencionarse los delitos de corrupción en los negocios (reforma de la LO 1/2015) del artículo 286 *bis*, según el cual, el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. Según el apartado 2 de este precepto, con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.[30]

Por último, el régimen jurídico sobre inteligencia y recuperación de activos contra el fraude y la corrupción se proyecta en los siguientes ámbitos normativos: Ley que Regula el Estatuto del Miembro Nacional de España en *Eurojust*; Ley de Enjuiciamiento Criminal; Oficina de Recuperación y Gestión de Activos; estructura orgánica Básica del Ministerio de Justicia; ámbito de actuación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos; estructura orgánica básica del Ministerio del Interior; estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad (parcial); estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales; Reglamento de Control de Precursores

[30] Respecto a la corrupción específica en el deporte, el art. 286 bis 4 del Código Penal castiga a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de esta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquella en la que la mayor parte de los participantes perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate. LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE* 281, de 24 de noviembre de 1995.

de Drogas; Reglamento de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo; Comisión Ministerial de Administración Digital del Ministerio del Interior; Comisión Ministerial de Administración Digital del Ministerio de Justicia; Unidad de Apoyo a la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos y Comisión Nacional para Combatir la Manipulación de las Competiciones Deportivas.

IV. ¿Para cuándo la regulación de los grupos de presión e interés?

Evocando la elocuente pregunta ciceroniana *Quousque tandem abutere patientia nostra*, cabría cuestionar: ¿cuándo llegará la regulación de los grupos de presión y de interés?

La Proposición de Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 7 de mayo de 2021, destinada a incorporar un nuevo título XIV para la regulación de los grupos de interés,[31] señala que "la regulación de la actividad de influencia de los grupos de interés en el seno de las Cortes Generales es una asignatura pendiente del parlamentarismo español". Con más de siete décadas de retraso respecto a los Estados Unidos de América[32] y casi el mismo periodo de demora respecto a varios Estados europeos, España no contaba con una legislación sobre grupos de interés y *lobbies* hasta que, en 2016, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) creó un Registro de grupos de interés[33] de carácter parcial y voluntario que acoge a casi 600 entidades (2021), casi ninguna, por cierto, perteneciente al índice bursátil español (IBEX 35).[34]

Atrás quedan los fallidos debates, planteamientos e iniciativas de las últimas cuatro décadas: desde el trámite de redacción del artículo 77 de la

[31] Proposición de Reforma del Reglamento del Congreso de 7 de mayo de 2021, para incorporar un nuevo título XIV para la regulación de los grupos de interés, *Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG),* serie B, núm. 165-1, de 7 de mayo de 2021, *https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-165-1.PDF.*

[32] En 1946 se aprobó en los Estados Unidos de América la Federal Regulation Lobbying Act, de 1946, a la que siguió la Lobbying Disclosure Act, de 1995, y la Honest Leadership and Open Government Act, de 2007.

[33] *https://rgi.cnmc.es/.*

[34] En este registro se han inscrito asociaciones empresariales, empresas, despachos y consultoras, organizaciones no gubernamentales, grupos académicos y de reflexión, colegios profesionales o fundaciones, entre otros, que asumen un código ético en sus relaciones con los funcionarios de la CNMC que prohíbe traficar con la información obtenida o realizar obsequios o invitaciones a los funcionarios.

Constitución (ejercicio del derecho de petición ante las Cámaras) a la tramitación parlamentaria de la ya citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, cuyo texto final no reguló los grupos de presión, pasando por otras varias proposiciones de ley que no llegaron a prosperar. La mencionada Proposición de Reforma del Reglamento del Congreso, de 7 de mayo de 2021, tiene por objeto incorporar al mismo un nuevo título (que sería el XIV) sobre la regulación de los grupos de interés, con un registro público y accesible a través del sitio web del Congreso de los Diputados para la inscripción de los grupos de interés y sus representantes "que deseen desarrollar su actividad de influencia en el seno del Congreso de los Diputados".

De prosperar esta reciente Proposición, vendrán consideradas como "grupo de interés" las organizaciones y personas, sea cual sea su forma o estatuto jurídico, las plataformas, redes u otras formas de actividad colectiva sin personalidad jurídica que realicen "actividad de influencia". A tal fin, se introducen dos conceptos vinculados entre sí: *a)* la "actividad de influencia", definida como "toda comunicación, directa o indirecta, con miembros o empleados públicos del Congreso de los Diputados o de los Grupos Parlamentarios, que pretenda influir en la elaboración, tramitación o aprobación de proyectos y proposiciones legislativas o de otras iniciativas parlamentarias",[35] y *b)* la huella legislativa y el informe sobre la huella legislativa, con acceso "público, universal y gratuito", que según el artículo 214 de la mencionada Proposición de Reforma de Reglamento, se elaborarían por los servicios de la Cámara en la tramitación de cada iniciativa legislativa y donde quedarían reflejadas las propuestas que hayan recibido de los grupos de interés o de sus representantes, "entregando los documentos relacionados con ellas, y que hayan sido utilizados para la elaboración o enmienda de las iniciativas legislativas", así como sus modificaciones. Además, según esta propuesta de regulación, al registrar una iniciativa, los diputados, y grupos parlamentarios deberán comunicar "si tiene su origen en un grupo de interés". El informe de huella legislativa recogería también todas las votaciones producidas durante la tramitación, indicando el sentido de voto de cada uno de los miembros de la Cámara que hubieran participado. Este régimen reglamentario se completaría con un régimen sancionador para diputados y grupos parlamentarios, dejando sin respuesta muchas cuestiones que suscitan los agentes privados y públicos, nacionales e internaciona-

[35] Proposición de Reforma del Reglamento del Congreso de 7 de mayo de 2021, para incorporar un nuevo Título XIV para la regulación de los grupos de interés, *cit.,* arts. 209 y 210.

les, que influyen en los procedimientos decisorios de nuestras administraciones públicas.

Como en el caso de la corrupción, estamos ante un régimen jurídico incompleto y fragmentado, aún pendiente de una configuración normativa sistemática e integrada en el ordenamiento jurídico al servicio de la protección del interés general, particularmente en los procedimientos decisorios de las administraciones públicas.[36] Una normativa, en suma, a la que le falta planificación y le sobran enfoques voluntaristas y fragmentados que ofrecen una impresión de provisionalidad y, en último extremo, de ineficacia.

V. Corrupción y gobierno multinivel: Unión Europea, comunidades autónomas y entes locales

Si tomamos como referencia el tipo de gobierno multinivel que caracteriza la estructura constitucional del Estado en España, podemos afirmar que la corrupción no solo ha afectado al nivel central del Estado, sino también a sus niveles europeos (principalmente, en el ámbito de fondos estructurales, fraude del impuesto sobre el valor añadido [IVA] transfronterizo a gran escala…), autonómicos (con casos muy célebres y sostenidos en el tiempo en diversas comunidades autónomas) y locales (tramas de urbanismo, de manera especialmente notable). En resumen, todos los niveles de poder quedan comprometidos en esta lucha jurídica contra la corrupción.

A nivel internacional, el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) supervisa el cumplimiento de los citados Convenios Civil y Penal sobre la Corrupción (respaldados orgánicamente por la Organización Internacional de Policía Criminal-Interpol, la Europol y otros organismos regionales).[37] En el nivel europeo, y en desarrollo del artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que impone a la UE y a los Estados miembros la obligación de combatir el fraude y cualesquiera actividades ilegales que perjudiquen los intereses financieros de la UE, la ya citada Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo

[36] Sobre el necesario planteamiento completo, sistemático y multidisciplinar de la corrupción véase Gimeno Sendra, José Vicente, "Corrupción y propuestas de reforma", *La Ley*, núm. 7990, 26 de diciembre de 2012, pp. 1 y 2.

[37] El IBEX está integrado por las 35 empresas con mayor liquidez de las que cotizan en el Sistema de Interconexión Bursátil Español. Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Nueva York, 2010, *https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_tecnica_corrupcion.pdf.*

de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión, conocida como Directiva *Whitleblowers*, se refiere expresamente a la necesidad de "prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión" y se ha convertido en un instrumento normativo de gran potencialidad para armonizar el derecho estatal y autonómico y, seguidamente, para articular la coordinación, el control y las investigaciones administrativas, penales y contables.[38] Esta directiva se suma a un complejo sistema de normas sectoriales cuya vigilancia y control corresponde principalmente a la Fiscalía Europea,[39] así como a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF); en ambos casos con competencias para investigar el fraude en la ejecución del Presupuesto General de la UE, la corrupción y las faltas graves en las instituciones europeas. También tiene voz en la elaboración para la Comisión Europea de la Política de Lucha contra el Fraude, y dispone de atribuciones para investigar, con plena independencia orgánica y funcional, actividades complejas de corrupción, de carácter eminentemente supranacional. A tal fin, se han diseñado programas y actuaciones específicas, como son los denominados programas *Hércules*, destinados a prevenir y a combatir el fraude, la corrupción y otras actuaciones ilegales que afecten a los intereses financieros de la UE.

Por su parte, el nivel normativo estatal, ya referido anteriormente, cuenta con una estructura orgánica presente en los tres poderes del Estado, significadamente en el Poder Judicial, donde además de los órganos jurisdiccionales de los órdenes penal y contencioso-administrativo, actúan con independencia e imparcialidad las fiscalías anticorrupción a nivel estatal y autonómico (Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada), bajo la dependencia jerárquica de la Fiscalía General del Estado.

En el ámbito específico de control de los gobiernos y administraciones públicas, en sede parlamentaria o de órganos comisionados por el Parlamento, destacan las comisiones permanentes legislativas y no legislativas (control), así como las comisiones de investigación, el Defensor del Pueblo, la Comisión para la Auditoría de la Calidad Democrática, la lucha contra la corrupción y las reformas institucionales y legales del Congreso de los Diputados, y la Oficina de Conflicto de Intereses de las Cortes Generales.

---

[38] Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, cdo. 6.

[39] Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, *https://www.boe.es/doue/2017/283/L00001-00071.pdf.*

Los controles externos e internos —además del control jurisdiccional-contable del Tribunal de Cuentas, la Intervención General del Estado y las Inspecciones Generales de Servicio— se completan con la red de organismos públicos independientes (Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, comisiones nacionales: competencia, mercado de valores, coordinación de la policía judicial, juego…) y órganos especializados ya referidos. De *lege ferenda*, tanto en sede doctrinal como parlamentaria, se defiende la creación de una autoridad nacional de lucha contra la corrupción de ámbito estatal, independiente de las administraciones públicas y de su sector público y adscrita al Congreso de los Diputados, que actuaría de forma supletoria en aquellas comunidades autónomas que carecieran de un órgano equivalente.

En el nivel autonómico y local, la corrupción ha merecido una especial atención parlamentaria y doctrinal, que está pendiente de una adecuada ordenación normativa general con respecto a un problema que no puede atacarse desde compartimentos estancos. Y no solo porque los Estatutos de Autonomía guarden silencio sobre la corrupción, sino porque, a pesar de la profusa y diversa legislación ordinaria aprobada sobre esta materia, la corrupción ha permeado las estructuras administrativas a través de las habituales formas clientelares y perjudiciales para el erario público, siempre con gran descrédito para las instituciones.

En efecto, durante cuatro décadas, algunas comunidades autónomas han reproducido miméticamente las estructuras políticas y administrativas del Estado,[40] pero, a la vez, se han distinguido por su constante vinculación a escándalos de corrupción (Cataluña, Madrid, Andalucía, Valencia…), que están en el origen de una percepción ciudadana, justificada en mayor o menor medida, en la que la corrupción va de la mano del clientelismo electoral y de la perpetuación en el poder de los partidos tradicionales. Esta dimensión autonómica de la corrupción ha demostrado que la utilización partidista (a veces en connivencia con empresas periodísticas) puede valer tanto para regenerar la vida pública como también para destruir al adversario político y, a largo plazo, para intentar el logro simultaneo de ambos objetivos. Como señala —de nuevo— Alejandro Nieto con su acostumbrada ironía, muchas veces "si se tienen buenos abogados o el juez se duerme sobre el sumario (caso nada infrecuente), llega la prescripción y aquí no ha pasado nada"; o también ocurre en otros casos que la absolución judicial del inocente "de nada vale", debido a los irreparables daños de índole moral,

[40] Véase, al respecto, Fernández Alles, José Joaquín, "La progresiva equiparación al Estado como modelo autonómico: el caso de Andalucía", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 24, 2009, pp. 323-355.

político y económico causados por la "pena de banquillo" de los procesados en situación de prisión preventiva.[41]

Las normas más representativas de este nivel autonómico y local del régimen jurídico sobre la corrupción son las siguientes: Cataluña (Ley de la Agencia de Ciberseguridad de Cataluña, Ley de la Oficina Antifraude de Cataluña, Ley de Acción Exterior y de Relaciones con la Unión Europea, Ley de la Sindicatura de Cuentas), Comunidad Valenciana (Ley de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción, Ley de Sindicatura de Cuentas, Ley de Inspección General de Servicios y Ley Reguladora de la Actividad de los Grupos de Interés de la Comunidad Valenciana, que ha tenido un carácter referencial), Islas Baleares (Ley de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las *Illes Balears*), Comunidad Foral Navarra (Ley Foral de Creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de Navarra), Aragón (Ley de Integridad y Ética Públicas), Principado de Asturias (Ley de la Inspección General de Servicios, Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés), Extremadura (Ley de Contratación Pública Socialmente Responsable de Extremadura), Castilla y León (Ley que regula las Actuaciones sobre Informaciones Facilitadas a la Administración Autonómica y Ley de la Función Pública de Castilla y León), Canarias (Ley de la Audiencia de Cuentas de Canarias), Galicia (Ley del Consejo de Cuentas) y Madrid (Ley de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid).

En el ámbito de los gobiernos y administraciones públicas autonómicas y locales, destacan las funciones atribuidas a los órganos parlamentarios (comisiones) o comisionados por el Parlamento (defensores del pueblo autonómicos, agencias de transparencia…), el control jurisdiccional-contable de las cámaras de cuentas autonómicas, las intervenciones generales de las correspondientes comunidades autónomas y las inspecciones generales de servicio. Además, existen oficinas anticorrupción (Andalucía) y registros de grupos de interés (Aragón, Asturias, Cataluña, Comunidad Valenciana y Madrid). Dentro de este nivel autonómico y local cabe mencionar también que en Andalucía se encuentra actualmente en tramitación el proyecto de Ley de Lucha contra el Fraude y la Corrupción y Protección de la Persona Denunciante, cuyo artículo 2 aborda el difícil reto de definir la corrupción de la manera más amplia y con pretensiones de abarcar la totalidad de los supuestos posibles.[42]

---

[41] Nieto García, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, *cit.*, p. 160.

[42] El art. 2 del Proyecto de Ley de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante define la corrupción como abuso de poder para obte-

Para terminar de dibujar el panorama, hay que mencionar también que, en el ámbito de la sociedad civil, hemos asistido al surgimiento de asociaciones cuyo objetivo principal es la lucha contra la corrupción, como es el caso de la asociación "Alianza contra la Corrupción", que está siendo especialmente activa en la vigilancia de situaciones de corrupción vinculadas con las convocatorias de "empleo público".

VI. Reflexiones conclusivas

Con la corrupción ocurre lo mismo que con otros muchos ámbitos de la realidad social: que son sencillos de percibir, pero difíciles de ser abarcados mediante una definición precisa que pudiera servir como guía para la actividad normativa dirigida a combatirla. Hay tanta corrupción en el funcionario que detrae de su jornada laboral un tiempo sustancioso para destinarlo a la actividad social del "café compartido" (o de la realización de la compra doméstica), como en el preboste o el tesorero de la fuerza política que exige una comisión a cambio de garantizar la adjudicación de una obra pública.

Cada sector de la actividad pública, la de carácter funcionarial, y la de tipo político-representativo, tiene sus problemas y sus pautas de conducta, no siempre compatibles con el ideal de una democracia avanzada y eficiente. Con claridad insuperable, ya advirtió Madison en el número 51 de *El Federalista:* que "si los hombres fueran ángeles, el Estado no sería necesario (y) si los ángeles gobernaran a los hombres, ningún control al Estado, ni externo ni interno, sería necesario". Con el pensamiento ilustrado aprendimos que no había nada que esperar en materia de gobernación angélica; y

---

ner ganancias o beneficios ilegítimos, para sí o para terceras personas, mediante el uso o destino ilegal o irregular de fondos o patrimonios públicos; la conculcación de los principios de igualdad, mérito, publicidad, capacidad e idoneidad en la provisión de los puestos de trabajo en el sector público andaluz, incluidas las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía; cualquier otro aprovechamiento irregular, para sí o para terceras personas, derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso, en beneficio privado, de informaciones derivadas de las funciones atribuidas a las personas incluidas en el ámbito subjetivo siguiente: a personas que presten servicios en el sector público andaluz; personas que presten servicios en las instituciones y órganos previstos en el título IV del Estatuto de Autonomía y en aquellas otras entidades públicas que tengan la consideración de Administración institucional de la Junta de Andalucía; personas que presten servicios en las entidades integrantes de la Administración local de la Comunidad Autónoma de Andalucía y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de las mismas; y las personas que presenten servicios en las universidades públicas andaluzas y organismos públicos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes de estas.

con el constitucionalismo, que era necesario alzar ciertas barreras al ejercicio del poder y estatuir unos modos de ejercicio del mismo disponibles para generar por si mismos prácticas de gobierno de tipo virtuoso.

La hoja de ruta del constitucionalismo lo es de mínimos y con una proyección de gran alcance con la que, obviamente, no basta para habérselas con la complejidad social contemporánea y con la tendencia a los comportamientos alejados de las observaciones *madisonianas.* Pero la idea de fondo, en su sencilla rotundidad, sigue valiendo: donde hay poder ha de haber control (controles) y un sistema, cabría añadir, que posibilite e incentive la exigencia de responsabilidades, en lugar de diluirlas y obstaculizar los intentos de exigirlas. Cada época de la democracia, ese ideal frágil y esquivo, lleva incorporada su crisis y la que hoy nos aqueja, bajo el acecho del populismo, está muy conectada a una percepción del manejo de lo público que se nos presenta como esencialmente corrompida y acompañada del mensaje sin matices de "todos iguales".

Es verdad que, como contrapunto, durante las dos últimas décadas asistimos, en el espacio político iberoamericano y en el europeo, a un auge del objetivo de la transparencia y el buen gobierno como vías para enfrentar la corrupción.[43] Pero el hecho de que en un mismo ámbito político concurran a veces de manera simultánea altos índices de transparencia y elevadas tasas de corrupción ensombrece algo el panorama.

Lo que muestra la reseña de la experiencia española que aquí hemos sintetizado es que la profusión de normas y mecanismos institucionales dirigidos a combatir la corrupción, más que indicio de un sistema saludable y vigoroso, parece la manifestación de una respuesta que suena a circunstancial e ineficiente. Frente a ello, reivindicar el maquiavélico retorno a los principios quizá puede sonar a melancólica constatación del fracaso de un empeño, pero permítasenos concluir presentándolo más bien como un grito de esperanza.

---

[43] Sobre esto véase Pérez Tremps, Pablo y Revenga, Miguel (coords.), *Transparencia, acceso a información pública y lucha contra la corrupción. Tres experiencias a examen: Brasil, Italia y España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

CONSTITUCIÓN Y CORRUPCIÓN. AUTORES QUE PERFILAN LA NATURALEZA

Alejandro MALDONADO*

SUMARIO: I. *Introducción al tema*. II. *Derecho al poder*. III. *Derecho del poder*. IV. *Derecho ante el poder*. V. *El control del poder*. VI. *Legislación de desarrollo de transparencia y control*. VII. *Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Invocando juristas de calidad, nadie mejor que a Lenio Luiz Streck, que expresa con justa vehemencia la angustia por la perversión del sistema político hundido en las trampas de la codicia, tanto para acumular cuantiosos bienes mal habidos como para afianzar más poder encima del poder que ya se tiene. Se refiere él a la desigualdad social, pero sus palabras también apuntarían a la descomposición: "los juristas […] no pueden continuar comportándose como aquel sujeto que está al borde del Vesubio a punto de entrar en erupción. Las lavas (de la crisis social) cubrirán a todos, y en lugar de construir barreras para evitar que cubran sus casas y la ciudad, se quedan impávidos, tratando de enderezar un cuadro de Van Gogh en la pared".[1] O bien, puesto en las bellas palabras del cuentista mexicano Eraclio Zepeda —y nada mejor que la poesía para hablarnos de las cosas del mundo— "cuando las aguas de la crecida derriban las casas y el río desborda arrasándolo todo, quiere decir que hace muchos días comenzó a llover en la sierra, aunque no nos diéramos cuenta".

---

* Diputado constituyente, ministro de Educación, ministro de Relaciones Exteriores, embajador de la ONU (Nueva York y Ginebra) en México, presidente y magistrado en Corte de Constitucionalidad, en cuatro periodos, vicepresidente de la República de Guatemala (14 de mayo de 2015) y presidente de la República de Guatemala del 3 de septiembre de 2015 al 14 de septiembre de 2016.

[1] Streck, Lenio Luiz, "Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional", *La protección constitucional del ciudadano*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1999.

La corrupción en el poder es un mal que tiene demasiada antigüedad, tal resulta de un genial diálogo de telenovela entre Marco Antonio y Herodes (citado al final de este ensayo) aun cuando se hacen esfuerzos para refrenar ese vínculo perverso.

La sociedad califica, generalmente con buen tino, el grado que la corrupción alcanza en cada sistema o gobierno y exige medidas duras para su combate. Los frenos y contrapesos constitucionales y de las leyes ordinarias han avanzado, aunque desafortunadamente rezagadas a la astucia para mantenerla.

El ámbito nacional ha trascendido y así se han concertado acuerdos internacionales (por caso, la Convención Interamericana contra la Corrupción) que abordan abiertamente la materia y han previsto medidas colectivas para afrontarla.

Últimamente, la acción popular ha sido notable por su coraje saliendo a las plazas en protesta por los signos de la corrupción pública y esto ha significado una respuesta más convincente de los órganos de control, especialmente los judiciales. Desde luego, la severidad o el rigor no pueden alternarse con el exhibicionismo ni menos con la glorificación de los operadores, pues cumplir no es más que un deber y obligación que la misma rectitud impone a la justicia.

Los contralores sociales externos funcionan con desconocida eficacia, en particular por la velocidad y ubicuidad de las redes sociales, que, en cierta medida, son estas las que dibujan la agenda de los medios periodísticos tradicionales.

En este capítulo de Guatemala, con el cual modestamente contribuyo, se hará una mención muy general al entramado legislativo que desarrolla los preceptos constitucionales y convencionales de la probidad y su necesaria transparencia. En particular, aludiré a la "Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala" (CICIG), originada por acuerdo entre el Gobierno de Guatemala y la Organización de las Naciones Unidas.

La invitación del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UNAM nos convoca a abordar el caso desde la perspectiva de la Constitución que es el centro del panorama jurídico-político de un Estado en su desempeño interno y sus enlaces con el mundo.

Diego Valadés —como suele hacerlo— puede sintetizar en pocas palabras el contenido de voluminosas ramas del mundo jurídico. En el tema que abordamos, en dos líneas nos ofrece el capitulado necesario para ubicar los estadios en que la sinuosa descomposición puede reptar dentro del entramado fundamental del Estado y las maneras que prevé y activa para controlar aquel flagelo. Este esquema suyo lo abarca todo: "La Constitución regula

cuatro formas de relación con el poder: el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y el control del poder".

II. Derecho al poder

La Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) contiene regulaciones de acceso al poder público, comunes a los sistemas políticos republicanos, algunas de orden general, y otras de tipo específico según la naturaleza del cargo. La normativa suprema es desarrollada por legislación derivada, tanto de jerarquía constitucional solamente modificable por un procedimiento agravado como por la ordinaria o común. Se suma la minuciosa e interminable tarea de las regulaciones reglamentarias.

Una de las primeras cautelas a tomar consiste en evitar que en el acceso al poder público se eludan las calidades y las formalidades habilitantes. En la forma de elección o designación de ciertos funcionarios se establecen los requisitos personales (incluye las prohibiciones) y las formalidades y solemnidades.

En términos usuales, tres vías se abren para el acceso al poder y al servicio público: *a)* por elección popular; *b)* por nombramiento, y *c)* por contrato. El supuesto obvio de la regulación apunta hacia la eficiencia para la satisfacción y beneficio del soberano, incluida íntimamente la probidad del ejercicio. Los cargos pueden ser de dirección o liderazgo, de colaboración administrativa, de asesoría técnica e, inclusive, de fiscalización. Como en todas partes, algunos ostentan mandato de inspiración política y otros son coadyuvantes de la fuerte carga del ejercicio administrativo en todas las áreas imaginables. En materia de gobierno y de servicio, se hace patente el predicado filosófico de que nada de lo humano es ajeno; sin embargo, la amplitud del panorama que puede apreciarse desde el ángulo del poder está condicionado a otro principio republicano: el gobernado puede hacer lo que no le esté legalmente prohibido y el gobernante solo lo que le esté permitido.

La cláusula de apertura al servicio público está delineada en la Constitución, tanto en lo que concierne al derecho a acceso como en los parámetros de orden supremo de su ejercicio:

> Artículo136. Deberes y derechos políticos:
> b) Elegir y ser electo
> d) Optar a cargos públicos
> e) Participar en actividades políticas

Ubicados en estas dos primeras formas de ingreso a la función pública (la vía electoral y la del nombramiento) existen importantes leyes de desarrollo que pormenorizan los respectivos sistemas.

1. *Acceso al poder por vía electoral*

La opción electoral contiene, en primera línea, los requisitos personales de los aspirantes que la ley suprema prescribe como condiciones habilitantes a los correspondientes cargos. De esta manera, los diputados al Congreso de la República, los diputados al Parlamento Centroamericano, el presidente y vicepresidente de la República, y los alcaldes y concejales de las municipalidades solo acceden por la vía de elección popular directa. Existe la previsión excepcional de acceso a la presidencia y vicepresidencia de la República, que no acude al sufragio popular cuando se produce la vacante del titular (fallecimiento, renuncia, auto de prisión) durante el ejercicio de su mandato.

En el supuesto de la vía de elección popular directa, la Constitución ordena su regulación mediante una ley de jerarquía suprema, emitida por la propia asamblea constituyente, en este caso la Ley Electoral y de Partidos Políticos. El órgano de control es el Tribunal Supremo Electoral, cuyos magistrados titulares y suplentes son nombrados por el Congreso de la República escogiéndolos de un listado propuesto por una comisión de postulación.

Conforme esta ley de rango constitucional ha existido un virtual monopolio de los partidos políticos como únicos entes de derecho público facultados para proponer la inscripción de candidatos a presidente y vicepresidente de la República, diputados al Congreso de la República y diputados al Parlamento Centroamericano.

Con relación a formas no electivas de nombramiento, también se han promulgado leyes y reglamentaciones que tratan de acomodar los enunciados característicos de cada tipo de cargo con las cualidades de los individuos idóneos según la naturaleza del servicio requerido.

En Guatemala, el acceso por vía electoral, como se ha explicado, es obligado a propuesta de uno o varios partidos políticos coaligados, para los cargos de presidente y vicepresidente de la República, y de diputados al Congreso de la República y diputados al Parlamento Centroamericano. No es posible el lanzamiento de candidaturas independientes, aun cuando eso no significa afiliación obligada del candidato al ente partidario. Deviene, entonces, de gran importancia los términos de la correspondiente ley constitucional de regulación de la organización partidaria y de las fórmulas de nominación y proclamación de las candidaturas.

La Ley Electoral y de Partidos Políticos, emitida por la propia Asamblea Nacional Constituyente, ha tenido varias reformas en el sentido de dotar a la autoridad electoral de mayor capacidad de control y de abrir un tanto más la participación de las bases filiales que conforman los correspondientes partidos políticos.

La historia del monopolio de partidos políticos como nominadores exclusivos de candidaturas a los organismos legislativo y ejecutivo ha enfrentado sus vicisitudes, la mayoría de ellas simulando una democratización más aparente que efectiva. Desde la Constitución de 1965 que, para una población mucho menor, exigía que los partidos acrediten como mínimo 50 mil afiliados hasta la regulación actual (1986) que, aun cuando la población se haya duplicado, requiere una afiliación proporcionalmente mucho menor. Algún análisis de esa reversión cuantitativa explica que, cuando por la exigencia de un sustento más fuerte de inscritos, solo funcionaron cuatro partidos políticos (ideológicamente diferenciados), al abrirse la posibilidad de más organizaciones (que alcanzaron un poco más de 70 pigmeas) el poder económico fue siempre decisivo para impulsar las candidaturas de su mayor conveniencia. Se supone que el multipartidismo fue factor de desgaste de los partidos tradicionales que conformaban las principales corrientes ideológicas de entonces. También tuvieron más capacidad de despliegue los partidos que lograron el favor de los medios de comunicación, generalmente concertados con los liderazgos de sus afinidades empresariales.

Estas cuestiones trataron de encontrar algún control con regulaciones acerca del financiamiento de los partidos políticos, los topes de los gastos de campaña y el acceso a la publicidad en los medios.

La Corte de Constitucionalidad —dotada de poder de opinión vinculante para cualquier reforma a las leyes de jerarquía constitucional— desde sus primeros tiempos dictaminó sobre proyectos de reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos. La cuestión era la de depurar dos aspectos de coherencia y de legitimidad que reprimieron tentativas de burla a las cautelas constitucionales. Uno, que facilitara la publicidad de los partidos en la contienda. Otro, que estableciera controles al financiamiento y gastos de las misma, incluyendo la dimensión de la propaganda electoral.

Ubicados en las previsiones constitucionales de acceso a cargos de poder, se establecieron condiciones presuntamente depuradoras de circunstancias que pueden preverse como riesgos para incurrir en actos de corrupción. Con dicho propósito en la Constitución se determinan motivos o impedimentos para el ejercicio de acceso al Congreso de la República, así se dispuso en el artículo 164:

> Prohibiciones y compatibilidades.
>
> […]
>
> b) Los contratistas de obras o empresas públicas que se costeen con fondos del Estado o del municipio, sus fiadores y los que de resultas de tales obras o empresas, tengan pendiente reclamaciones de interés propio.
>
> c) Los parientes del Presidente de la República y los del Vicepresidente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
>
> d) Los que habiendo sido condenados en juicio de cuentas por sentencia firme, no hubiesen solventado sus responsabilidades.
>
> e) Quienes representen intereses de compañías o personas individuales que exploten servicios públicos.
>
> Si al tiempo de su elección o posteriormente, el electo resultare incluido en cualquiera de las prohibiciones contenidas en este artículo se declarará vacante su puesto.

Es curioso, y es asunto que al momento no ha suscitado discusión alguna, que estos requisitos habilitantes para optar al Congreso de la República no hayan sido establecidos para quienes asuman la presidencia o la vicepresidencia de la República. Tampoco quedaron establecidos para los aspirantes a cargos municipales de elección popular, pero sí figuran en el Código Municipal respectivo.

La vía electiva popular de acceso al poder también reguló la duración y el costo de las campañas políticas. Lo primero, fijando tiempos para el inicio o arranque de la contienda. Lo relativo al costo, fijando techos de gasto y la transparencia del financiamiento. Hubo quienes opinaron que la determinación de un período de apertura pública de la oferta político-electoral, es decir, de los actos de proclamación de las candidaturas y su promoción publicitaria y de contacto con el electorado, no era precisamente la mejor posibilidad de oferta de los optantes, atados por una palanca similar a las de las carreras en el hipódromo. Aunque territorialmente el país no es muy grande y su población es un poco mayor a 16 millones, es necesario para los aspirantes (y también para los electores) que desplieguen su habilidad política todo el tiempo que necesiten. De lo contrario, le dejan muchas ventajas a los funcionarios públicos que se dan a conocer por sus actividades de Estado. Además, los medios de comunicación pueden, si lo quieren y no es extraño, mantener en escenario a los preferidos de sus financistas publicitarios.

Respecto al financiamiento controlado y sano, las multas son severas y fuertes en cuanto a reprimir los gastos que extralimitan un techo de costo de la contienda. Respecto del origen de las aportaciones, ha derivado hacia enjuiciamiento de orden penal por haberse descubierto aportes de origen anónimo o sospechoso de lavado de dinero.

La regulación de transparencia y solvencia contenidos en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, que cautelan el proceso electoral, en particular las disposiciones que tratan de impedir el financiamiento oscuro, no es la única muralla que se coloca, porque también existen normas que precalifican al sujeto aspirante a cargos (disposiciones comunes al ingreso electoral o por nombramiento). De esa manera, en la etapa de acceso al poder, el sistema establece precauciones para impedirlo a sujetos cuyas actividades u oficios se presuman incompatibles con el manejo de los asuntos de gobierno.

Continuando con el sistema eleccionario popular como vía del ingreso a cargos de dirección del gobierno central y de los municipios, aquel quedó regulado por una ley de jerarquía constitucional, vigente desde el 14 de enero de 1986. Relativamente temprano se planteó en el Congreso de la República la necesidad de introducir reformas a dicha normativa, especialmente en materia de financiamiento y publicidad de las promociones partidistas de candidaturas. Al respecto, resulta interesante la cita de algunos fragmentos del dictamen vinculante de la Corte de Constitucionalidad (31 de julio de 1990, exp. 90-90) y que guardan relación con el problema de la corrupción aneja al mal ejercicio del poder público.

Dos aspectos dominaron esa iniciativa de reformas a la ley electoral surgida en el seno del Congreso de la República. La primera, el financiamiento público a los partidos políticos; la segunda, el costo de la publicidad política con fines electorales.

Del dictamen de la mencionada Corte, relativamente extenso, se transcriben algunos párrafos indicativos de la posición del tribunal de control de constitucionalidad:

> […] no podría haber contravención constitucional en una regulación que cabalmente pretende introducir correctivos en los procedimientos electorales, en los que la interferencia de factores económicos propiciados por fuertes grupos de presión, que eventualmente podrían favorecer a partidos comprometidos por la inversión financiera.
>
> […] debe advertirse que tales correctivos solamente cubren una parte del problema, en tanto no se corrijan (y esto es cuestión de la evolución jurídica de ese nuevo Derecho electoral que se va perfilando) otras formas ventajistas de competir electoralmente, como es la de adelantar las campañas con tanta anticipación que solamente quienes disponen de mayores recursos pueden tener presencia continuada, la de utilizar significativa e intencionalmente los bienes públicos para promociones personales que conducen luego a candidaturas, y el riesgo del excesivo poder que puede transferirse a las empresas de comunicación social que pueden influir en la proporción de a imagen pública de los candidatos y de los partidos a través de una supuesta información apa-

> rentemente no contabilizada, con lo que pueden favorecer a unos e ignorar a otros de manera arbitraria.
>
> Los problemas planteados han sido resueltos en otros sistemas […] a través de dos elementos básicos: el financiamiento de los partidos políticos durante la etapa electoral y la regulación de la utilización de los medios de comunicación. En cuanto al aspecto financiero, en dos formas principales: una restrictiva, prohibiendo la utilización unilateral de los recursos del Estado o tratando de impedir la afluencia de ayudas extranjeras; y otra positiva, reconociendo la llamada deuda política o disponiendo el financiamiento de los partidos políticos. En el aspecto de la publicidad, facilitando el acceso de los partidos a los medios de comunicación oficial. (Incluyó cita de los sistemas adoptados por varios países de Latinoamérica).

Con el tiempo fueron aprobadas reformas a la Ley Constitucional Electoral y de Partidos Políticos, que sustancialmente abordaron, en cuanto su relación con las corruptelas, el punto del financiamiento privado, al cual se intentó ponerle límites no solo en cuantía, sino en transparencia de las personas o empresas aportantes. El proceso depurador que despertó en el país, luego de las manifestaciones públicas que ocuparon por semanas la gran plaza central con asistencia de sectores cívicos de todas las escalas sociales, motivó al Tribunal Supremo Electoral a fiscalizaciones más fuertes y a imponer sanciones severas, que llegaron inclusive a la cancelación de la inscripción de partidos políticos de la mayor notabilidad por su anterior capacidad de movilización y de conquista de cargos de elección popular.

Dramático resultó que el propio presidente de la República, Jimmy Morales Cabrera, fuera objeto de la pretendida investigación por parte del Ministerio Público y de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala por un caso de supuesto financiamiento ilícito a su partido político durante el proceso electoral para alcanzar el cargo. Lo complejo del asunto resultaba haber sido el secretario general del partido político que lo postuló, de donde, como único personero, le imputaban —por presunción legal— la responsabilidad de las operaciones financieras de la entidad.

Gozando el gobernante del privilegio de un antejuicio, solicitaron al Congreso de la República el levantamiento del mismo, con el objeto de poder investigar al alto dignatario respecto de los indicios encontrados por el Tribunal Supremo Electoral. El asunto fue conocido por el órgano legislativo (11 de septiembre de 2017) en el entorno de una fuerte presión, como suele suceder ahora, de los comentaristas de prensa y, más intensa aún, de las redes sociales. El resultado fue de 104 votos denegando el levantamiento de la inmunidad y 25 votos otorgándola. Una resolución definitiva requería

105 votos, de forma que, por suerte, por uno solo el caso podría replantearse de nuevo en el organismo legislativo.

2. *Casos del acceso al poder por vía electoral*

Congreso de la República

Artículo 157. Potestad legislativa e integración del Congreso.

La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto […]

Presidencia y vicepresidencia de la República

Artículo 184. Elección del Presidente y Vicepresidente de la República. El Presidente y el Vicepresidente de la República serán electos por el pueblo para un período improrrogable de cuatro años, mediante sufragio universal y secreto.

Corporaciones municipales

Artículo 254. Gobierno municipal. El gobierno municipal será ejercido por un Concejo el cual se integra por el alcalde, los síndicos y concejales, electos directamente por sufragio universal y secreto para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

3. *Acceso al poder por vía administrativa*

La Constitución Política fijó algunas condiciones por casos que presumía incompatibles para el desempeño de los puestos. Así, para ciertos nombramientos, estableció frenos de incompatibilidad:

Artículo 197. Prohibiciones para ser ministro de Estado

a) Los parientes del Presidente o del Vicepresidente de la República, así como los de otro ministro de Estado, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

b) Los que habiendo sido condenados en juicio de cuentas no hubieren solventado sus responsabilidades.

c) Los contratistas de obras o empresas que se costeen con fondos del Estado, de sus entidades descentralizadas, autónomas y semiautónomas o del municipio, sus fiadores y quienes tengan reclamaciones pendientes de dichos negocios.

> d) Quienes representen o defiendan intereses de personas individuales o jurídicas que exploten servicios públicos;
>
> En ningún caso pueden los ministros actuar como apoderados de personas individuales o jurídicas, ni gestionar en forma alguna negocios particulares.

Por lo general, para el nombramiento a cargos de alto nivel se atiene a las regulaciones que establece la Ley del Organismo Ejecutivo y otras leyes reguladoras de cada unidad administrativa. En lo relativo al personal de apoyo se fijan parámetros en la legislación de servicio civil. Asimismo, últimamente se han ido introduciendo requisitos de calidad en cuanto a acreditar títulos profesionales y de experiencias que justifiquen el ingreso al sistema burocrático por medio de contratos temporales, los cuales, cuando se han reiterado por algún tiempo, han sido reconocidos por la Corte de Constitucionalidad como plazas permanentes y no simplemente eventuales.

Si alguna novedad puede señalarse de la condición del servicio público en el país, se encuentra en que la Constitución de 1985 contiene una sección de normativa de los trabajadores del Estado, a quienes se les reconocen los derechos de asociación, sindicación y huelga. El resultado ha sido que las organizaciones sindicales de los servidores públicos han adquirido más poder que el sindicalismo privado y, como suele suceder en esa condición, se han producido señalamientos de corrupción en alguna dirigencia gremial, aun cuando, a pesar de los años, no se ha probado nada.

Por principio general se estableció como vía de acceso al servicio público la establecida en la Ley de Servicio Civil (art. 108 de la Constitución) o de las leyes específicas de entidades descentralizadas o autónomas del Estado.

> Artículo 207. Requisitos para ser magistrado o juez.
>
> […] Los magistrados y jueces deben ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad […]
>
> Artículo 209. Nombramiento de jueces y personal auxiliar.
>
> […] Se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascensos se harán mediante oposición.

En lo correspondiente a los jueces menores y de primera instancia, quedó regulado que su nombramiento sería por el sistema de la carrera judicial, condición generalizada en los sistemas republicano-democráticos. La cuestión consistía en la operatividad de la ley reguladora que, progresivamente, ha ido alcanzando sus metas. Importa destacar que el incentivo salarial para el reclutamiento y formación de los jueces, ha sido conveniente en cuanto a obtener su permanencia y calidad profesional.

4. *Acceso al poder por vía de comisiones de postulación*

La primera vez que en Guatemala se designaron altos funcionarios por el sistema de comisiones de postulación sucedió durante el gobierno militar de *facto* instalado en marzo de 1982. Se trató entonces de nombrar el ejecutivo de los magistrados del Tribunal Supremo Electoral, propuestos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. El nombramiento de personajes ilustres, con amplio registro de civismo y carácter independiente, aseguró fiabilidad al sistema, que después fue incorporado en la redacción de la Constitución, ahora vigente, para la integración de otros cuerpos colegiados y nombramiento del fiscal general de la República y del contralor general de cuentas. La experiencia ha variado, por parte de algunos sectores, hacia la desconfianza de la eficacia del sistema.

A los constituyentes les pareció un adecuado mecanismo garante de la independencia de las funciones el indicado procedimiento de las comisiones de postulación, que también fue establecido para el nombramiento del contralor general de cuentas (art. 233) y fiscal general de la República (art. 251). De igual manera, así serían nombrados los magistrados del Tribunal Supremo Electoral, conforme a la ley de jerarquía constitucional que lo regula.

Adquirió, entonces, rango constitucional el sistema de las comisiones de postulación para cargos muy importantes como garantes de la imparcialidad de los altos funcionarios a quienes correspondía la administración de justicia, la imparcialidad de los procesos electorales, la fiscalización de cuentas y la acusación en materia penal. Con el tiempo hubo expresiones de desagrado, suponiendo que poderes fácticos podrían influenciar las designaciones vía acercamientos de intereses ajenos y el patrocinio de los costos de campañas de elección en los respectivos colegios profesionales. Tratando de atenuar factores de desgaste de la neutralidad de las comisiones de postulación, se emitieron leyes, como el Decreto 16-2005, que estableció algunas cortapisas para evitar el nepotismo de los comisionados y el Decreto 19-2009 regulando sus principios de transparencia, excelencia profesional, objetividad y publicidad del proceso de selección.

En la sesión 61a de 10 de abril de 1985, solo un diputado de la Asamblea Constituyente dudó del sistema propuesto, diciendo entre otros argumentos:

> En el proyecto de la Comisión Redactora de la Constituyente, se plantea, por primera vez, un sistema de elección basado en un comité de postulación formado por decanos de las Facultades de Derecho de las universidades del país, el presidente del Colegio de Abogados y un miembro designado por la Corte Suprema de Justicia.- Conforme con la realidad del país, una propuesta de

> esa naturaleza se despartidiza pero no se despolitiza, asume un cierto carácter corporativista y no garantiza un sistema de amplia consulta. [...] Delegar en un comité de tan reducida proporción la propuesta de los individuos de todo un organismo del Estado resulta sumamente riesgoso dada la escasísima porción de la soberanía popular que pudiese representar.

La actual recomposición del sistema, producido por la reacción multitudinaria en la plaza pública y la agilidad y libre acceso a los medios de comunicación, podría ser enervante de la manipulación del sistema de postulación. Siempre con la reserva de que lo emotivo y fácil de la denuncia no invierta los términos de la preponderancia y solo alcanzará a producir un cambio de factores de poder mediático comprometido hacia otro lado del cuadrante.

5. *Corte Suprema de Justicia y Corte de Apelaciones*

> Artículo 215. Elección de la Corte Suprema de Justicia.
> […] serán electos por el Congreso de la República para un período de cinco años, de una nómina de veintiséis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representante de los Rectores de las universidades del país, quien la preside, los Decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada Universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados de la Corte de Apelaciones y demás tribunales a que se refiere el artículo 217 de esta Constitución […] La elección de candidatos requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión.

En forma similar, con un cambio lógico, se estableció para la designación de los magistrados de la Corte de Apelaciones (art. 218).

6. *Contralor General de Cuentas*

> Artículo 233. […] El Congreso de la República hará la elección (del Contralor General de Cuentas) de una nómina de seis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representantes de los rectores de las universidades del país, quien la preside, los decanos de las facultades que incluyan la carrera de Contaduría Pública y Auditoría de cada universidad del país y un número equivalente de representantes electos por la asamblea general del

> Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Auditores y Administradores en Empresas. Para la elección de candidatos se requerirá el voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de dicha comisión.

7. *Fiscal General de la República*

> Artículo 251. Ministerio Público […] El Jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República […] será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los decanos de las Facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho colegio.

8. *Otros sistemas de acceso al poder*

A. *Corte de Constitucionalidad*

La Constitución Política de 1985 configuró una Corte de Constitucionalidad de carácter permanente. Anteriormente, con la Constitución de 1965 se había creado el control de constitucionalidad integrando al tribunal de manera eventual, formado con magistrados del sistema de justicia ordinaria. La nueva configuración recogió la esencial naturaleza de contralor jurídico-político que constituye la agenda de esa clase de jurisdicción. De esta manera, la Constitución Política, en su artículo 269, dispuso:

> La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. […] Los magistrados durarán en sus funciones cinco años y serán designados en la siguiente forma:
> a) Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia
> b) Un magistrado por el pleno del Congreso de la República
> c) Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros
> d) Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y
> e) Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados […]

Su estructura ha sido discutida por algunos comentaristas que, probablemente, no han puesto la mayor atención a la naturaleza de casos que la

Corte debe conocer y resolver, los cuales, como lo afirmara Francisco Tomás y Valiente, con su irrebatible lógica, son materia política:

> Hay que decir, sin miedo a las palabras, que los problemas que se formulan ante el Tribunal Constitucional están planteados en términos jurídicos, pero ocultan —o ni siquiera ocultan: contienen— problemas de enjundia política. […] Quien no entienda esto como paradoja, como reto jurídico, no entiende nada de la realidad de los tribunales constitucionales. Por eso, cuando se me pregunta muchas veces si el Tribunal está politizado, suelo contestar siempre lo mismo: según lo que usted entienda por tal. Si por politización del Tribunal Constitucional se entiende vinculación, dependencia, o influencia en el mismo por parte de los partidos políticos o de otros órganos del Estado, evidentemente no, rotundamente no, rabiosamente no; pero, naturalmente, si lo que entendemos es que el Tribunal trata, se ocupa de problemas cuya almendra, cuyo contenido último, cuyo núcleo es un problema de modelo, es un problema de límites del Estado, es un problema de índole política, evidentemente sí.[2]

Difícil y trascendente la función de los tribunales de lo constitucional, que en la actualidad operan en todo el mundo, y en los que no es posible unificar en un esquema común la forma de su integración. Cada Nación tiene la suya, según su estructura fundante. Edmundo Vásquez Martínez (†), de singular solvencia moral y jurídica, comentó respecto del sistema guatemalteco:

> No hay que complicar innecesariamente lo que está bien definido y regulado en la Constitución […] Cada órgano designante debe cumplir dentro esos marcos y no debe ocultarse el carácter político-jurídico de la Corte de Constitucionalidad, máxime que tiene a su cargo el control de los "actos políticos", es decir, de aquellos que tienen como fin la organización y subsistencia del Estado como tal.[3]

La Corte ha funcionado desde la instalación del régimen constitucional (1986) con seis magistraturas sucesivas. Durante ese tiempo ha tenido sus luces y sus sombras, resolviendo cuestiones de alto calado político y de fuerte tensión social. Sus decisiones han sido cumplidas y, en mucho, ha sido restauradora del orden constitucional cuando este ha sido amenazado. No se conocen denuncias por actos de corrupción atribuibles a sus decisiones, aunque algunas (muy pocas) hayan sido cuestionadas por su perfil político, situación que es común a los tribunales constitucionales.

---

[2] Tomas y Valiente, Francisco, *Obras completas*, Madrid, CEPC, 1997, t. V, p. 4251.

[3] *Diario La Hora*, 2 de octubre de 2000.

B. *Procurador de los Derechos Humanos*

La citada Constitución guatemalteca de 1985 instituyó, también por primera vez en América, la figura de un procurador de los derechos humanos (el *Ombusman*), con un sistema de elección indirecto que debía sustentarse en una planilla de tres aspirantes, tal como lo dispone en el artículo 273:

> Comisión de Derechos Humanos y Procurador de la Comisión. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente periodo. Esta comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un Procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo.

Se entendería que esta forma precalificada para decidir la elección del procurador tiende a una manera indirecta de nombramiento, que disminuye la vinculación partidarista anteponiéndole un filtro que permite que en la Comisión respectiva, lo mismo tienen un voto cada partido minoritario (que son varios) que los mayoritarios (que son menos). Es de suponer que el procurador de los derechos humanos que, entre sus atribuciones tiene la de fiscalizar las operaciones de la Ley de Acceso a la Información Pública, puede ser un buen vigilante de la transparencia y solvencia del gobierno.

C. *Junta Monetaria*

La Junta Monetaria, de la que depende el Banco de Guatemala, se conforma de ocho miembros, de los cuales cuatro son designados por el presidente de la República y, los otros, por diferentes entidades. Los que nombra el jefe del Ejecutivo son: el presidente de la Junta que lo es también del Banco y los ministros de finanzas públicas, economía, y agricultura, ganadería y alimentación. Los restantes, uno por el Congreso de la República, uno por las asociaciones gremiales de comercio, industria y agricultura, uno por elección de los presidentes de los consejos de administración o juntas directivas de los bancos privados nacionales, y uno electo por el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos.

Esta forma de integración cuida que no haya hegemonía del gobierno en las decisiones y nombramientos del sistema y tampoco que la pudiera haber

por el sector privado. De ahí que, hasta el momento, no se haya hecho denuncia alguna de actos de corrupción política o económica en la institución.

La Constitución Política fue reformada en 1993, siendo notable que introdujeran en la regulación de la Junta Monetaria la prohibición de "autorizar que el Banco de Guatemala otorgue financiamiento directo o indirecto, garantía o aval al Estado, a sus entidades descentralizadas o autónomas ni a las entidades privadas no bancarias". Asimismo, prohibió que el Banco de Guatemala pudiera adquirir los valores que emitieran o que las entidades indicadas negociaran el mercado primario. Quedó normada una excepción: el financiamiento que pueda concederse en los casos de catástrofes o desastres públicos "siempre y cuando el mismo sea aprobado por las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso, a solicitud del Presidente de la República". Esta novedad fue objeto de fuertes cuestionamientos, señalándose como una práctica la delegación en favor del sector económico privado. Los defensores de la enmienda estimaron que la medida se tomaba para evitar las devaluaciones de la moneda que una política descuidada de endeudamiento podía acarrear al país.

III. Derecho del poder

El poder público se abre a los ciudadanos aptos según las calidades y procedimientos determinados en la Constitución y las leyes que la desarrollan.

Cumplidos los requisitos formales de acceso, vienen luego las condiciones para el ejercicio de la función pública. En la doctrina jurídica y política, tiene vigencia la sólida y creativa síntesis formulada por Ignacio Burgoa en su magistral (ahora clásico) *Derecho Constitucional Mexicano,* respecto de los principios de legalidad y de responsabilidad que acotan las facultades de la dirección y administración del Estado.

Suele decirse que los órganos del poder solo pueden hacer aquello que les está constitucional y legalmente permitido. De ahí que tampoco puedan ocuparse de lo que tienen prohibido. Funciona, en términos sencillos, el principio de legalidad.

Como es propio de los sistemas constitucionales, el texto supremo determina el ámbito de funciones y competencias de los respectivos órganos del poder, atribuciones que se explicitan en el grandísimo repertorio de leyes constitucionales y ordinarias y se pormenorizan en la labor reglamentaria y administrativa correspondiente.

Teniendo la corrupción acepciones diversas, en materia de política pública apunta al ejercicio perverso del poder para obtener riqueza material

proveniente de los bienes del pueblo y para afianzarse en los cargos, directa o indirectamente, para el medro ilegal e inmoral. Este riesgo, cuya persistencia y extensión dañaría profundamente a la sociedad y la eficacia del Estado, es causal de la emisión de normas reguladoras que garanticen la solvencia de los servidores, sancionen a los infractores o impidan el reingreso de los incompetentes. Esto forma una agenda compleja, extensa y dificultosa.

En este apartado del derecho del poder (esto es, superada la etapa condicionante de su acceso al mando) la norma prima constitucional y luego la prolija de desarrollo legal, determina el ámbito y alcances de competencia de cada uno de los sujetos investidos de autoridad, por la que se sabe qué y cómo debe hacer uso de su mandato. Es aquí, en posesión del cargo, como también se han emitido leyes y reglamentaciones contraloras del correcto uso de la responsabilidad confiada.

Se entiende, desde luego, que en su gran mayoría los servidores públicos cumplen sus tareas con honradez y honestidad, y que, con leyes o sin leyes contraloras, actúan con apego a la ética a la que están comprometidos. No obstante, a nivel de la Constitución se han establecido instituciones cuya finalidad es la de prevenir y, en su caso, las infracciones a las reglas de conducta dispuestas por el sistema constitucional.

Sorteada, digamos, la forma de control del acceso al poder, la Constitución (y las leyes que desarrollan sus mandatos) contienen regulaciones igualmente vigilantes de la actividad de los servidores públicos, tanto los de elección popular como los que hayan ingresado por nombramiento o contrato.

En términos generales, comunes a todo servidor público, se condicionan o enuncian factores garantes de su imparcialidad y de su lealtad al país, así:

> Artículo 154. Función pública […]
>
> (párr. 2) Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de partido político alguno.
>
> (párr. 3) La función pública no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.

Las normas de máxima jerarquía citadas, como es usual en los regímenes constitucionales, reconocen el derecho de las personas de acceder al poder y, al mismo tiempo, el de los ciudadanos de obtener de ellas la máxima calidad ética de su ejercicio.

Una de las garantías del Estado de derecho y de la representación democrática se ubica en el clásico principio de la separación de poderes, en que uno no tiene dependencia de otro, aun cuando se han establecido ciertos enlaces de funcionamiento armónico y coordinado. Por otra parte, determinados controles cruzados que limitan excesos que, por hegemonía,

podrían derivar hacia el desvío. Aquí procede recordar el clásico y muy repetido apotegma de que el poder corrompe y, cuando es absoluto, corrompe absolutamente. La ley fundamental lo establece así:

> Artículo 141. Soberanía.
>
> La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida.

1. *Organismo legislativo*

El sistema guatemalteco de funcionamiento del organismo legislativo contiene algunos matices del parlamentarismo, tales como su posibilidad de interpelación de los ministros de Estado y su defenestración en las circunstancias previstas en la Constitución. Como contrapartida, contempla la capacidad presidencial de veto a leyes. Corresponde el sistema a la forma de moderación del poder vía su interacción y moderación mutua, que la teoría moderna impulsó a partir de clásicos como Montesquieu. Aparece, además, la potestad judicial como otro de los elementos clave de los pesos y contrapesos que, en sí, serían suficientes para frenar los signos de descomposición ética del servicio público. (Los teóricos no pudieron imaginar que los órganos del poder establecieran el enlace de la política de partido, como eje transversal que los vincularía).

Ciertas normas de la Constitución se transcriben como referencia del órgano legislador y algunas de sus capacidades para su ejercicio.

El artículo 157 de la Constitución Política antes citado atribuye la potestad legislativa al Congreso de la República. Esta podría indicarse como su principal función, la cual apareja los controles tanto políticos como jurídicos. El veto, esencialmente de orden político en cuanto lo puede decidir el presidente de la República basado en su propia valoración de inconveniencia para los intereses públicos, y la declaratoria de inconstitucionalidad, que la respectiva Corte puede declarar en sentencia instada por cualquier ciudadano con solo el auxilio profesional de tres abogados. Resulta así que el Poder Legislativo está controlado por órganos ajenos al mismo parlamentario.

Para el desempeño de sus competencias político-legislativas, los diputados disponen de la calidad y garantías que la Constitución y su ley reguladora le reconocen. Entre estas, la posibilidad de acceder temporalmente a otros cargos en la Administración. Asimismo, el blindaje normal del ejercicio característico de los representantes electos, como lo establecen los artículos que siguen:

> Artículo 160. Autorización a diputados para desempeñar otro cargo. Los diputados pueden desempeñar el cargo de ministro o funcionario de Estado o de cualquier otra entidad descentralizada o autónoma. En estos casos deberá concedérseles permiso por el tiempo que duren en sus funciones ejecutivas […]
>
> Artículo 161. Prerrogativas de los diputados.
>
> Los diputados son representantes del pueblo y dignatarios de la Nación; como garantía para el ejercicio de sus funciones gozarán, desde el día que se les declare electos, de las siguientes prerrogativas:
>
> a) Inmunidad personal para no ser detenidos ni juzgados […]
>
> b) Irresponsabilidad por sus opiniones, por su iniciativa y por la manera de tratar los negocios públicos, en el desempeño de su cargo
>
> Todas las dependencias del Estado tienen la obligación de guardar a los diputados las consideraciones derivadas de su alta investidura. Estas prerrogativas no autorizan arbitrariedad, exceso de iniciativa personal […] Sólo el Congreso será competente para juzgar si ha habido arbitrariedad o exceso y para imponer las sanciones disciplinarias pertinentes.

En el sistema constitucional guatemalteco fue tradición que los diputados conocieran y resolvieran las denuncias por supuestos o reales delitos atribuidos a alguno de sus integrantes. Esto cambió con las reformas a la Constitución, por las cuales se trasladó la competencia a la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, corresponde al Congreso conocer del llamado "antejuicio" instando contra altos funcionarios de otros organismos y entes del Estado.

> Artículo 165. Atribuciones del Congreso.
>
> […]
>
> h) Declarar si ha lugar o no a formación de causa contra el Presidente y el Vicepresidente de la República, Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad, Ministros, Viceministros de Estado cuando estén encargados del despacho, Secretarios de la Presidencia de la República, Subsecretarios que los sustituyan, Procurador de los Derechos Humanos, Fiscal General y Procurador General de la Nación.

Las disposiciones en la Constitución Política relativas a las atribuciones del Congreso de la República son las propias de un organismo de esa naturaleza, contenidas especialmente en los artículos 165, 170 y 171, que existen en todo sistema semiparlamentario.

En el análisis de las tareas que encajan en el capítulo del *Derecho del Poder*, es decir, lo que puede o debe hacerse desde las cumbres del gobierno, la interpelación parlamentaria como mecanismo de control, y consecuente herramienta contra la corrupción, será vista en el capítulo 4 "Control del poder"

> Artículo 170. Atribuciones específicas del Congreso.
>
> b) Nombrar y remover a su personal administrativo.
>
> Esta simple disposición constitucional, totalmente propia de un organismo del Estado, es susceptible de mal uso cuando no existan regulaciones puntuales de servicio civil, tales como calificación de puestos, salarios atinentes y sistemas de ingreso, ascenso, prestaciones y disciplina.
>
> Artículo171. Otras atribuciones del Congreso
>
> b) Aprobar, modificar o improbar […] el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado.
>
> c) Decretar impuestos ordinarios y extraordinarios conforme a las necesidades del Estado y determinar las bases de su recaudación.

El quehacer del Estado tiene una de sus mayores expresiones en la regulación de las políticas de ingreso y de gasto, pues por ellas se pueden alcanzar metas valiosas de desarrollo o, por el contrario, en la vía equivocada, puede derivar en un Estado ruinoso e ineficiente, incapaz de alcanzar niveles mínimos de equidad duradera para la generalidad de sus habitantes.

2. *Organismo ejecutivo*

En el caso guatemalteco, para empezar por la primera magistratura, la que simboliza la unidad del Estado y su representatividad interna e internacional, la regulación constitucional parece sencilla en cuanto a exigencias de orden cualitativo. El máximo texto dispone:

> Artículo 182. Presidencia de la República e integración del Organismo Ejecutivo.
>
> […] El Presidente de la República es el Jefe del Estado de Guatemala y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del pueblo.
>
> […] actuará siempre con los Ministros, en Consejo o separadamente con uno o más de ellos, es el Comandante General del Ejército, representa la unidad nacional y deberá velar por los intereses de toda la población de la República. […] juntamente con el Vicepresidente, los ministros, los viceministros y demás funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tienen vedado favorecer a partido político alguno.
>
> Artículo 185. Requisitos para optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República.
>
> Podrán optar a cargo de Presidente o Vicepresidente de la República, los guatemaltecos de origen que sean ciudadanos en ejercicio y mayores de cuarenta años.

Respecto de los ministros de Estado, la Constitución prevé una serie de reparos para su acceso, los cuales guardan relación con precauciones respecto de sus funciones:

> Artículo 194. Funciones del ministro.
> […]
> i) Velar por el estricto cumplimento de las leyes, la probidad administrativa y la correcta inversión de los fondos públicos en los negocios confiados a su cargo.

Como suele ocurrir, las prescripciones constitucionales deben desarrollarse en la legislación ordinaria. En el sistema presidencialista de Guatemala, las funciones del jefe de Estado son o deben ser vigiladas por los contralores de ingreso y gasto (específicamente la Contraloría General de Cuentas de la Nación), cuyo titular es nombrado por un sistema de comisión de postulación, con el cual se pretendía disminuir la influencia partidarista y la designación directa presidencial.

Las prohibiciones para acceder al gabinete de gobierno son explicables como cautela prevista por los vínculos de parentesco, negocios, insolvencias que hacen presumir intereses personales más allá de los del servicio. Desde luego, no todo encaja como lo prevé la ley fundamental, puesto que el vínculo familiar no implica necesariamente concierto para el mal uso del poder. Sin embargo, el nepotismo ha sido visto como corrupción, siendo que, en efecto (y este es un dato puramente anecdótico), los familiares cercanos de los hombres con mando, republicano o monárquico, son prejuiciados por los rumores sociales que, si antes eran destructivos, ahora en la época de las redes sociales son fatales.

3. *Organismo judicial*

> Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial.
> La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentares contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará en el ejercicio de cualquier cargo público.

> Artículo 207. Requisitos para ser magistrado o juez.
> […] Los magistrados y jueces deben ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad […]

Artículo 209. Nombramiento de jueces y personal auxiliar.

[…] Se establece la carrera judicial. Los ingresos, promociones y ascensos se harán mediante oposición.

4. *Régimen de control y de fiscalización*

Artículo 232. Contraloría General de Cuentas. […] es una institución técnica descentralizada con funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y, en general, de todo interés hacendario de los organismos del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como de cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas.

También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos.

Artículo 233. […] El Congreso de la República hará la elección (del Contralor General de Cuentas) de una nómina de seis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representantes de los rectores de las universidades del país, quien la preside, los decanos de las facultades que incluyan la carrera de Contaduría Pública y Auditoría de cada universidad del país y un número equivalente de representantes electos por la asamblea general del Colegio de Economistas, Contadores Públicos y Auditores y Administradores en Empresas. Para la elección de candidatos se requerirá el voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de dicha comisión.

5. *Procuraduría General de la Nación*

Artículo 252. Procuraduría General de la Nación […] tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales […] ejerce la representación del Estado [...]

IV. Derecho ante el poder

En este apartado, podría ubicarse el derecho como condición del poder que es, a su vez, su generador positivo. Poder y derecho, simbiosis de la realidad, así como lo ubica Alexis Carrel: "[…] lo material y lo espiritual van ligados en lo humano, de modo tan indisoluble y cierto, como en la estatua el mármol y forma".

El derecho ante el poder o el poder ante el derecho tienen su expresión semántica en la fórmula: Estado de derecho.

Incurrimos muchas veces en el esfuerzo escolástico de las definiciones (lo que me recuerda a un autor que hacía notar que ningún físico se entretuvo en buscar una definición exacta de la electricidad en lugar de comprobar sus efectos) aun cuando la relación del poder y del derecho resulte evidente y sensible a la realidad del tiempo y del lugar.

Dándole vueltas a las teorías y las definiciones, el Estado de derecho va tomando los perfiles que cada soberanía; en sus circunstancias, irá articulando conforme su cultura política y la forma de expresión ciudadana. Algunos componentes, como el imperio de la ley, la distribución de las competencias de poder, la legalidad de actuación de los administradores y el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona humana, definen un Estado de derecho.

Si debe entenderse que la autoridad del Estado no puede intervenir en la vida social y familiar del individuo, sin contar previamente con una norma jurídica constitucional que se lo autorice, sabemos que vivimos en un Estado de derecho. Si la persona humana es depositaria de un fuero interior que corresponde a su naturaleza, honrada y honesta, y conserva la elemental decisión de pensar y actuar como le plazca sin ofender ni lesionar a otro, es porque existe un Estado de derecho que protege su existencia individual y asociada como ella quiera.

En teoría, no es necesario que cada acto de vida (pensar y actuar) de los individuos que componen la población deba ser autorizado de manera específica, pues solamente estará limitado por aquello que le haya sido prohibido racionalmente. Por otra parte, el poder, esto es la clase gobernante, solo puede actuar para lo que expresamente haya sido autorizado. Esta es la fórmula común y corriente, aunque puede ser engañosa en cuanto la ley positiva pudiese estar contaminada de reglas opresivas y arbitrarias. Para esta posibilidad, el sistema constitucional ha previsto no solo su supremacía sobre las leyes ordinarias y, además, instituido un órgano independiente de control. Y no se queda ahí, también reconoce la supremacía de la convencionalidad internacional de los derechos humanos, siendo parte de las declaraciones universales y de órganos encargados de su tutela.

En resumen, el poder puede estar controlado por el derecho generado por ese mismo poder: el Estado constitucional de derecho.

V. El control del poder

El derecho no solo es un sistema de protección de la personalidad humana para que haga su voluntad sin ofensa ajena. También es el marco de actuación

del poder público para que respete y garantice lo que se le haya reconocido expresamente. Aquí es donde funcionan las acotaciones que la ley suprema y las leyes ordinarias le demarquen. De este ejercicio correcto del Gobierno se ocupa la Constitución Política. Ella rodea al poder de multitud de controles, tanto directos como delegados a la legislación que la desarrolla, incluyendo la convencionalidad internacional. De manera muy sumaria aludiremos a normas de jerarquía suprema, luego a la legislativa delegada, y por último a una específica convencional, el acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Gobierno de Guatemala para el establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG).

Hemos anotado algunas disposiciones constitucionales preventivas que, por las actividades, los nexos o los vínculos de parentesco de una persona, se presumen como de alto riesgo de incurrir en actos de corrupción en ejercicio de cargos públicos. Ahora algunas represoras del hecho.

La norma que ordena la legalidad de los centros de detención, arresto o prisión, se protege al disponer que "La autoridad y sus agentes, que violen lo dispuesto […] serán personalmente responsables" (art. 10). De igual forma, respecto del régimen penitenciario se reconoce: "la infracción de cualquiera de las normas establecidas […] da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados" (art. 19). Con respecto a esta condición y lo relativo a menores de edad transgresores y su tratamiento especial, el artículo 21 preceptúa: "Los funcionarios, empleados públicos u otras personas que den o ejecuten órdenes contra […] además de las sanciones que les imponga la ley, serán destituidos inmediatamente de su cargo e inhabilitados para el desempeño de cualquier cargo o empleo público". Los casos anteriores citados por la frecuencia de la corrupción pública en el sistema penitenciario. Enseguida, algunos preceptos del rango supremo:

> Artículo 154. Función pública, sujeción a la ley. Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.
>
> Los funcionarios y empleados están al servicio del Estado y no de partido político alguno.

Las consecuencias del ejercicio del servicio público, cuando cause perjuicio a particulares (sin indicar si por dolo o negligencia), implican solidaridad del Estado en su reparación:

> Artículo 155. Responsabilidad por infracción a la ley. Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja

> la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren […]
>
> La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiese consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años.
>
> La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado en la ley para la prescripción de la pena.
>
> Artículo 156. No obligatoriedad de órdenes ilegales
>
> Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.

1. *Régimen político-electoral*

> Artículo 223. […] Una vez hecha la convocatoria a elecciones, queda prohibido al Presidente de la República, a los funcionarios del Organismo Ejecutivo, a los alcaldes y a los funcionarios municipales hacer propaganda respecto de las obras y actividades realizadas.

2. *Régimen financiero*

> Artículo 237. Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado […] No podrán incluirse […] gastos confidenciales o gasto alguno que no deba ser comprobado o que no esté sujeto a fiscalización. Esta disposición es aplicable a los presupuestos de cualquier organismo, institución, empresa o entidad descentralizada o autónoma.

La sociedad califica, generalmente con buen tino, el grado que alcance en cada sistema o gobierno. Los frenos y contrapesos constitucionales y de las leyes ordinarias han avanzado, tratando de contrarrestarlo. En Guatemala, uno de esos refuerzos que penetraron redes de corrupción fue la operación de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) mientras que, con su contraparte, el Ministerio Público, estuvo dotada de la necesaria invulnerabilidad para llegar a investigar y denunciar estructuras delictuosas dentro de los órganos de poder. La viabilidad del acuerdo del país con el secretario general de la ONU fue viable por dictamen de la Corte de Constitucionalidad del 8 de mayo de 2007 (Opinión Consultiva 791-2007).

VI. Legislación de desarrollo de transparencia y control

> "Hay tantas leyes, que nadie está seguro de no ser colgado".
>
> Napoleón

Los preceptos de la Constitución (y en el caso guatemalteco, de las leyes con rango constitucional) son desarrollados por leyes ordinarias, como el común de los sistemas jurídico-políticos. De manera que, en materia de normas de prevención y control contra el mal uso del poder público, desviado hacia la corrupción como medro personal directo o indirecto, el Estado ha emitido multitud de leyes y reglamentos para su prevención y castigo. El recuento de esas disposiciones anticorrupción resulta tan numeroso como las argucias que se instituyen o inventan para burlarlas. El mal es antiguo pero su progresividad ha resultado alarmante.

La primera de esas regulaciones fue la Ley de Probidad (Decreto Legislativo 1707 de 2 de mayo de 1931), derogada por la sustitución de otra ley del mismo título (Decreto presidencial 204 de 14 de enero de 1955). Actualmente, rige la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos (Decreto Legislativo 89-2002 de 1 de febrero de 2002). Con esta ley coexiste una gran cantidad de leyes, reglamentos y disposiciones que regulan la función pública, tanto de sus operadores directos como de las personas que se acercan a ella por una relación contractual con valor económico. Es tan numerosa, compleja y dispersa esa normatividad, que no resulta exagerado el aforismo napoleónico citado:

- Ley de Acceso a la Información.
- Ley de Extinción de Dominio.
- Ley Orgánica del Presupuesto.
- Ley de Aprobación del Presupuesto del Estado (Candados).

VII. Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala

Con relación a la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) se anota como antecedente la suscripción por el gobierno guatemalteco y la ONU de un acuerdo de 7 de enero de 2004 estableciendo

una Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad en Guatemala (CICIACS).

El presidente de la República, previo a remitir el citado acuerdo al Congreso de la República para su conocimiento y ratificación o no ratificación, estimó necesario solicitar opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad, formulando 20 preguntas. El Tribunal hizo un pronunciamiento el 5 de agosto de 2004, absolviendo el cuestionario de las 20 preguntas planteadas. En una votación de los cinco titulares, la Corte emitió la opinión encontrando varios puntos del acuerdo que estimaron incompatibles con la Constitución Política de la República (Opinión Consultiva 1250-2004).

> Tomando en cuenta las objeciones de la Corte de Constitucionalidad, el Gobierno de Guatemala negoció otro acuerdo con la ONU, suscrito el 12 de diciembre de 2006, estableciendo la CICIG.
>
> En esta ocasión, fue el Congreso de la República el órgano que acudió a la Corte de Constitucionalidad solicitando Opinión Consultiva por la que formuló tres preguntas:
>
> ¿Es constitucional el contenido del Acuerdo?
>
> 2) ¿Mantiene su independencia y autonomía el Ministerio Público en relación a las disposiciones de la Constitución Política de la República y a su ley orgánica?
>
> 3) ¿Es necesaria la mayoría de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República para la aprobación del Acuerdo de establecimiento de la CICIG?

La Corte, con el voto unánime de sus cinco magistrados titulares, emitió su opinión el 8 de mayo de 2007, contestando afirmativamente las dos primeras preguntas y precisando que para la aprobación por el Congreso de la República era suficiente la mayoría absoluta de sus diputados y no la votación agravada de los dos tercios como mínimo.

Con relación a la primera pregunta la Corte estudió los parámetros de la Constitución que reconocen su supremacía y, partiendo de esta premisa, revisó el Acuerdo firmado por el Ejecutivo con la Secretaría General de la ONU.

VIII. Conclusiones

Cualquier Constitución tendrá vigencia y eficacia, aun en períodos críticos y convulsos, en la medida que goce de adhesión social. Es más profundo el sentimiento constitucional para hacer que se respete y cumpla la ley que su propia perfección técnica; esta no es más que un problema de jueces inteligentes. Pero la convicción es cuestión de cultura y de civismo.

Son muchos los factores que asedian y acometen la Constitución para quebrantarla o corromperla. Ponen en peligro la constitucionalidad las incoherencias y falsedades de sus propios custodios. La desmantelan la trivialidad en su manejo tanto como el ventajismo o la candidez en su invocación. La ofenden quienes la presumen sectaria y servil a sus intereses y la debilitan los impacientes que le atribuyen las carencias e inequidades sociales.

Lo usual es presumir que es el poder público al que hay que vigilar para constreñir a *estar en y con la Constitución*. Esto es palmario y no debe descuidarse su control estricto por la tendencia desorbitante del poder.

Goran Therborn, profesor de ciencias políticas de la Universidad de Estocolmo, advierte sobre el peligro de colapso del Estado como producto de la sobrecarga de prestaciones que los habitantes esperan de los gobiernos, particularmente comprometidos por el sistema de competencia partidista y de los grupos de presión. Paralización que vendría a ser precipitada por la insuficiencia del aparato estatal tanto en su capacidad real de intervención y de disposición de recursos como por las inevitables imperfecciones de dirección. Así, la discrepancia entre lo reclamado y lo viable tendería a hacer que los sistemas ingobernables se hagan cada vez más ingobernables. El peligro se encuentra en el fundamentalismo que pudiera surgir planteando rupturas que, en el fondo, empeoran el problema. El constitucionalismo tiene la cualidad de no encubrir la crisis y de abrir el cauce para discutirla. En cambio, los radicalismos, aunque tuvieren efectos analgésicos, siempre, por pasajeros y superficiales, conducirían a la destrucción de la base misma de la solidaridad social.

Debe tenerse cuidado al señalar las cosas. Bien lo aclara Jiménez de Parga sabiendo distinguir la corrupción *en la democracia* de, como algunos quisieran, la corrupción *de la democracia*. El problema de esa infracción de la ética social se encuentra en que además de la sanción jurídica que pueda alcanzarla debe haber también un castigo social, pues, como dice el autor citado, aquella puede que llegue tarde y este, el desprecio, es matizado cuando una sociedad gratifica el "éxito" económico sin importar los medios para alcanzarlo.

Conspira contra la esencia moral del constitucionalismo la posibilidad de politizar la justicia o la de pretender ejecutarla por juicios de papel. Si bien la sentencia depende de lo que su étimo implica: *sentir*, no hay que olvidar que el proceso es técnico, igual e imparcial. En materia política, que es la almendra, como le dice Tomás y Valiente, de la justicia constitucional, los fallos deberán ser nítidamente jurídicos. Afecta seriamente la majestad de la justicia aquel que de la magistratura quiere hacer tribuna y de la toga, bandera. Por otro lado, enfrentan la juridicidad quienes, profanos y al margen de la ley, se erigen en árbitros oficiosos obligando a pusilánimes como Pilatos a fallar sin razón y sin conciencia.

En la serie *Roma,* producida por HBO y dirigida por Jonathan Stamp, se registran diálogos entre estadistas de distinta ética personal. En el primero, Marco Antonio, asistido por el liberto Posca, pacta con Herodes:

Herodes:	*Me dijeron que los caballeros romanos no piden sobornos. Uno debe ofrecer los sobornos como regalos. ¿Es así?*
Marco Antonio:	*Sí, así es. Me temo que somos los peores hipócritas*.
Herodes:	*Te ofrezco un regalo entonces, ayúdame a tomar el trono de Judea, hacer de mis enemigos los tuyos, y te ofreceré un regalo importante*.
Posca:	*¿Cuán importante sería el regalo?*
Herodes:	*¿Cuán importante necesita serlo?*
Posca:	*9100 kilos de oro*.
Herodes:	*Hecho.*
Marco Antonio:	*Deberíamos haber pedido más. Debes garantizar, por supuesto, mantener a raya a los judíos.*
Herodes:	*Harán lo que les digo o sufrirán las consecuencias.*
Marco Antonio:	*Congratulaciones; Herodes, tienes el apoyo total de Roma*.
Herodes:	*Una pregunta. Nuestros amigos Octavio y Lépido ¿también hablas por ellos?*
Marco Antonio:	*Sí. Hablamos una sola voz*.
Herodes:	*¿Así que luego no vendrán pidiendo regalos para ellos?*
Marco Antonio:	*No, tu regalo es para todos nosotros*.
Herodes:	*Bien. Qué hermoso tener tal confianza entre amigos* (Herodes se retira)
Marco Antonio:	(A Posca) *A esto le llamo una buena mañana de trabajo*.

En episodio posterior, se reúnen Marco Antonio, Lépido y Octavio (hijo adoptivo de Julio César) con el objeto de acordar la distribución del poder imperial entre ellos tres, asignándose su correspondiente espacio político-territorial. Octavio ya sabía del acuerdo de Antonio con Herodes, por delación del frustrado Posca que pretendió una parte del soborno. Se supone que Octavio reivindica honestamente el principio que todos los ingresos entren al fisco, bajo la supervisión de un sacerdote.

Ejemplo de la prolijidad legisladora en su intento de frenar la delincuencia (incluida la corrupción) se encuentra en las constantes modificaciones al Código Penal o emitiendo leyes específicas, citando las más recientes: Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo (58-2005); Aprobación del Convenio sobre la Cooperación para la Supresión del Tráfico Ilícito Marítimo y Aéreo de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en el Área del Caribe (64-2005); Ley de la Dirección de la Inteligencia Civil (71-2005); Aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (91-2005); Ley contra la Delincuencia Organizada (21-2006);

Ley del Régimen Penitenciario (33-2006); Ley de Registro de Terminales Telefónicas Móviles Robadas o Hurtadas (09-2007); Decreto que aprueba el Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala relativo al establecimiento de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) (35-2007); Reformas a la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal (22-2008); Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición (28-2008); Reforma al Código Penal que tipifica el delito de Pánico Financiero (64-2008); Ley contra la Explotación Sexual y Trata de Personas (09-2009); Ley de Armas y Municiones (15-2009); Ley de Fortalecimiento a la Persecución Penal; Ley contra la Delincuencia Organizada (17-2009); Ley de Competencia Penal en Proceso de Mayor Riesgo (21-2009); Ley de Extinción de Dominio (55-2010); Ley para Combatir la Producción y Comercialización de Medicamentos Falsificados (28-2011); Ley para Fortalecimiento del Sistema Tributario; Combate a la Defraudación y el Contrabando (04-2012), y siguen.

LA DISCIPLINA ANTICORRUPCIÓN EN ITALIA ENTRE POLÍTICAS DE PREVENCIÓN Y DE REPRESIÓN

Luca MEZZETTI*
Francesca POLACCHINI**

SUMARIO: I. *Introducción: la doble cara de la lucha contra la corrupción*. II. *Las instituciones anticorrupción desde una perspectiva diacrónica*. III. *Las medidas de prevención de la corrupción: desde la representación hasta la prevención*. IV. *La red de programas anticorrupción*. V. *La transparencia administrativa, pilar del sistema anticorrupción*. VI. *Marco normativo en materia de inhabilitación laboral e incompatibilidades y códigos de conducta*. VII. *La represión de la corrupción*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN: LA DOBLE CARA DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La prevención de la corrupción se ha situado durante mucho tiempo en los márgenes de la elaboración de estrategias y de políticas para la lucha contra la corrupción. Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico italiano ha tratado el tema de la corrupción solamente bajo la función represiva. Por largo tiempo, para luchar contra la corrupción se ha utilizado exclusivamente el

* Doctor en Derecho, catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho en la Universidad de Bolonia y Udine. Director científico de la Escuela Superior de Estudios Jurídicos de Bolonia. Presidente de la Sección Italiana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y vicepresidente general de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Ha publicado más de 200 artículos sobre temas de derecho constitucional y derecho comparado.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Bolonia, en donde es titular de la coordinación didáctica y organizativa del Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Profesora adjunta de Derecho Público en la Universidad Luigi Bocconi. Miembro de la Secretaría de Organización de la Asociación Italiana de Constitucionalistas. Su producción científica se centra en temas como derecho constitucional, ordenamientos jurídicos supranacionales, entre muchos otros.

instrumento de la represión penal, impulsado por la autoridad judicial y las fuerzas de policía. Desde siempre, las políticas de intervención, en vez de tener una visión global orientada a la prevención de la corrupción, han respondido a una lógica de actuación de emergencia y reactiva, coherente con la idea de corrupción como fenómeno de carácter "burocrático-ramificado", de naturaleza ocasional y que implicaba, solamente, a funcionarios públicos que no ocupan altos cargos.[1] Anteriormente, la corrupción, que entonces no era sistemática, se limitaba a los casos de contrato ilícito entre la Administración pública y un particular: un contrato que se desarrollaba según numerosas formas tipificadas en el código penal y que estaba destinado a la compraventa de un acto del funcionario público (o del encargado del servicio público) a favor del particular. Por tanto, la lucha contra la corrupción se terminaba con la represión del acto sinalagmático y del fraude, en el que existía una sumisión del particular frente a la coacción del funcionario.[2]

El aumento del conocimiento del comportamiento cambiante de la corrupción, con actos cada vez más frecuentes, sistemáticos y que involucraban a los distintos niveles de las instituciones hasta llegar a las más altas esferas políticas y administrativas, dio lugar a la creación de una estrategia de carácter preventivo con normas de derecho administrativo, que se añadió a las sanciones penales que ya existían. Como se puede ver en la vida cotidiana mediante las noticias e informaciones que se transmiten, la corrupción en Italia, desde hace tiempo, ha superado el límite de vigilancia, ya que los mismos sectores de la vida pública se han visto involucrados en actos corruptos, trascendiendo así a la dimensión eminentemente penalista del fenómeno.[3]

Con la Ley 190/2012 (conocida como *Legge Severino*) se establece, junto a la intervención penal, una función preventiva mediante un conjunto de normas de derecho administrativo capaz de atacar a la corrupción desde la fase inicial de planificación hasta la fase final de ejecución.

El conocimiento que se ha adquirido sobre la naturaleza sistemática de la corrupción, fenómeno que es capaz de poner en riesgo la imparcialidad y el buen desarrollo de las administraciones públicas y su legitimación, ha dado lugar a replantearse todo el mecanismo administrativo mediante una lógica, sobre todo, de prevención y valorización de las directrices que provie-

---

[1] Cingari, Francesco, "Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione", en Palazzo, Francesco (ed.), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Florencia, Firenze University Press, 2011, p. 13.

[2] Flick, Giovanni Maria, "Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?", *Cassazione Penale*, núm. 9, 2015, p. 2982.

[3] Spangher, Giorgio, "Il «contrasto» alla corruzione nell'orizzonte della politica criminale", *Percorsi costituzionali*, 2012, p. 43.

nen de las fuentes internacionales y supranacionales. A partir de 1997, son numerosos los actos normativos internacionales que han alimentado a uno de los más importantes *corpus* normativos político-criminales.[4] La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, de 1997; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003; los dos convenios contra la corrupción del Consejo Europeo, penal en 1998, y civil en 1999, y, en general, la política anticorrupción promovida por la Unión Europea, progresivamente, han insistido en la necesidad de que los Estados desarrollen políticas de prevención administrativa para poder coordinarse de forma armónica con el instrumento de la represión penal.

En concreto, además de intervenir mediante la represión penal, la Ley 190 ha reforzado la coordinación de las políticas anticorrupción a nivel central, regional y local, y ha potenciado las actividades de prevención introduciendo la obligación para todas las instituciones públicas de adoptar programas anticorrupción. Se han establecido normas de integridad más estrictas para los cargos públicos electos y para garantizar la transparencia del gasto público y el acceso a la información. Se han elaborado códigos de conducta, medidas para la tutela del funcionario público que informe sobre actos ilícitos y se ha reforzado también el marco normativo relativo a los conflictos de interés, de incompatibilidad y de inhabilitación de los cargos. Con este propósito, la Ley 190, en su artículo 1, apartado 49, ha delegado al Gobierno la tarea de elaborar uno o más decretos legislativos dirigidos a modificar la disciplina de atribución de cargos directivos y de altos cargos de responsabilidad administrativa en las administraciones públicas y en las instituciones de derecho privado sometidas al control público, así como la actividad de producción de bienes y servicios a favor de las administraciones públicas o de gestión de servicios públicos, además de modificar la disciplina relativa a la incompatibilidad de los cargos mencionados y el desarrollo de los cargos públicos electos o la titularidad de intereses privados que pueden entrar en conflicto con el ejercicio imparcial de las funciones públicas asignadas. Todo esto, evidentemente, tiene el objetivo de obtener una mayor garantía de la imparcialidad y el buen desarrollo de la actividad administrativa.

Teniendo siempre en cuenta esa visión estratégica de la prevención, se evidencian las normas sobre la transparencia que han representado uno de los pilares fundamentales de las recientes reformas: la nueva disciplina del ac-

[4] Manacorda, Stefano, "Normativa internazionale e scelte politico-criminali di contrasto alla corruzione: il «piano inclinato» della riforma", *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Milán, Giuffrè, 2013, p. 172.

ceso cívico pretende marcar un auténtico punto de inflexión "ideológico" en el ámbito de las relaciones entre los particulares y la Administración pública.[5]

Finalmente, las últimas intervenciones legislativas se han ocupado, de manera considerable, del sector de los contratos públicos que históricamente también han sido objeto de un elevado riesgo de conductas corruptas, en particular, nos referimos al nuevo código establecido por el Decreto Ley 50 de 18 de abril de 2016, modificado posteriormente por el Decreto Ley 56 de 19 de abril de 2017 (conocido como *correcttivo al Códice*). Como sabemos, la corrupción ha resultado particularmente difusa en el sector de los contratos públicos y ha estado presente en cada una de sus fases, desde la adjudicación hasta el momento final de su ejecución. La gravedad de este fenómeno, junto con las peticiones internacionales, han llevado al legislador a suprimir la autoridad para la vigilancia de los contratos públicos y atribuir las relativas funciones a otra autoridad nueva definida como Autoridad Nacional Anticorrupción, dando, de esta forma, una evidencia semántica a la reconocida sistematicidad del fenómeno.[6]

II. Las instituciones anticorrupción desde una perspectiva diacrónica

La introducción de la primera figura competente para desempeñar las funciones de lucha contra la corrupción aparece en la Ley 3/2003, que estableció el Alto Comisionado Anticorrupción, figura directamente dependiente de la Presidencia del Consejo. Se trataba de una institución dotada de poderes relativamente débiles: podía disponer investigaciones para verificar la "existencia, causa y factores" del fenómeno de la corrupción y de actos ilícitos; podía elaborar análisis y estudios sobre la idoneidad y congruencia del marco normativo y sobre eventuales medidas administrativas orientadas a afrontar la corrupción y otros actos ilícitos, y también podía supervisar los procedimientos de los que se pudieran derivar perjuicios o daños fiscales, como aquellos relativos a las contratos públicos.[7] Sin embargo, el alto comisionado no era titular de funciones reguladoras ni sancionadoras, solamente podía presentar denuncias sobre conductas ilícitas relevantes ante las autoridades

[5] Massaro, Antonella y Sinisi, Martina (eds.), *Trasparenza nella p.a. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, Roma, Roma Tre Press, 2017.

[6] Racca, Gabriela Margherita, "Dall'Autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema", *Diritto Amministrativo*, núm. 2-3, 2015, p. 346.

[7] Cristina, Fabio Di, "L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia", *Il diritto dell'economia*, núm. 29, 2016, p. 501.

judiciales y ante el Tribunal de Cuentas. Esta institución demostró ser inadecuada para combatir de modo eficaz la corrupción, ya que estaba dotada de poderes muy poco incisivos.[8]

Las funciones del alto comisionado, suprimido en 2008, fueron transferidas al servicio anticorrupción y de transparencia del departamento de la función pública, oficina dependiente de la Presidencia del Consejo. A este servicio se le atribuyeron tareas de estudio y análisis del fenómeno de la corrupción y otras formas de actos ilícitos con el objetivo de elaborar una relación anual que sería transmitida al Parlamento y un plan anual para la transparencia de la acción administrativa.

Con el Decreto Ley 150/2009 una nueva institución ve la luz: la Comisión para la evaluación, la transparencia y la integridad de las administraciones públicas (CIVIT), a la que se le atribuyeron competencias en materia de integridad y transparencia. Sin embargo, tales competencias fueron absorbidas rápidamente por la disciplina relativa a la evaluación de las *performance* dentro de las administraciones públicas, tema central de la reforma llevada a cabo por el Gobierno de la época.[9] Junto a la CIVIT, la presidencia del Consejo-Departamento de la Función Pública seguía manteniendo algunas competencias del ya suprimido alto comisionado, provocando, de esta forma, un sistema de prevención de la corrupción de carácter bicéfalo, y debilitado por una distinción no suficientemente clara entre dirección política y gestión administrativa.[10]

La Ley 190/2012 estableció que la CIVIT fuera el órgano encargado del desarrollo de las funciones de la Autoridad Nacional Anticorrupción. Las tareas conferidas a tal comisión se basaban en actividades de colaboración con los equivalentes organismos extranjeros y con las organizaciones regionales e internacionales competentes para adoptar un plan nacional anticorrupción de carácter consultivo y que se traducía en la elaboración de informes, actividades de análisis de las causas y de los factores de la corrupción, y de identificación de las intervenciones que pudieran favorecer la prevención. También, la comisión llevaba a cabo actividades de vigilancia y control sobre la efectiva aplicación y eficacia de las medidas adoptadas por las administraciones públicas y respeto a las normas de transparencia de la actividad administrativa. En cambio, las competencias sancionadoras estaban ausentes.

---

[8] Giuffrè, Felice, "Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione", en Nicotra, Ida (ed.), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Turín, Giappichelli, 2016, p. 26.

[9] Cristina, Fabio Di, *op. cit.*, p. 502.

[10] Macchia, Marco, "La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo", en Manganaro, Francesco *et al.*, *Diritto amministrativo e criminalità*, Milán, Giuffrè, 2014.

La Ley 190 mantiene esa doble estructura que había caracterizado a la fase anterior (2009-2012). De hecho, junto a la CIVIT se situaba el Departamento de la Función Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, que tenía funciones de coordinación de los métodos y las estrategias de lucha contra la corrupción, basándose en las directrices adoptadas por el Comité Interministerial (establecido con decreto del presidente del Consejo de Ministros el 16 de enero de 2013). Por tanto, a partir de 2012, se identifica al órgano al que se le otorgan las funciones en materia de anticorrupción, las cuales todavía aparecen compartidas con una estructura de derivación gubernamental. A cada una de las administraciones, además, se les atribuye la figura del Responsable de la Prevención de la Corrupción (RPC), elegido por el órgano de dirección entre los dirigentes en servicio.

Con el Decreto Ley 90/2014, convertido en Ley 114/2014, la CIVIT se transforma en Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC) y asume también las funciones de la Autoridad para la Vigilancia de los Contratos Públicos de Trabajo, Servicio y Suministro (AVCP), y aquellas del Departamento de la Función Pública en materia de prevención de la corrupción y de promoción de la transparencia en la Administración pública.

La relación entre los diferentes sujetos encargados del desarrollo de funciones de prevención de la corrupción aparece clarificada en el siguiente Decreto Ley 97/2016 que modificó al Decreto Ley 33/2013 y a la misma Ley 190/2012. La ANAC adopta el Plan Nacional Anticorrupción (PNA) y "ejerce los poderes de inspección mediante peticiones de noticias, informaciones, actos, y documentos a las administraciones públicas". Cada una de las administraciones tiene la obligación de enviar su programa anticorrupción trienal (PTPC) a la ANAC, antes del 31 de enero de cada año y antes del 15 de diciembre de cada año; el responsable de la prevención de la corrupción de cada Administración tiene que transmitir al Organismo Independiente de Evaluación un informe sobre los resultados de la actividad y, este último, por su parte, tendrá que verificar la coherencia de los PTPC con los demás actos de programación y dará a conocer a la ANAC el estado de aplicación de las medidas que contienen.

Las funciones de la Autoridad Nacional Anticorrupción

El Decreto Ley 101/2013, convertido en Ley 125/2013, que contiene disposiciones urgentes para lograr objetivos de optimización en las administraciones públicas, ha atribuido a la CIVIT la denominación de Autoridad Nacional Anticorrupción para la evaluación y transparencia de las adminis-

traciones públicas.[11] Por tanto, la Autoridad Nacional Anticorrupción sustituye a la CIVIT y no solamente se le transfieren las funciones de evaluar el *performance*, sino que también —con intervenciones legislativas posteriores— cuenta con poderes de vigilancia, bastante precisos, en materia de contratos públicos.[12] El Decreto Ley 40/2014 redefine el nombre de la autoridad, que se transforma en la actual Autoridad Nacional Anticorrupción, y se le traspasan todos los deberes y funciones que antes eran de competencia de la autoridad para la vigilancia de los contratos públicos de trabajo, servicio y suministro (art. 19, apdo. 2, del Decreto Ley 90/2014).

La AVCP, como sabemos, fue introducida por la Ley 109/1994 (conocida como *Legge Merloni*), con el objetivo de inserir en el sistema una autoridad que ayudase a los órganos de control ya existentes a predeterminar, de forma rigurosa, todo el proceso de asignación de los trabajos públicos y de elección de los contratantes y, en consecuencia, limitar lo máximo posible el ejercicio discrecional por parte de la Administración pública.[13]

Los poderes legislativos que se le atribuyen a la ANAC se pueden clasificar en la prevención de la corrupción en el ámbito de las administraciones públicas, de las sociedades participantes y en el control mediante la aplicación de la transparencia en todos los aspectos relacionados con la gestión, aunado al desarrollo de la actividad de vigilancia en el ámbito de los contratos públicos, de las asignaciones de cargos y, en fin, de cualquier sector de la Administración pública que pueda suponer un terreno fértil para la aparición de la corrupción.[14]

Además de los poderes previstos en la Ley 190 y los relativos decretos, a la ANAC le han sido conferidos concretos poderes de intervención, siempre que existan graves y probados actos de corrupción cuyos autores sean empresarios privados que presten sus servicios a las administraciones públicas. Estos poderes se pueden traducir también en la aplicación de una administración judicial.

---

[11] El art. 5 de la ley 125/2013, establece que, "De acuerdo con el art. 1, párrafo 2, de la ley 6 de noviembre de 2012 n. 190, la Comisión de Evaluación, Transparencia, Integridad de las Administraciones Públicas toma el nombre de Autoridad Nacional Anticorrupción y de Evaluación y Transparencia de las Administraciones Públicas (A.N.A.C.)".

[12] D'Alterio, Elisa, "Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, p. 500.

[13] Sandulli, Di Maria Alessandra, "Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP", *federalismi.it*, Roma, 2013, p. 2.

[14] En ese sentido *cfr.* "Missione", citado por D'Alessandro, Niccolò Maria, "L'Autorità nazionale anticorruzione: spunti di riflessione alla luce delle modifiche al Codice dei Contratti pubblici", *Nuove Autonomie*, 2018, *www.anticorruzione.it.*

El código de los contratos públicos, establecido por el Decreto Ley 50/2016, modificado por el Decreto Ley 56/2017 y por sus sucesivos cambios, cuenta con una disciplina detallada sobre las funciones de la ANAC, a la que se le atribuyen funciones de vigilancia, regulación, sancionadoras y funciones previas al proceso contencioso. Además, tiene legitimación extraordinaria para emprender acciones legales, cual garante supremo de la legalidad en este sector.

La ANAC tiene dos funciones centrales: vigilar el sector de los contratos públicos y prevenir y combatir la ilegalidad en las administraciones públicas —la primera misión es fundamental para lograr la segunda—, la vigilancia de los contratos públicos no es, en sí, un objetivo, pero es ("también") fundamental para conseguir la finalidad de la conocida misión "anticorrupción".[15]

Con ocasión de la aplicación del Decreto Ley 50/2016, el legislador ha intensificado el papel de la autoridad responsable de la vigilancia en materia de contratos públicos, dándole poderes totalmente novedosos que se extienden no solo por toda la fase de los procedimientos de licitación pública, sino que también llegan a la fase de ejecución del contrato. Las actuales funciones de la ANAC son, por tanto, las que resultan de la coordinación de poderes, ya en parte desarrollados por la anterior AVCP y también aquellas funciones nuevas atribuidas por las intervenciones normativas recientes.[16]

El Decreto Ley 97/2016 (conocido como la versión italiana del *freedom of information act*) ha dado un nuevo papel a la autoridad en materia de transparencia, atribuyéndole el deber de adoptar —siempre de acuerdo con el garante para la protección de los datos personales y una vez oída la conferencia unificada—, directrices para definir las excepciones y los límites del nuevo acceso cívico generalizado.

En el proceso de licitación pública, la función de vigilancia de la ANAC se basa jurídicamente en el artículo 213 del código, que establece que la vigilancia, el control y la regulación de los contratos públicos son de competencia de la ANAC y que además tiene un poder general de acción para prevenir y luchar contra la ilegalidad y la corrupción.

En particular, el poder de vigilancia de la ANAC se entiende, en sentido subjetivo, porque la actividad de control está dirigida, de forma indiferente, a los agentes públicos y privados, y por otro lado, en sentido objetivo,[17] por-

---

15 D'Alterio, Elisa, "Il nuovo Codice...", *cit.*, p. 436.

16 Chimenti, M.L., "Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici", en Nicotra, Ida (ed.), *op. cit.*, p. 47.

17 Piperata, Giuseppe, "L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici", en F. Mastragostino (ed.), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Turín, Giappichelli, 2017, p. 40.

que la vigilancia incide también, según el artículo 213, apartado 3, literal a), en los contratos públicos excluidos, total o parcialmente, del ámbito de aplicación del *Codice appalti* (Código de Licitación Pública), con el fin de verificar concretamente la legitimidad de tal exclusión.

Según una cuidadosa doctrina,[18] la función de vigilancia se debe entender como "vigilancia colaborativa", es decir, como un momento de evaluación preliminar que tiene el objetivo de verificar la legitimidad y la conformidad de todos los documentos del procedimiento de licitación pública teniendo en cuenta las previsiones legales.

Según el artículo 213, apartado 3, literal b), tal vigilancia actúa como un instrumento capaz de garantizar la economicidad en la fase de ejecución del contrato y está dirigida a comprobar que no surjan perjuicios para las arcas públicas cuando se perfeccione el contrato.

Las actividades de vigilancia incluyen la supervisión, controles técnicos de regularidad económica-contable, controles cualitativos, controles conocidos como colaborativos e inspecciones.

Recientemente, la ANAC ha emitido su propio reglamento sobre el ejercicio de la actividad de vigilancia en materia de contratos públicos,[19] y proporciona una visión bastante amplia de la disciplina establecida en el artículo 213 del código.[20] El reglamento en cuestión contiene una específica programación sobre la actividad de vigilancia de la autoridad, que se basa en dos actos aprobados por el consejo: la directiva programática, que tiene que ser aprobada antes del 31 de enero de cada año, y el plan anual de las inspecciones. Esta actividad, en sí, se puede realizar de oficio o por señalación, mediante un proceso, cuyas fases y resultado están ya definidos específicamente en el reglamento.

La actividad de regulación tiene que ver, sin embargo, con la adopción de directrices o pautas, concursos-tipo, adjudicaciones-tipo, contratos-tipo y otros instrumentos definidos como "regulación flexible", y tiene como finalidad garantizar la promoción de la eficacia, el desarrollo de la cualidad y la asistencia a la actividad de las entidades contratantes, pudiendo facilitar,

---

[18] Frediani, Emiliano, "Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC", *federalismi.it*, 2017, p. 6.

[19] Reglamento sobre el ejercicio de la actividad supervisora de los contratos públicos núm. 49/2017.

[20] Canaparo, P., "L'attività di vigilanza dell'Anac sui contratti pubblici: i presupposti e le modalità di esercizio", *Appalti e contratti*, 2017, según el cual: "[…] La lógica del nuevo Código lleva a ANAC a una nueva visión de la supervisión de la Autoridad, en la que la actividad supervisora ordinaria sobre el cumplimiento del código de contratos públicos se acompaña cada vez más de la prevención de la corrupción y la ilegalidad".

para ello, el intercambio de informaciones y una mayor homogeneidad en los procedimientos administrativos.

Hay una última categoría de actividad relativa a la gestión del procedimiento contencioso. Para esta actividad, la ANAC cuenta con una específica Cámara arbitral, con presidente y Consejo arbitral (art. 210). El Consejo y el presidente son nominados por la ANAC, que, además, pone a disposición una estructura de secretaría. La Cámara pone atención a la formación y el mantenimiento del "registro de los árbitros para los contratos públicos", redacta el Código Deontológico de los Árbitros Camerales y gestiona los trámites relativos a la constitución y el funcionamiento del Colegio arbitral. Este órgano, por tanto, desempeña las actividades administrativas fundamentales para la gestión del procedimiento contencioso en materia de contratos públicos, aunque no sea llamado directamente para ser parte del litigio.

El artículo 211, apartado 1, sin embargo, establece que la autoridad puede emitir dictámenes en la fase previa al contencioso. Tal norma dispone que, siempre que haya una petición por parte de la entidad contratante u otras partes, la ANAC podrá dar su opinión sobre las cuestiones surgidas durante el desarrollo del procedimiento de contratación pública, teniendo un plazo de 30 días, desde el recibimiento de la petición, para emitir su dictamen. Tal dictamen es obligatorio y vinculante: "obliga a las partes que previamente hayan aceptado respetar todo lo que se establezca en el dictamen"; sin embargo, puede ser objeto de recurso ante el juez administrativo. En este último caso, la actividad de la autoridad corresponde a un poder casi judicial, ya que puede pronunciarse sobre el mérito del litigio y, de este modo, ejerce un verdadero poder decisional.[21]

De este recorrido por las funciones de la ANAC se puede observar cómo la autoridad se configura no solamente como sujeto con deberes de prevención de la corrupción, sino que también lo hace como autoridad predestinada a regularizar todo el sistema de contratación pública.[22]

III. Las medidas de prevención de la corrupción: desde la representación hasta la prevención

La evolución normativa que ha conducido a la actual estructura del sistema de prevención de la corrupción responde también a la exigencia de cumplir

[21] D'Alterio, Elisa, "Regolare, vigilare, punire, giudicare...", *cit.*, p. 500.

[22] Pajno, Alessandro, "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, p. 1158.

con las obligaciones internacionales promovidas por las principales organizaciones internacionales que han insistido en la importancia de adoptar convenios relativos a la lucha contra la corrupción con el fin de armonizar los ordenamientos jurídicos y evitar aquellos regímenes jurídicos diferentes que sean potenciales vehículos para la difusión de fenómenos capaces de alterar la competencia en los mercados nacionales e internacionales.

La respuesta del ordenamiento italiano ha sido, inicialmente, una respuesta limitada al ámbito penal y, por tanto, una respuesta dirigida a la represión de la corrupción.[23]

La Ley 190/2012, primera disciplina orgánica sobre la prevención del riesgo de corrupción en la Administración pública, surge en un contexto europeo e internacional concienciado sobre la necesidad de adoptar instrumentos eficaces para combatir la corrupción. Como se ha explicado en el artículo 1o., esta ley nace

> En actuación del artículo 6o. del Convenio de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptado por la Asamblea General de la ONU, el 31 de octubre de 2003, y ratificado de conformidad con la Ley n.116, de 3 de agosto de 2009, y con los artículos 20 y 21 del Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, y ratificado de conformidad con la Ley n. 110, de 28 de junio de 2012.

La nueva disciplina refleja como el *focus* de la lucha contra la corrupción se desplaza desde el ámbito de la represión hasta el ámbito de la prevención, ya con la convicción de que la dimensión objetiva o institucional de la corrupción merece la misma atención que la dimensión subjetiva, que afecta solamente a la conducta del particular. El legislador de 2012 optó por una noción objetiva de corrupción, declinable en el concepto, y de matriz anglosajona, de *maladministration*, incluyendo en la disciplina otras conductas privadas de relevancia penal, pero al grado de provocar situaciones de ilegitimidad y de todas formas rechazadas por el ordenamiento jurídico.[24]

El riesgo de los actos corruptos es un fenómeno amplio en el que va a confluir cualquier acto que vincule la función administrativa con el interés privado. La naturaleza "corruptiva" de este fenómeno está vinculada al re-

---

[23] Clarich, Marcello y Mattarella, Bernardo Giorgio, "La prevenzione della corruzione", en Mattarella, Bernardo Giorgio y Pelissero, Marco (eds.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Turín, Giappichelli, 2013, p. 61, y Mattarella, Bernardo Giorgio, "La prevenzione della corruzione: i profili amministrativistici", en Vecchio, Angela del y Severino, Paola (eds.), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padua, Cedam, 2015, p. 301.

[24] Clarich, Marcello y Mattarella, Bernardo Giorgio, "La prevenzione della...", *cit.*, p. 61.

sultado que se obtiene cuando, dentro del ámbito organizativo, se desvía la persecución del objetivo institucional de la Administración.[25] El Plan Nacional Anticorrupción de 2013 y la circular número 1, de 25 de enero de 2013, del Departamento de Políticas Fiscales hacen referencia a estas situaciones, que han definido como situaciones en las que —independientemente de la relevancia penal— se ponga de manifiesto un funcionamiento incorrecto por parte de la Administración como consecuencia del uso de las funciones atribuidas para fines privados, o bien, por la contaminación de la acción administrativa *ad externo*, sin tener en cuenta que la acción logre su objetivo o sea, simplemente, un tentativo.

De este modo, la normativa anticorrupción presenta una doble cara: por una parte, el derecho administrativo y, por otra, el derecho penal. La Ley 190 ha confirmado la exigencia de una intervención "integrada" que incluya tanto la perspectiva administrativa como la penalista, para perseguir el objetivo de una reforma orgánica capaz de combatir el complejo fenómeno de la corrupción.

IV. La red de programas anticorrupción

Entre los perfiles más innovadores que connotan la disciplina elaborada por la Ley 190 destaca la introducción de un sistema integrado de planificación y programación de las intervenciones de lucha contra la corrupción y la institución de la Autoridad Nacional Anticorrupción.[26]

La planificación, instrumento clave en la prevención de la corrupción, se desarrolla sobre diferentes niveles que se sitúan dentro de una estrategia de prevención objetiva y subjetiva multipolar. El marco, en materia de prevención, está formado por diversos instrumentos de planificación que dan lugar a una verdadera "red de programas" anticorrupción y una planificación multinivel.

De esta manera, está previsto un reparto de tipo vertical entre el plan nacional de prevención de la corrupción, adoptado por la ANAC, y los planes trienales de prevención llevados a cabo por cada una de las administraciones.

A nivel nacional está previsto el PNA, mediante el cual se define una estrategia de contraste común para todas las administraciones públicas. El plan

[25] Gallone, Giovanni, "La prevenzione amministrativa del rischio-corruzione", *Il diritto dell'economia*, 2018, p. 352.

[26] Cantone, Raffaele, "La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC", en D'Alberti, Marco (ed.), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Roma, Rubettino, 2016, p. 28.

representa un punto de referencia para las administraciones y, de este, obtendrán indicaciones útiles para establecer sus propias estrategias de prevención.

A nivel descentralizado, cada una de las administraciones tiene la obligación de elaborar programas trienales de prevención de la corrupción (PTPC) mediante los cuales se define, siguiendo las directrices del plan nacional, una estrategia de prevención *ad hoc.*[27] El objetivo de estos programas trienales es identificar y clasificar todos los riesgos potenciales de actos corruptos, estableciendo las medidas organizativas idóneas para prevenirlos y combatirlos. Las situaciones de corrupción que son objeto de las medidas previstas en los programas anticorrupción tienen en consideración fenómenos que no asumen necesariamente las características del delito penal, sino que es suficiente que se ponga de manifiesto el mal funcionamiento del aparato administrativo.[28]

La adopción de los programas trienales corresponde al responsable de la RPC, cada una de las administraciones tiene que elegir a su responsable entre los dirigentes de la entidad. Los RPC tienen que controlar la actuación de los programas anticorrupción, modificando y actualizando las medidas previstas en ellos, siempre que se consideren no aptas para prevenir las conductas ilícitas. Los RPC, que son los principales interlocutores del ANAC, también son los responsables de controlar que se cumplan las disposiciones anticorrupción y garantizar la legalidad en cada una de las administraciones. La previsión de esta figura de control responde a la exigencia de "personalizar" la función de la planificación anticorrupción, identificando así el relativo centro de responsabilidad en una determinada persona física. El RPC es también el responsable de cuidar cada aspecto de la planificación, desde la adopción del programa hasta el control de su aplicación y el respeto de las previsiones.[29] Parece, por tanto, que esta figura constituya *species* de aquella del responsable del procedimiento establecido en el artículo 6 de la Ley 241 de 1990.[30]

Según el artículo 1, apartado 2, literal b), de la Ley 190, hasta ahora han sido emanados los siguientes planes nacionales anticorrupción: el PNA 2013, elaborado según las directivas contenidas en las Directrices del Comité Interministerial y aprobado por la Resolución CIVIT 72, el 11 de septiembre de 2013; la modificación de 2015 del PNA, aprobada por la ANAC (que sustituye la CIVIT) con la Resolución 12, de 28 octubre de 2015; el

[27] *Idem*, p. 29.

[28] Mattarella, Bernardo Giorgio, "La prevenzione della corruzione", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2013, p. 123.

[29] Gallone, Giovanni, *op. cit.*, 362.

[30] *Idem.*

PNA 2016, aprobado por la ANAC con Deliberación 831, de 3 de agosto de 2016, y la modificación 2017 del PNA aprobada por la ANAC con Deliberación 1208, de 22 de noviembre de 2017, y su sucesiva modificación en 2018, adoptada con la Deliberación 1074, de 21 de noviembre 2018. Para la elaboración del PNA 2019, la autoridad ha establecido, con disposiciones del secretario general, el grupo de trabajo interno ANAC y el grupo de trabajo sobre el sistema de evaluación y gestión del riesgo.

V. La transparencia administrativa, pilar del sistema anticorrupción

El conjunto de la estrategia anticorrupción se completa con la transparencia administrativa que al inicio estaba relacionada, principalmente, con el acceso a los documentos y, ahora, se ha convertido en una herramienta de control generalizada sobre la acción administrativa con fines de prevención y de lucha contra la corrupción y la mala administración.[31]

La transparencia, de hecho, tomando en consideración la formulación contenida en el artículo 1o. del Decreto Legislativo 33/2013,

> Contribuye a la aplicación del principio democrático y los principios constitucionales de igualdad, imparcialidad, buen funcionamiento, responsabilidad, eficacia y eficiencia en la utilización de los recursos públicos, y de integridad y lealtad en el servicio a la nación. La transparencia es condición de garantía de las libertades individuales y colectivas, así como de los derechos civiles, políticos y sociales, esta, también ayuda al derecho de tener una buena administración y contribuye a la realización de una administración abierta que está al servicio del ciudadano.

La transparencia, aunque está estrechamente conectada a la estrategia anticorrupción, no se reduce a esta función: dialoga con los numerosos principios constitucionales y permite la aplicación, ante todo, del principio democrático.[32]

---

[31] D'Alterio, Elisa, "I controlli «anticorruzione» nelle pubbliche amministrazioni", *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2014, p. 9.

[32] Merloni, Francesco, "Trasparenza delle istituzioni e principio democratico", en Merloni, Francesco (ed.), *La trasparenza amministrativa*, Milan, Giuffrè, 2008, pp. 3 y ss.; Carloni, Enrico, "I principi del codice della trasparenza", en Ponti, Benedetto (ed.), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33: analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Roma, Maggioli, pp. 29 y ss.; Carloni, Enrico, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione. Diritto amministrativo*, 2019, fasc. 3, p. 500.

La transparencia, entendida como valor que debe alcanzar a todo el ordenamiento jurídico, se confirma en Italia como regla del procedimiento y de la organización administrativa gracias a una serie de disposiciones legislativas que culminan en el Decreto Legislativo 33/2013 y en el Decreto Legislativo 97/2016. La transparencia se plantea, por un lado, como objetivo para dar a conocer la acción administrativa y, por otro, como medio para prevenir la violación de las reglas de competencia y evitar acuerdos ilícitos y corruptos.[33] Sobre las administraciones recae la obligación de asegurar a un número indeterminado de sujetos el acceso a la informacion y de difundir esta mediante cualquier medio institucional para lograr, de este modo, la promoción del derecho de participación de los ciudadanos a los procesos de toma de decisiones de las administraciones públicas.

La transparencia de la actividad administrativa se considera uno de los principios anticorrupción más importantes, porque permite el control más eficaz en la democracia moderna o, dicho de otro modo, el control generalizado de los ciudadanos.[34] La relación entre transparencia y principio democrático ha sido evidenciada por el Tribunal Constitucional, que ha puesto de manifiesto la base constitucional[35] del principio de publicidad y transparencia, y sus múltiples relaciones en el ámbito de la participación y del control generalizado: "los principios de publicidad y transparencia, no se entienden solamente como consecuencia del principio democrático (art. 1o. constitucional), sino que se refieren a todos los aspectos de la vida pública e institucional y también, según el artículo 97 de la Constitución, al buen funcionamiento de la Administración".[36]

Concretamente, el Decreto Legislativo 33/2013 establece la obligación de publicidad para tres tipos de informaciones: las que pretenden favorecer el control generalizado del personal y de la acción administrativa (p. ej., los arts. 13-22), aquellas que están dirigidas a reforzar la *accountability* de las administraciones públicas en su gestión financiera (p. ej., los arts.

---

[33] Manganaro, Francesco, "L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa", *www.astrid-online.it.*

[34] Colapietro, Carlo, "Trasparenza e democrazia: conoscenza e/è potere", en Califano, Licia y Colapietro, Carlo (eds.), *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2014, pp. 13 y ss.; Nicotra, Ida y Mascio, Fabrizio Di, "Le funzioni dell'ANAC tra cultura della trasparenza e prevenzione della corruzione", en Cantone, Rafaelle y Merloni, Francesco (eds.), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Turín, Giappichelli, 2015, pp. 56 y ss.

[35] En términos generales, sobre la base constitucional del principio de transparencia, *cfr.* Donati, Daniele, "Il principio di trasparenza in Costituzione", en Merloni, Francesco (ed.), *La trasparenza amministrativa...*, *cit.*, pp. 83 y ss.

[36] Corte Constitucional, sentencia 20/2019.

26-31) y, por último, aquellas orientadas a simplificar las relaciones entre particulares y administraciones (arts. 32-34).[37] A tales obligaciones se les añade el famoso acceso cívico (art. 5o.), que permite a los ciudadanos obtener la copia de aquellos documentos que las administraciones públicas no hayan publicado.

La adopción del Decreto Legislativo 97/2016, conocido como *Decreto FOIA* (*Freedom of Information Act*), señala una nueva etapa en el desarrollo de la transparencia administrativa que inicia con la Ley 241/1990. La disposición se encuadra en el ámbito de la Reforma de la Administración Pública y persigue el doble objetivo de optimizar las obligaciones informativas previstas en el Decreto Legislativo 33/2013 y ampliar la variedad de medios para dar a conocer la acción administrativa mediante el reconocimiento, a cualquier persona, del derecho de acceso cívico "generalizado" al patrimonio informativo público. Para ello, se tiene como base el modelo del *Freedom of Information Act,* de origen estadounidense,[38] considerado el vehículo a través del cual se consolida una "tercera generación" de transparencia administrativa.[39]

El Decreto Legislativo 97/2016 amplía la noción y el alcance del principio de transparencia, definido como "acceso total a los datos y documentos que están en poder de las administraciones públicas", y no tiene solamente el objetivo de "favorecer las formas generalizadas de control en el desarrollo de las funciones institucionales y en la utilización de los recursos públicos", sino que también tiene la finalidad de garantizar una mayor tutela de los derechos de los ciudadanos, así como promover la participación de los mismos en el desarrollo de la actividad administrativa. Por tanto, el principio de transparencia está dirigido a garantizar derechos y promocionar la participación de los ciudadanos en la actividad administrativa a cuya participación se le reconoce la naturaleza de "medio de explicación de los derechos establecidos en el artículo 2 de la Constitución".[40]

Las recientes reformas que se han llevado a cabo demuestran que la transparencia se presenta como núcleo esencial de la estrategia anticorrup-

---

37 Cantone, Raffaelle, *op. cit.*, 2016, p. 32.

38 Sobre el tema *cfr.* Marchetti, Andrea, "Il Freedom of Information Act statunitense: l'equilibrio «instabile» di un modello virtuoso di pubblicità e trasparenza amministrativa", en Califano, Licia y Colapietro, Carlo (eds.), *op. cit.,* pp. 69 y ss.

39 Colapietro, Carlo, *L'"importazione" del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento in bilico tra legittime pretese e impossibili (o quasi) imprese*, en Massaro, Antonella y Sinisi, Martina (eds.), *op. cit.,* pp. 11 y 12.

40 Consejo de Estado, sección de actos reglamentarios, opinión de 24 febrero 2016, núm. 515, punto 7.

ción del legislador.[41] Es evidente que la total aplicación de este principio comporta unas consecuencias favorables para la contención de riesgos relacionados con la corrupción. La transparencia contribuye a limitar esas áreas grises en las que puede aparecer la corrupción, rompiendo el velo de la desinformación que rodea a la acción administrativa. De este modo, se permite la visibilidad de cualquier discrepancia que pueda surgir entre los datos formales-organizativos y la estructura real de poderes.[42] La misma importancia tiene el "control generalizado" del trabajo que desarrollan las administraciones y que el principio de transparencia consiente el libre acceso a los datos, informaciones y documentos que abren la puerta a debates en los que participan los ciudadanos sobre los objetivos y resultados que se deben perseguir, contribuyendo, así, a una realización más completa del principio de democracia.[43]

VI. Marco normativo en materia de inhabilitación laboral e incompatibilidades y códigos de conducta

La Ley 190/2012 ha delegado en el Gobierno la función de establecer los casos de incompatibilidad e inhabilitación laborales. Con el Decreto Legislativo 39/2013, el Gobierno ha elaborado un marco normativo que instaura una serie de casos en los que la condición del individuo resulta un obstáculo para ocupar un puesto en la Administración pública.

La medida de inhabilitación laboral, que asume la lógica de la incapacidad para las elecciones y candidaturas políticas en la asignación de los cargos administrativos, se aplicará en tres situaciones: en caso de condena por delitos contra la Administración pública, independientemente si la condena

[41] La Ley 190/2012 ya identificó la transparencia como un pilar de la lucha contra la corrupción, otorgando un mandato para la adopción de un texto normativo de reorganización. El Decreto Legislativo 33/2013 coloca entre sus propósitos declarados la implementación de los principios de "responsabilidad, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos, integridad y lealtad en el servicio a la nación" (art. 1o., párr. 2).

Sobre la transparencia como instrumento para combatir la corrupción *cfr.* Orofino, Angelo, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, Cacucci, pp. 157 y ss.; Merloni, Francesco y Ponti, Benedetto, "La trasparenza", en Merloni, Francesco y Vandelli, Luciano (eds.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Roma, Passigli editore, 2010, pp. 403 y ss.

[42] Gallone, Giovanni, *op. cit.*, p. 355.

[43] Marino, I., "Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico", *Nuove autonomie*, 2007, pp. 197 y ss.; Arena, Gregorio, "Trasparenza amministrativa e democrazia", en Berti, Giorgio y Candido de Martin, Gian (eds.), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 17 y ss.

es definitiva o no; en caso de cargos adjudicados a sujetos que provengan de entidades de derecho privado reguladas o financiadas por las administraciones públicas, y en caso de que el sujeto hubiera ejercido funciones anteriores en órganos políticos.

De forma general, la inhabilitación no se concibe como una exclusión permanente para acceder a determinados cargos, sino que se trata de una medida temporánea. La *ratio* común en los tres casos de inhabilitación descritos es, de hecho, la de establecer un periodo de tiempo que inicia cuando se verifica la condición impeditiva y termina con la asignación del cargo en la administración pública. De este modo, se logra un "enfriamiento" y neutralización de todos aquellos elementos que pudieran condicionar la imparcialidad de los funcionarios públicos.

En el primer caso, cuando exista una condena que no sea definitiva, la aplicación de este periodo tiene el objetivo de impedir que se dañe la imagen del cargo asignado a la persona que ha sido condenada, ya que, si esta última permaneciera ocupando su puesto, tal imagen se vería afectada. En el segundo caso, cuando existan intereses privados en conflicto, el periodo de "enfriamiento" ayuda a reducir los vínculos del aspirante al cargo con los intereses privados en conflicto. Finalmente, en el tercer caso, cuando la persona haya ejercido funciones en órganos públicos, aplicar el lapso de tiempo contribuye a que, cuando este finalice, la elección de la persona para el cargo determinado se lleve a cabo tomando en consideración los propios méritos profesionales y no la pertenencia a órganos políticos.[44] La imparcialidad no es simplemente una característica del acto administrativo, ni una característica genérica de toda la estructura administrativa: la imparcialidad se tiene que garantizar haciendo una referencia específica a los cargos administrativos y a sus titulares.[45]

El régimen de la incompatibilidad suele reproducir las causas de inhabilitación, pero en términos de incompatibilidad. No obstante, esta ha sido una acción necesaria para poder abarcar situaciones que no estaban previstas en el ámbito de la inhabilitación. Por ejemplo: *a)* las incompatibilidades entre cargos políticos de los órganos del Estado y cargos administrativos (que existen), y *b)* las incompatibilidades que puedan surgir cuando se desarrollan las funciones del cargo, incluidos los casos de conflictos de interés, por parte de personas que no son titulares del cargo, pero

[44] Merloni, Francesco, "Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2013, pp. 808 y 809.

[45] *Ibidem*, p. 807.

que están directamente relacionadas con este por ser familiares o personas cercanas.[46]

Las figuras de inhabilitación e incompatibilidad tienen un carácter recíprocamente complementario en relación con el objetivo unitario de lograr una mayor eficacia en la garantía de la imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración. Los titulares de los altos cargos administrativos no pueden acumular también cargos políticos, y los titulares de cargos políticos, cuando terminen sus mandatos, no pueden ser nominados titulares de altos cargos en las administraciones, entidades públicas o entidades privadas bajo control público, si antes no ha transcurrido un cierto tiempo y espacio.[47]

La posición que adopta el Decreto Legislativo 39/2013 es bastante innovadora y permite conseguir la imparcialidad mediante la introducción de una limitación, general y horizontal, que se extiende a cada órgano político en relación con todas las oficinas administrativas más importantes que se encuentren en el ámbito de su esfera territorial de influencia, sin necesidad de imponer nuevos vínculos o prohibiciones especiales (relativas a las particulares categorías de políticos —parlamentarios, alcaldes, ministros— en relación con las específicas oficinas de las administraciones públicas).[48]

Los cargos administrativos que se pretenden proteger mediante las instituciones de inhabilidad e incompatibilidad en relación con los cargos políticos se establecen en la *legge-delega*[49] (apdo. 50, literal d)) y se clasifican en cuatro categorías que el *decreto delegato*[50] especifica concretamente (art. 1o., literales i), j), k), l)), es decir: *a)* los altos cargos administrativos; *b)* los cargos ejecutivos (internos y externos); *c)* los administradores de las entidades públicas, y *d)* los administradores de entidades de derecho privado sujetas a control público.[51]

Los cargos se establecen de forma horizontal, es decir, no se basan en las competencias, sino en la naturaleza de las funciones que se deriven de estos. De hecho, se trata de cargos que, aunque sean heterogéneos, tienen la característica común de complementar la actividad principal de la estructura

---

[46] Merloni, Francesco, "Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi", en Mattarella, Bernardo Giorgio y Pelissero, Marco (eds.), *La legge anticorruzione...*, *cit.*

[47] Cavallo, Maria Barbara, "Incompatibilità e inconferibilità di incarichi", en Massaro, Antonella y Sinisi, Martina (eds.), *op. cit.,* p. 35.

[48] *Ibidem*, p. 38.

[49] La *Legge-delega* es un instrumento por el cual el Parlamento atribuye al Gobierno la facultad de regular una materia mediante decretos legislativos.

[50] El *decreto delegato* es el decreto legislativo emanado por el Gobierno con base a la facultad (delega) que le ha dado el Parlamento.

[51] Cavallo, Maria Barbara, *op. cit.,* pp. 38 y 39.

administrativa, a la que se le pide ejercer las funciones de gestión en conformidad con las directrices establecidas por los órganos políticos.[52]

La vigilancia del cumplimiento de las disposiciones del decreto le corresponde, en primer lugar, al RPC de la Administración que asigna un cargo o el de aquella en la que se haya desempeñado un cargo incompatible. En segundo lugar, la vigilancia le corresponde a la ANAC, que puede llevar a cabo inspecciones y verificaciones, así como ejercer poderes de orden (según el art. 1, apdo. 3 de la Ley 190/2012).

Otro instrumento de prevención de la corrupción consiste en adoptar códigos de conducta dirigidos a los empleados de las administraciones públicas: un Código Nacional y los códigos de cada Administración pública. El nuevo Código Nacional fue emanado mediante decreto del presidente de la República núm. 62, de 16 de abril 2013. Los códigos nacional y de las administraciones, lejos de asumir un valor meramente deontológico o ético, han tenido una determinada relevancia jurídica, ya que contienen numerosas normas importantes relativas a la responsabilidad disciplinaria de los empleados. La adopción de los códigos de conducta responde a la exigencia de no reducir exclusivamente a una dimensión ética el cumplimiento de los deberes de diligencia, lealtad, imparcialidad y buena conducta que los funcionarios públicos están obligados a respetar.

VII. La represión de la corrupción

El ámbito de la represión de la corrupción ha estado profundamente influenciado por la creciente demanda de reforzar la estructura represiva por parte de las fuentes internacionales. La disciplina penalista es el resultado de la interrelación entre las opciones político-criminales internacionales y las políticas penales internas de ejecución, que progresivamente han aceptado las instancias internacionales de incriminación mediante la introducción de nuevas circunstancias tipificadas, también han aceptado la extensión de su alcance, objetivo y subjetivo, y se han consolidado las respuestas sancionatorias.[53]

Después de casi 20 años de las investigaciones judiciales de *Mani Pulite*[54] se llevó a cabo una profunda y orgánica reforma del microsistema norma-

[52] Sirianni, G., "La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative", *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2013, p. 816.

[53] Manacorda, Stefano, *op. cit.*, p. 178.

[54] *Mani Pulite* (*Manos Limpias*): famoso proceso judicial de los años noventa que puso en evidencia un sistema corrupto en el que participaron de forma colusoria políticos y empresarios italianos.

tivo de la corrupción-concusión para poder obtener una eficacia mayor en la lucha contra la ilegalidad y la mala praxis en la actividad de la Administración pública. Esta reforma se hizo posible gracias a la Ley 190/2012 y la posterior Ley Anticorrupción de 2015 (Ley núm. 69/2015), a la reforma del Código Antimafia de 2017 y, por último, a la Ley 3/2019, conocida como *Legge Spazzacorrotti*.

La reforma iniciada con la Ley 190/2012 no interviene orgánicamente en materia de delitos contra la Administración pública, aunque contiene intervenciones bastante significativas tanto en el ámbito de la configuración de los diferentes casos como en el del sistema sancionador. Entre las novedades más significativas, en el ámbito del derecho sustancial, la ley introduce algunas modificaciones que redefinen el tipo normativo, como sucede en el supuesto de corrupción durante el ejercicio de las funciones, establecido en el artículo 318, que pasa de ser una figura menor de corrupción a un arquetipo del delito, por el cual, la corrupción, según el artículo 319, se convierte en un caso especial o, mejor dicho, en delito de concusión por inducción, desvinculado del antiguo contenido del artículo 317, y se transforma en inducción para entregar o prometer beneficios (art. 319 *quater*).[55]

Como se puede ver,[56] la nueva configuración del subsistema normativo de la corrupción-concusión tiene tres puntos clave: *a)* el abandono del modelo mercantil de la corrupción —en el que se apoyaba la distinción entre corrupción impropia (acto de oficio legítimo, art. 318 CP) y propia (acto contrario a los deberes de oficio, art. 319 CP)— y la reformulación del delito establecido en el artículo 318 CP, sustituido por la figura de la corrupción en el ejercicio de las funciones; *b)* la articulación del delito de concusión en dos grandes figuras autónomas: la concusión auténtica (actualmente solo por coacción, se mantiene en el art. 317 CP) y el inédito delito de inducción indebida para entregar o prometer beneficios (art. 319-*quater* CP), y *c)* el endurecimiento del sistema sancionador.

Después de casi tres años, desde la reforma de 2012, las políticas anticorrupción han conocido un nuevo enfoque legislativo que, por una parte, consolida y, por otra, moderniza el anterior marco normativo. Con la Ley 69, de 27 de mayo de 2015, sobre "Disposiciones en materia de delitos contra la administración pública, de asociaciones de tipo mafioso y de falsa contabilidad", el Parlamento ha vuelto a la disciplina penal de la corrupción

[55] Lelo, Paolo, "La legge n. 190 del 2012 e il contrasto alla corruzione", *Questione giustizia*, núm. 1, 2013, p. 122.

[56] Gambardella, Marco, "Le nuove fattispecie di corruzione e concussione", en Massaro, Antonella y Sinisi, Martina (eds.), *op. cit.,* p. 65.

pública y circunstancias anexas, endureciendo las penas principales y aquellas accesorias (arts. 32 ter, 32 quinquies y 35 CP).

A raíz de importantes casos judiciales y de graves hechos actuales (casos como *Mose*, *Expo*, *Mafia-Capitale*, etc.),[57] se han incrementado los marcos normativos edictos, elevando la pena máxima del delito de corrupción en el ejercicio de las funciones y aumentando la pena mínima y también la pena máxima para los delitos de corrupción propia, corrupción en los actos judiciales y la inducción indebida para entregar o prometer beneficios.[58]

Para terminar, la última intervención legislativa en la materia se realizó con la Ley 3/2019 (conocida como *Legge Spazzacorrotti*), cuya *ratio* reside en el endurecimiento de la respuesta sancionadora y que continúa, bajo determinados perfiles y de forma parcial, con la reforma establecida por la Ley 69/2015.[59] Se trata de una intervención que ha tenido un gran alcance, ya que afecta a la parte general y especial del Código Penal, al ordenamiento penitenciario, al proceso penal, al instituto de la prescripción y a la disciplina de la responsabilidad por delito de las entidades establecida con el Decreto Ley 231/2001.

El Tribunal Constitucional ya ha intervenido en esta disciplina, censurando la disposición que ampliaba a los delitos contra la Administración pública, las preclusiones establecidas en el artículo 4 bis del ordenamiento penitenciario sobre la concesión de beneficios y medidas alternativas a la detención. En particular, como se puede ver en el comunicado del gabinete de prensa (ya que todavía no se ha emitido sentencia), la falta de una disciplina transitoria que impida la aplicación de las nuevas normas a los condenados por un delito cometido antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2019 se considera incompatible con el principio de legalidad.

VIII. Conclusiones

El complejo sistema anticorrupción se articula en una pluralidad de intervenciones normativas que se han sucedido en el tiempo y que han abordado los perfiles de la prevención y aquellos de la represión de la corrupción.

El perfil de la prevención, que durante mucho tiempo ha estado abandonado por parte de la agenda política, a partir de 2012 empieza a ocu-

[57] Mongillo, Vincenzo, "Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015", *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

[58] *Cfr.* Cingari, Francesco, "Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi", *Diritto Penale e Processo*, 2015, pp. 808 y ss.

[59] Gaito, Alfredo y Manna, Adelmo, "L'estate sta finendo…", *Archivio Penale*, núm. 3, 2018.

par un lugar central en las intervenciones normativas del legislador. La experiencia ha demostrado que es insuficiente recurrir al instrumento de la represión penal para combatir la corrupción, como consecuencia del carácter sistemático de esta y por la dificultad para poder llegar a conocer este tipo de situaciones. También se ha confirmado la necesidad de pasar de la prevención *ex post* mediante la represión, a una prevención *ex ante.*[60] Por otra parte, las investigaciones y el proceso penal han ido tomando forma gracias a la comprobación de hechos individuales y no por hechos del sistema.[61]

La importancia del papel de la prevención en la lucha contra la corrupción se ha confirmado recientemente. La Comisión Europea, a tal propósito, ha afirmado que "en los últimos veinte años, la estrategia para combatir la corrupción en Italia se ha desarrollado, en buena parte, sobre el aspecto represivo. La nueva Ley Anticorrupción, adoptada el 6 de noviembre de 2012, ha vuelto a equilibrar la estrategia reforzando el aspecto preventivo y potenciando la responsabilidad (*accountability*) de los funcionarios públicos".[62]

Como se desprende del título "Disposiciones para la prevención y la represión de la corrupción y de la ilegalidad en la Administración pública", la prevención representa el punto innovador de la Ley 190, mediante la cual se ha superado ese enfoque tradicional de la corrupción, y la *maladministration,* que se basaba en la represión. Antes de esta ley ya existían también algunas referencias normativas relativas a la prevención de la corrupción, por ejemplo, la Ley 3/2003, que había instaurado el alto comisariado para la prevención de la corrupción, y el Decreto Legislativo 150/2009, que atribuyó funciones para combatir la corrupción a la Comisión Independiente para la Evaluación, la Integridad y la Transparencia. Aun así, se trataban de disposiciones puntuales que no consentían delinear un sistema normativo orgánico y tampoco han establecido un sistema administrativo *ad hoc.*[63]

La complejidad de este fenómeno pide un amplio abanico de medidas de contraste jurídico diferentes: desde códigos de conducta para los funcionarios públicos hasta anulaciones de contratos celebrados como resultado

---

60 Flick, Giovanni Maria, *op. cit.,* p. 2997.

61 Mattarella, Bernardo Giorgio, "Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione", *Percorsi costituzionali*, 2012, p. 18.

62 Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo-Informe de la Unión sobre la lucha contra la corrupción, 3 de febrero de 2014.

63 Gullo, Nicola, "La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione", *Nuove Autonomie*, 2014, p. 523.

de actos ilícitos, así como medidas de transparencia administrativa o sanciones penales.[64]

El legislador ha reconocido que la corrupción, entendida en sentido general como mala administración, es un fenómeno multiforme y variado que; sin embargo, todavía sigue lógicas y patrones que se repiten en el tiempo y, por tanto, para su prevención es necesaria una estrategia articulada que se desarrolle dentro de un marco unitario.[65] Por esta razón, también el núcleo central del sistema anticorrupción italiano aparece representado desde el momento de su planificación y se le dedica una amplia parte de la estructura normativa especificada en la Ley 190/2012. En particular, el núcleo central de todo el sistema aparece en el Plan Nacional Anticorrupción que representa el marco de referencia para que cada una de las administraciones (nacionales, regionales y locales) adopte su programa anticorrupción trienal.

Por otra parte, la nueva figura del responsable de la prevención de la corrupción es el motor para lograr la aplicación de las políticas anticorrupción en cada una de las administraciones. Este verificará, de forma constante, el grado de eficacia de las medidas establecidas y propondrá, siempre que sean necesarias, las modificaciones y eventuales actualizaciones del plan trienal, que será propuesto por el responsable y aprobado por el órgano de dirección política.[66]

La fuerza del sistema anticorrupción se apoya en las dinámicas virtuosas entre acción administrativa de prevención y modelo represivo. De todos modos, antes de la intervención preventiva y represiva, es imprescindible promover y difundir entre los ciudadanos una cultura de la legalidad y de la ética que permita unos "costes morales" más elevados que aquellos de la ilegalidad, asegurando que esta última se perciba como un fenómeno condenable al grado de suscitar descrédito social.

---

64 Manganaro, Francesco, "La corruzione in Italia", *II Foro Amministrativo*, núm. 6, 2014, p. 1863.

65 Gullo, Nicola, *op. cit.,* p. 524; Vannucci, Alberto, "La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti", en Mattarella, Bernardo Giorgio y Pelissero, Marco (eds.), *La legge anticorruzione..., cit.,* pp. 25 y ss.

66 Giupponi, Tomas Francesco, "Il contrasto alla corruzione a cavallo tra due Legislature", *Quad. Cost.*, 2013, pp. 334 y 335.

REFLEXIÓN EN TORNO AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO Y SINGAPUR

Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ*
Beatriz CAMARILLO CRUZ**

SUMARIO: I. *Una consideración general*. II. *La corrupción en México en la época contemporánea*. III. *Estudio comparado: la experiencia de Singapur en el combate a la corrupción.*

I. UNA CONSIDERACIÓN GENERAL

La corrupción es un fenómeno complejo sobre el que se han escrito numerosos estudios y reflexiones, los cuales tienen como punto de partida enfoques y abordajes variados. A manera de ejemplo, existen trabajos que colocan mayor énfasis en los actores involucrados en hechos de corrupción, es decir, destacan de una u otra manera la influencia y actuación de los funcionarios y servidores gubernamentales; de las empresas públicas o privadas, nacionales o internacionales; de los partidos políticos o candidatos; por mencionar algunos.[1]

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador titular "A" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ). Director de la Dirección General de Estudios de Legislación Universitaria. Ha impartido cátedra en instituciones de educación superior en diversos estados de la República. Es autor y coautor de múltiples libros y artículos centrados en temas como la rendición de cuentas, combate a la corrupción, derecho administrativo, transparencia, Administración pública, entre otros.

** Licenciada en Ciencia Política y Administración Pública, así como licenciada y maestra en Derecho por la UNAM. Profesora de asignatura en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Ha colaborado en diversas instituciones, como el IIJ-UNAM y la Oficina de la Abogacía General de la UNAM. Actualmente cursa sus estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca.

[1] Por ejemplo, un trabajo que apunta el análisis de los jueces e integrantes del Poder Judicial es el de Carbonell, Miguel, "Corrupción judicial e impunidad: el caso de México", en Méndez, Silva Ricardo (coord.), *Lo que todos sabemos sobre la corrupción y algo más,* México,

Otros estudios destacan las formas en que pueden ser sancionados los actos de corrupción, desde la materia penal o administrativa,[2] aludiendo a los tipos administrativos o penales contenidos en la norma: colusión, peculado, soborno, tráfico de influencias, abuso de autoridad, encubrimiento, contratación indebida, obstrucción de la justicia, enriquecimiento ilícito, entre otras. También hay análisis que destacan las percepciones acerca de la corrupción[3] y sus efectos;[4] otros que subrayan los mecanismos de control empleados para combatirla,[5] que dentro de la doctrina pueden considerarse intraorgánicos y controles interorgánicos, y aquellos que narran los mecanismos para hacerle frente,[6] por mencionar algunos, sin omitir que las posibilidades de cada uno de estos enfoques se asocia a alguna disciplina o área de conocimiento, así tenemos el estudio de la corrupción desde el punto de vista político,[7] jurídi-

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/4.pdf.*

[2] *Cfr*. Díaz Aranda, Enrique, "¿Previene el delito de enriquecimiento ilícito la corrupción?", en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *op. cit.*, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/6.pdf.*

[3] Sobre este tipo de análisis encontramos que el más común es el que realiza Transparencia Internacional denominado Índice de Percepción de la Corrupción. En el caso de México, de un total de 180 países analizados, México tienen el lugar 135 en el Índice de Percepción de la Corrupción 2017, mientras que en 2016 ocupó el lugar 123 de un total de 176 países. *Cfr. Transparency International, Corruption Perceptions Index 2017*, *https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017.*

[4] Un trabajo interesante es el que presenta Fernando Jiménez Sánchez acerca de la desafección política e institucional en España, derivado de la percepción ciudadana sobre los altos índices de corrupción, desafección entendida como una actitud que implica una falta de interés y compromiso con los asuntos públicos y la actividad política en general, *Cfr.* Jiménez Sánchez, Fernando. "Los efectos de la corrupción sobre la desafección y el cambio político en España", *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, España, núm. 5, septiembre-diciembre de 2017, p. 10, *https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/12/fernando_jimenez.pdf.*

[5] Véase Valadés, Diego, "Reformar el régimen de gobierno", en Salazar, Pedro *et al.* (coords.), *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 3-14, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4315/27.pdf.*

[6] Al respecto véase el artículo de Cárdenas, Jaime "Herramientas para enfrentar la corrupción", en Méndez, Silva Ricardo (coord.), *op. cit.*, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/5.pdf*. También puede verse a Guerra Ford, Óscar, "Medios y mecanismos para combatir la corrupción", en Salazar, Pedro *et al*. (coords.), *op. cit.,* pp. 147-157, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4315/27.pdf.*

[7] Al respecto puede revisarse la obra de Lascoumes, Pierre, *Une démocratie corruptible. Arrangements, favoritisme et conflits d'intérêt*, París, La République des Idées, 2011. También véase la entrevista realizada a propósito de su obra en Salle, Gregory y Mucchielli, Laurent, *Une democratie corruptible? Entretien avec Pierre Lascoumes*, *https://www.laurent-mucchielli.org/public/ITV_Pierre_Lascoumes.pdf.* Un estudio desde la administración pública puede revisarse en Ramió Matas, Carles, "La Administración Pública del futuro: la administración 2050", en GIGAPP Estudios, Programa de Doctorado en Gobierno y Administración Pública, Madrid, Institu-

co, internacional,[8] desde la perspectiva de la filosofía, psicología, economía o sociología.

Lo anterior tiene por objetivo destacar la complejidad del fenómeno denominado "corrupción", ya en un trabajo previo[9] hemos analizado las distintas narrativas en torno al mismo, proponiendo a la *Diasdoralogía* como un medio de abordaje para racionalizar la forma en que lleva a cabo su estudio, con independencia de las distintas disciplinas, con el objetivo de entender sus causas, manifestaciones y efectos.

Por otra parte, Agustí Cerrillo señala que "la corrupción surge de la existencia de un conflicto de interés"[10] y afirma que la misma "tiene unos contornos inevitablemente difusos que no permiten establecer una distinción nítida entre lo corrupto y no corrupto"; sin embargo, destaca dos elementos primordiales que deben coincidir en una situación para poder ser calificada de corrupción, abuso de poder y la obtención de beneficios, ya que "el abuso de poder se traduce en aprovechar un conflicto de intereses imponiendo el interés privado por encima del público para obtener un beneficio".[11]

Lo cierto es que, con independencia de la metodología o técnica que se utilice para avanzar en la comprensión de la corrupción,[12] coincidimos en que no existe un concepto único ni acabado acerca de lo qué es y no es, y para efectos de este trabajo, podemos entenderla como un fenómeno pluri-

---

to Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2015, *http://prospectiva.eu/dokumentuak/La_Administracion_%20Publica_del_Futuro-La_Administracion_2050-Carles-Ramio.pdf.*

[8] El trabajo de Susan Rose-Ackerman aborda, entre otros, el impacto y la responsabilidad en la economía internacional de las empresas trasnacionales, además de los controles que la comunidad internacional suele imponer para su combate. Este artículo también es un ejemplo del análisis de la corrupción desde los sujetos participantes, es decir, desde el análisis de la actuación de agentes económicos internacionales. Rose-Ackerman, Susan, "Corrupción y economía internacional", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Alicante, núm. 10, 2005, pp. 51-82, *http://www.cervantesvirtual.com/obra/corrupcin-y-economa-global-0/.*

[9] Márquez Gómez, Daniel y Camarillo Cruz, Beatriz, *La diasdoralogía como una teoría del fenómeno de la corrupción en México,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 174.

[10] Cerrillo i Martínez, Agustí, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, 2a. ed., España, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 52.

[11] *Ibidem,* p. 54.

[12] Para profundizar en el concepto de corrupción puede verse a Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo*, trad. de Emilio M. Sierra Ochoa, Buenos Aires, Sudamericana, 1994; Rose-Ackerman, Susan, *Corruption and Government*, Reino Unido, Cambridge University Press, 1999, y Morris, Stephen D., *Corrupción y política en el México contemporáneo,* México, Siglo XXI, 1992.

dimensional y complejo, que se encuentra tanto en el espacio público como privado, que abarca a actores individuales y colectivos, nacionales y supranacionales, en los ámbitos político, económico, social y cultural, impactando negativamente en la institucionalidad y legalidad de una nación, implicando el uso de recursos del espacio público para beneficio particular.

II. La corrupción en México en la época contemporánea

En México, el fenómeno de la corrupción se ha abordado, con mayor o menor éxito, en distintas épocas y formas. En la historia reciente de nuestro país se identifica al gobierno del entonces presidente Miguel de la Madrid Hurtado con la llamada "renovación moral de la sociedad", caracterizada como: *un esfuerzo por volver a la sobriedad y austeridad propias del régimen republicano y a supeditar todo interés personal o de grupo a los intereses de la Nación,*[13] quien dio inicio a una lucha institucional en contra de la corrupción en nuestro país.

La llamada tesis de la renovación moral de la sociedad debía ser encabezada por la Administración pública y de ahí partir hacia toda la sociedad, por lo que se afirmaba que la "renovación moral es la columna vertebral de la renovación de toda la sociedad".[14] En ese contexto también se llevaron a cabo diversas reformas a la legislación nacional y de control de la Administración pública, acordes con la idea de conducta moral en el espacio público, tal como se aprecia en la modificación al Título Cuarto Constitucional, cuyo texto desde 1917 tenía por nombre "De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos"[15] y tras su primera reforma en 1982, se denominó "De las Responsabilidades de los Servidores Públicos",[16] la publicación de la entonces nueva Ley de Responsabilidades

[13] *Cfr.* "I Informe de Gobierno del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. Miguel de la Madrid Hurtado, 1 de septiembre de 1983", *Informes Presidenciales,* México, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis, abril de 2012, p. 12, *http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/re/RE-ISS-09-06-16.pdf.*

[14] *Cfr.* "II informe de Gobierno del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. Miguel de la Madrid Hurtado, 1 de septiembre de 1984", *Ibidem,* p. 102.

[15] *Cfr*. Texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* (*DOF)*, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, 5 de febrero de 1917, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf.*

[16] *DOF*, 28 de diciembre de 1982, con esta reforma constitucional se modificaron los arts. 108 a 114 que conforman precisamente el Titulo Cuarto de la Constitución Política

de los Servidores Públicos,[17] Ley de Planeación,[18] las reformas al Código Civil,[19] al Código Penal Federal,[20] la publicación de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales,[21] entre otras. También surgió un debate en torno a la aplicación supletoria de las normas penales a la materia de responsabilidades de servidores públicos, lo que se resolvió afirmativamente.[22]

Más adelante, durante el sexenio del entonces presidente Vicente Fox Quezada, se cambió la denominación de Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo a Secretaría de la Función Pública,[23] se abrogó parte de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y se emitió, para el ámbito federal, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de corte civilista,[24] y se expidió la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal. Durante el gobierno de Enrique Peña Nieto hay que recordar que se propuso incluso la desaparición de la citada Secretaría de la Función Pública[25] y durante varios años operó

---

de los Estados Unidos Mexicanos, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_099_28dic82_ima.pdf.*

17 Publicada en el *DOF* el 31 de diciembre de 1982.

18 Publicada en el *DOF* el 5 de enero de 1983, destaca principalmente el Capítulo Séptimo de responsabilidades, arts. 42-44, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lplan/LPlan_orig_05ene83_ima.pdf.*

19 *Cfr.* Reforma y adición a los arts. 1916, 1916 Bis y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en matera federal, *DOF*, en relación al daño moral, y la reparación, considerando también como responsables al Estado y a sus funcionarios. *Cfr. DOF* de 31 de diciembre de 1982, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_ref27_31dic82_ima.pdf.*

20 *Cfr. DOF* de 5 de enero de 1983, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref45_05ene83_ima.pdf.*

21 Publicada en el *DOF* el 14 de mayo de 1986, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfep/LFEP_orig_14may86_ima.pdf.*

22 El debate se relacionó con el contenido del art. 45 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que establecía la supletoriedad a favor de las normas penales adjetivas y sustantivas en materia de responsabilidad de servidores públicos. Para mayor información véase Tesis I.7o.A. J/12, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, febrero de 2001, p. 1701, Responsabilidad administrativa de funcionarios públicos. Son aplicables supletoriamente las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales.

23 *Cfr*. Decreto por el que se expide la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal; se reforman la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal; y se adiciona la Ley de Planeación, publicado en el *DOF* el 10 de abril de 2003.

24 Véase *DOF* de 13 de marzo de 2002 y su art. 47, relacionado con la supletoriedad a favor de normas de carácter civil.

25 Véase el art. segundo transitorio de la reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el *DOF* el 2 de enero de 2013.

con fundamento en un artículo transitorio; uno de los principales argumentos para su desaparición fue que se trataba de una dependencia innecesaria, pues se impulsaría la conformación de un órgano anticorrupción.[26]

Paradójicamente, durante uno de los gobiernos mexicanos con mayores escándalos de corrupción, y después de más de tres décadas del inicio de la denominada política de renovación moral, el tema del combate a la corrupción regresó a la agenda legislativa, plasmándose en la reforma constitucional de 27 de mayo de 2015, además de que desde diversos sectores de la sociedad la impulsaron como prioridad nacional, al grado tal que, actualmente, se constituye como uno de los ejes principales de actuación del Gobierno mexicano.

Con las modificaciones al texto constitucional, cambió la denominación del Título Cuarto, a "De las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del Estado"; del que se destacan dos grandes temas, el primero, es que se acepta que los servidores públicos no son los únicos que pueden incurrir o realizar actos de corrupción, también se incluye a los particulares, y, el segundo, es que se distingue entre las conductas corruptas graves y no graves en las faltas administrativas. Esta reforma también supuso la modificación al artículo 73, fracciones XXIV y XXXIX-V, para facultar al Congreso de la Unión para emitir las leyes generales que instituyan las bases del Sistema Nacional Anticorrupción y aquella de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, respectivamente.

En la reforma constitucional que se comenta, se estableció la creación de un "sistema" para combatir el añejo problema nacional de la corrupción, de hecho, el artículo 113 de la CPEUM establece al Sistema Nacional Anticorrupción como "la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos".[27] Para realizar la función de coordinación de este sistema se conforma un Comité Coordinador,[28] integrado por los titulares de distintas entidades y depen-

[26] *Cfr.* "La SFP ya no existe; es necesario regularizarla: Marván Laborde", *La Jornada*, 5 de febrero de 2015, *https://www.jornada.com.mx/2015/02/05/politica/003n1pol.*

[27] *Cfr.* CPEUM, art. 113.

[28] El Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción se integra por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la Secretaría de la Función Pública; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI); por un representante del Consejo

dencias de la Administración pública federal, de órganos constitucionales autónomos y cuerpos colegiados de carácter ciudadano.[29] Desde el punto de vista normativo este Comité Coordinador se sitúa a la cabeza de los también denominados sistemas estatales anticorrupción y diseña la política del Estado mexicano en la materia.

Además, el 18 de julio de 2016 se aprobaron la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley General de Responsabilidades Administrativas; la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, y otras reformas legales para dar operatividad a la reforma constitucional de 2015, entre otras, las relativas a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República —ahora Fiscalía General de la República—, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y el Código Penal Federal.

Ahora bien, en las entidades federativas,[30] de acuerdo con la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, organismo descentralizado no sectorizado que apoya técnicamente al Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción,[31] existe un avance significativo en la aprobación de las leyes locales en la materia, es decir, para armonizar sus leyes con la reforma constitucional de 2015, cada una de las entidades federativas debe reformar nueve leyes, incluyendo las modificaciones a sus textos constitucionales, lo que da un total de 288 reformas, adiciones, o bien, la posible

---

de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana. *Cfr.* CPEUM, art. 113, frac. I.

[29] Se crea el Comité de Participación Ciudadana, integrado por cinco ciudadanos de reconocido prestigio en materia de combate a la corrupción, rendición de cuentas y transparencia.

[30] En lo que respecta a las entidades federativas, no pasa desapercibida una contradicción para hacer operativo este sistema, ya que el art. cuarto transitorio del Decreto de reforma constitucional para el combate a la corrupción, de 27 de mayo de 2015, estableció que el Congreso de la Unión, las legislaturas de los estados y la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal, deberían expedir las leyes y realizar las adecuaciones normativas correspondientes, dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigor de las leyes generales (del Sistema Nacional Anticorrupción y de Responsabilidades Administrativas); no obstante lo anterior, el decreto publicado el 18 de julio de 2016, mediante el cual se aprobaron, entre otras, las citadas leyes generales, en su transitorio segundo se estableció que el Congreso de la Unión y las entidades federativas tendrían un año como plazo para hacer las adecuaciones normativas necesarias, tras lo cual y solo apuntándolo como ejercicio de pulcritud de técnica legislativa, un transitorio de una ley general modifica el contenido de un transitorio contenido en una reforma constitucional, situación que revela parte del poco cuidado legislativo en determinadas materias. Esta exquisitez académica podría parecer insignificante ante el tamaño de la complejidad para hacer operativa la reforma anticorrupción, aunque sin duda esto revela en parte lo que acontece en nuestro país, ya que hay casos dramáticos de violaciones a la legislación nacional vía la figura de "fraude a la ley".

[31] *Cfr.* Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, arts. 24 y 25 *DOF*, 18 de julio de 2016.

emisión de nuevos ordenamientos jurídicos locales.[32] De acuerdo con información de la citada Secretaría Ejecutiva, en México quedan pendientes únicamente dos adecuaciones normativas locales en todo el país.

Como se aprecia, desde mayo de 2015, se estableció la manera en que quedaría integrado el Comité Coordinador; sin embargo, es hasta febrero de 2019, casi cuatro años después, que puede hablarse de la completa integración del mismo, ya que es hasta entonces que se designó a la persona titular de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción.[33] Además del retraso en la conformación del Comité Coordinador, no pasa desapercibido que las reformas al Código Penal Federal en materia de combate a la corrupción tampoco entraron en vigor inmediatamente, sino solo a partir del nombramiento del titular de la mencionada Fiscalía especializada,[34] es decir, casi tres años después de su aprobación legislativa.

En las entidades federativas, de acuerdo con la información proporcionada por la citada Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, la conformación de la estructura operativa de los sistemas locales presenta un avance muy significativo, ya que de las 191 instancias o cargos que deben conformarse o nombrarse en las 32 entidades federativas, únicamente quedan pendientes de nombramiento cuatro, lo que representa cerca del 2% a nivel nacional.[35]

---

[32] *Cfr.* Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, "Adecuación al marco normativo de los Sistemas Locales Anticorrupción", cifras proporcionadas al 9 de abril de 2021. Los ordenamientos jurídicos que se han adecuado o emitido son: *1)* reformas a la Constitución local; *2)* ley estatal anticorrupción; *3)* ley de responsabilidades administrativas; *4)* ley de fiscalización y rendición de cuentas; *5)* ley orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa; *6)* ley orgánica de la Fiscalía General; *7)* Código Penal; *8)* ley orgánica de la Administración pública estatal, y *9)* ley de extinción de dominio, *https://www.sesna.gob.mx/wp-content/uploads/2021/04/Avance_Marco_Normativo_SLA-09Abr2021.pdf.*

[33] El fiscal general de la República nombró el 9 de febrero de 2019 a la persona titular de la Fiscalía Especializada en combate a la corrupción y a la persona titular de la Fiscalía de Delitos Electorales. *Cfr.* "Gertz Manero designa fiscales contra la Corrupción y Delitos Electorales" *Excélsior*, *https://www.excelsior.com.mx/nacional/gertz-manero-designa-fiscales-contra-corrupcion-y-delitos-electorales/1295423.*

[34] *Cfr.* Transitorio primero del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal en materia de combate a la corrupción, publicado en el *DOF* el 18 de julio de 2016.

[35] *Cfr.* Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, "Conformación de la estructura operativa de los Sistemas Locales Anticorrupción", con fecha de corte al 9 de abril de 2021. La instancia o designación que deben efectuarse son: Comisión de Selección; Comité de Participación Ciudadana; Comité Coordinador; Secretaría Ejecutiva; fiscal anticorrupción y magistrado del Tribunal de Justicia Administrativa, *https://www.sesna.gob.mx/wp-content/uploads/2021/04/Avance_Estructura_Operativa_SLA-09Abr2021.pdf.*

Evidentemente, tanto la aprobación de las adecuaciones normativas como la puesta en marcha de las estructuras operativas en las entidades federativas constituye un dato "formal" que no necesariamente refleja un cambio cualitativo de su puesta en operación; sin embargo, para efectos del presente texto, es indicativo del nivel de avance en la implementación del Sistema Nacional Anticorrupción en el país, el cual presenta nuevos retos por su tamaño y la cantidad de factores y actores involucrados.

Señalado lo anterior, hay que recalcar que, a pesar de la complejidad del fenómeno de la corrupción, en nuestro país existe un avance en la legislación en la materia, sin embargo, y tomando en consideración que las reformas constitucional y legal son perfectibles, aún son insuficientes para lograr un avance significativo en su combate. Es más, el actual Gobierno accede al poder afianzándose ideológicamente en el discurso del combate a la corrupción.

La realidad mexicana presenta verdaderas interrogantes acerca de la manera en que terminará implementándose el denominado Sistema Nacional Anticorrupción, aunado al contexto de la llegada de un nuevo grupo político al poder y la configuración de una clase política distinta a la de los años previos, con una ideología y una forma distinta de entender la acción de gobierno. En este sentido, basta mencionar que el tema de la corrupción apareció en reiteradas ocasiones en los documentos oficiales del partido gobernante: Estatutos,[36] Declaración de Principios[37] y Programa de acción[38] del partido político Morena, como en el programa de gobier-

[36] Estatutos. Art. 2. Morena se organizará como partido político nacional a partir de los siguientes objetivos: […] d. La búsqueda de la erradicación de la corrupción y los privilegios a que se han asociado de manera dominante los cargos públicos y la representación política. *Cfr.* INE, documentos básicos. Estatuto de Morena, art. 2o., *https://www.ine.mx/actores-politicos/partidos-politicos-nacionales/documentos-basicos/*.

[37] Declaración de principios. […] Los miembros de Morena regiremos nuestra conducta personal y colectiva bajo los siguientes principios éticos y valores humanos defendidos por nuestra organización: *[…] 6. Nuestro Partido reconoce su esencia en la pluralidad; Morena es respetuoso de la diversidad cultural, religiosa y política a su interior. Nuestra acción individual y colectiva está sustentada en principios de honestidad, patriotismo y reconocimientos de las diferencias para forjar una nueva forma del quehacer público, alejada de los vicios y la corrupción de las prácticas políticas del actual sistema político, cultural y económico. Cfr. Ibidem,* Declaración de Principios de Morena, principio 6.

[38] Programa de acción de Morena. Para realizar los postulados y alcanzar los objetivos enunciados en nuestra declaración de principios, Morena es una organización plural, amplia e incluyente que convoca al pueblo de México a luchar por la vía pacífica para cambiar el régimen de injustica, corrupción y autoritarismo que gobierna México […] Por una ética republicana y contra la corrupción. La vida pública, privada y social de nuestro país vive en una profunda corrupción, las instituciones se encuentran capturadas por los poderes fácticos y prevalece la impunidad de quienes cometen graves delitos en contra de las mayorías. Luchamos contra toda forma de corrupción, de utilización del poder público para el enri-

no de la actual administración denominado Proyecto de Nación 2018-2024, el cual en sus lineamientos generales estableció como eje prioritario el relativo a la "Legalidad y erradicación de la corrupción".[39]

Además, con la publicación del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, se delinearon los principios y acciones prioritarias del gobierno actual, cuya bandera principal ha sido acabar con la corrupción,[40] para lo cual se establecieron diversos objetivos, entre otros, "tipificar la corrupción como delito grave, prohibir las adjudicaciones directas, […] eliminar el fuero de los altos funcionarios […] mecanismos fiscalizadores como la Secretaría de la Función Pública (SFP) y la Auditoría Superior de la Federación (ASF) […]".[41] En este contexto, y con una mayoría en el Congreso de la Unión del partido en el gobierno, se han materializado algunos de los objetivos planteados en el citado Plan Nacional de Desarrollo.

En consonancia con lo anterior, el 4 de abril de 2019, fue reformado el artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tras lo cual se considera como delito grave, entre otros, el de corrupción en su vertiente de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones,[42] teniendo como consecuencia la imposición de la prisión

---

quecimiento personal y de grupo, contra el tráfico de influencias y el manejo de recursos públicos para beneficio de unos cuantos. Luchamos por instaurar un verdadero sentido del servicio público. Por la eliminación del dispendio de recursos públicos, de salarios excesivos y derroche de la alta burocracia. El dispendio del gobierno ofende al pueblo. La ausencia de un régimen democrático y la impunidad hacen que se multiplique la corrupción. Luchamos porque el ejercicio del poder sea democrático, transparente y rinda cuentas a la sociedad. Que los gobiernos, sindicatos, partidos, organizaciones empresariales, iglesias, medios de comunicación electrónica, grandes empresas transparenten el origen y manejo de sus recursos y rindan cuentas a la sociedad. *Cfr. Ibidem,* Programa de Morena, línea de acción 2a.

[39] *Cfr.* Proyecto de Nación 2018-2024, p. 6, *https://contralacorrupcion.mx/trenmaya/assets/plan-nacion.pdf.*

[40] Las referencias al combate a la corrupción en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 son numerosas, por ejemplo, el vocablo "corrupción" aparece 29 veces y corrupta(s) o corrupto en seis ocasiones; además, encontramos que en el Eje General 1 denominado "Política y gobierno", el primer apartado se denomina "Erradicar la corrupción, el dispendio y la frivolidad", de igual forma de plantean ideas como "[…] estamos empeñados, en primer lugar, en acabar con la corrupción en toda la administración pública, no solo la corrupción monetaria sino la que conllevan la simulación y la mentira", "la corrupción es la forma más extrema de la privatización, es decir, la transferencia de bienes y recursos públicos a particulares", "erradicar la corrupción del sector público es uno de los objetivos centrales del sexenio en curso".

[41] *Cfr.* Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, publicado en el *DOF* el 12 de julio de 2019.

[42] El Código Penal Federal, en el art. 224, establece que existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, la

preventiva oficiosa, reforma que ha suscitado severas críticas por la afectación al principio de presunción de inocencia del inculpado.

En lo relativo a las adquisiciones en México se modificó la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,[43] y se reasignaron funciones a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, provocando la centralización de la labor de planeación y conducción de la política general en materia de contrataciones públicas, reguladas por Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, diseño institucional que buscaba acabar con la corrupción en las compras públicas en el ámbito federal.[44]

Sin embargo, el balance no es positivo, porque las declaraciones políticas y adecuaciones legislativas no coinciden con los hechos. De manera paradójica, de acuerdo con información publicada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, durante 2020 la plataforma de contratación pública "Compranet"[45] registró un total de 144 901 contrataciones públicas en

---

legítima procedencia de los bienes a su nombre, o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, sancionando esta conducta con el decomiso en favor del Estado, de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar, además de multa y pena privativa de la libertad de hasta 14 años. Por otra parte, el artículo 220, establece que el delito de ejercicio abusivo de funciones se actualiza cuando el servidor público que, en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, ilícitamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos, conducta sancionable con multa y hasta 12 años de prisión.

[43] Véase el art. 31, fracc. XXV-XXVIII, de la Ley Orgánica de la Administración pública Federal, tras la reforma publicada en el *DOF* el 30 de noviembre de 2018.

[44] Así fu planteado en la exposición de motivos de la Iniciativa de reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, presentada por el diputado Mario Delgado Carrillo, suscrita también por legisladores del Grupo Parlamentario del partido político Morena: "Las compras del sector público son una fuente potencial de corrupción a todas las escalas y a todos los niveles, en tal consideración propone que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea dotada de las facultades para consolidar compras de la Administración Pública Federal en todos los mercados de bienes y servicios […]" y "la dispersión de facultades y autoridades involucradas directamente con el ejercicio de recursos públicos para compras de bienes y servicios o pago de contratos de obra pública es otra fuente de corrupción y que a mayor dispersión, menor capacidad de fiscalización y control […]". *Cfr.* "Dictamen de la Comisión de Gobernación y Población, con opinión de la Comisión de Seguridad Pública que contiene proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal", *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 13 de noviembre de 2018, p. 11, *http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2018/nov/20181113-III.pdf.*

[45] El periodo que se presenta comprende del 1 de enero al 31 de diciembre de 2020. El número total de contratos registrados en Compranet, la plataforma pública de contratos públicos, durante 2020 fue de 153 059, correspondiendo a la Administración Pública Federal (APF) 144 901, a los Gobiernos Estatales (GE) 6 448 y a los Gobiernos Municipales (GM)

la Administración pública federal, de las cuales 80.7% (117 042), se llevaron a cabo por adjudicación directa, mientras que el procedimiento de licitación pública representó únicamente el 10.8% (15 746) y el procedimiento de contratación por invitación a cuando menos tres personas representó el 5.3% (7 715) de los casos, de entre los procedimientos de contratación contemplados en la legislación de adquisición de bienes, obras y servicios. En el caso de los medicamentos, se recurrió a un complicado y deficiente mecanismo de centralización, que terminó otorgando a la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) la encomienda de compra de medicamentos. Lo anterior ha provocado desabasto de medicinas en el sector salud.

Por otra parte, entre los programas gubernamentales que se han aprobado en la lucha contra la corrupción se encuentra el Programa Nacional de Combate a la Corrupción y a la impunidad, y de Mejora de la Gestión Pública, 2019-2024,[46] el cual planteó cinco objetivos prioritarios, entre otros, combatir frontalmente las causas y efectos de la corrupción y combatir los niveles de impunidad administrativa en el Gobierno federal, sin que sus resultados sean claros hasta el momento.

De esta forma y teniendo como eje una política de austeridad en el ejercicio del gasto público, mediante decreto presidencial de 2 de abril de 2020,[47] inició un proceso de extinción de fideicomisos públicos y, con ello, la desaparición de importantes programas en materia de ciencia, tecnológica, educación, atención a desastres naturales, cultura, protección de víctimas

1 710. *Cfr.* "Datos relevantes de los contratos ingresados a Compranet en 2020", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *https://datos.gob.mx/busca/dataset/contratos-ingresados-a-compranet-2020*.

[46] Decreto por el que se aprueba el Programa Nacional de Combate a la Corrupción y a la Impunidad, y de Mejora de la Gestión Pública 2019-2024, publicado en el *DOF* el 30 de agosto de 2019. Las dependencias encargadas de llevar a cabo este programa son la Secretaría de la Función Pública, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Coordinación de la Estrategia Digital Nacional de la Oficina de la Presidencia.

[47] Decreto por el que se ordena la extinción o terminación de los fideicomisos públicos, mandatos públicos y análogos, publicado en el *DOF* el 2 de abril de 2020, con el cual "se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, a la Oficina de la Presidencia de la República, así como a los Tribunales Agrarios, […] lleven a cabo los procesos para extinguir o dar por terminados todos los fideicomisos públicos sin estructura orgánica, mandatos o análogos de carácter federal en los que funjan como unidades responsables o mandantes. Los derechos y obligaciones derivados de dichos instrumentos serán asumidos por los ejecutores de gasto correspondientes con cargo a su presupuesto autorizado […]". Estableciéndose que la fecha límite para la coordinación de las acciones para concentrar la totalidad de los recursos públicos federales en la Tesorería de la Federación, fuese el 15 de abril de 2020, es decir, 14 días naturales después de su publicación.

y periodistas, entre otros. Tras el primer decreto vino un segundo de 6 de noviembre de 2020,[48] con el que fueron reformadas 18 leyes y abrogadas dos *más, para concretar la extinción de 109 fideicomisos públicos*.[49] La justificación principal de la reforma fue "eliminar los gastos innecesarios, eliminar la opacidad en su administración y generar ahorros para que el país asigne eficazmente recursos públicos a las acciones y programas prioritarios del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024",[50] provocando una oleada de críticas de los sectores afectados e incertidumbre en la manera en que serán retomadas determinadas acciones prioritarias y de urgente atención, por los entes públicos cabeza de sector.

Lo cierto es que el tema del combate a la corrupción seguirá teniendo un papel relevante en los próximos años en nuestro país, y aunque podría pensarse que en el ámbito legislativo ha sido suficientemente abordado tras la aprobación del paquete de reformas constitucional y legal de 2015 y 2016, respectivamente, la evidencia muestra que la clase gobernante mexicana sigue apostando por su regulación,[51] por ejemplo, con proyectos le-

[48] Decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas; de la Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo; de la Ley de Hidrocarburos; de la Ley de la Industria Eléctrica; de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria; de la Ley General de Protección Civil; de la Ley Orgánica de la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero; de la Ley de Ciencia y Tecnología; de la Ley Aduanera; de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario; de la Ley General de Cultura Física y Deporte; de la Ley Federal de Cinematografía; de la Ley Federal de Derechos; de la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo; de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados; de la Ley General de Cambio Climático; de la Ley General de Víctimas, y se abroga la Ley que crea el Fideicomiso que administrará el Fondo de Apoyo Social para Ex Trabajadores Migratorios Mexicanos, publicado en el *DOF* el 6 de noviembre de 2020.

[49] Gaceta del Senado de la República núm. LXIV/3PPO-36/113367, de 20 de octubre de 2020, Dictamen de las Comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y de Estudios Legislativos, Segunda, *Microsoft Word*, *DICTAMEN MINUTA ELIMINACIÓN FIDEICOMISOS FINAL. docx (senado.gob.mx)*.

[50] *Cfr.* Dictamen de la Comisión de Gobierno y Cuenta Pública de la Cámara de Diputados con proyecto de decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones para concretar la extinción de diversos fideicomisos, publicado en Gaceta Parlamentaria núm. 5621-V, de 1 de octubre de 2020, *http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/oct/20201001-V.pdf.*

[51] Así lo demuestra la publicación el 5 de noviembre de 2018, de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la declaratoria de invalidez de algunos de sus artículos en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, publicada en el *DOF* el 19 de julio de 2019, al considerarse que parte de su contenido es contrario a la Constitución. Otro ejemplo es la Ley Federal de Austeridad Republicana, de 19 de noviembre de 2019.

gislativos sobre conflictos de interés,[52] y no necesariamente por mejorar la capacidad de implementación de los mecanismos de control existentes.

Existen casos de corrupción emblemáticos y con una enorme difusión mediática y política, como el de la asignación de contratos en varios países de América Latina en beneficio de la empresa petrolera brasileña Odebrecht, empleando para ello prácticas corruptas y sobornos gubernamentales, y que en México se desarrolló desde hace más de una década con distintos actores políticos, donde se involucra al exdirector de la empresa productiva mexicana Petróleos Mexicanos, Emilio Lozoya Austin, inhabilitado para desempeñarse como servidor público por la Secretaría de la Función Pública en 2019, por 10 años,[53] y, posteriormente, detenido en España en febrero de 2020,[54] a solicitud de las autoridades mexicanas. El "tsunami" Lozoya ha involucrado a 17 políticos, incluidos tres expresidentes, candidatos presidenciales, ministros y diputados de los dos partidos Partido Acción Nacional (PAN) y Partido Revolucionario Institucional (PRI),[55] en un procedimiento que resulta escandaloso por su narrativa, y grotesco por los personajes, con un puerto de llegada incierto por la manera en que se han filtrado documentos que forman parte de las investigaciones de las autoridades mexicanas.[56]

---

[52] El 2 de junio de 2020, el grupo parlamentario del partido Morena en la Comisión de Transparencia y Anticorrupción de la Cámara de Diputados, presentó la denominada "Nueva Ley Federal de Combate a los Conflictos de Interés", anunciada desde el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, la cual se espera sea discutida en comisiones durante 2021. *Cfr.* Programa legislativo virtual ante la emergencia sanitaria generada por la pandemia COVID-19, actividades legislativas a distancia, minutas, iniciativas y proposiciones con punto de acuerdo, *Programa legislativo virtual ante la pandemia COVID-19*, *Comisión de Transparencia y Anticorrupción / Inicio - Camara de Diputados.*

[53] *Cfr.* Comunicado de la Secretaría de la Función Pública de 22 de mayo de 2019, "Función Pública sanciona a altos mandos de Pemex de la Administración de Peña Nieto", sanción que se impuso por información falsa en su declaración patrimonial, *Función Pública sanciona a altos mandos de Pemex de la administración de Peña Nieto | Secretaría de la Función Pública | Gobierno | gob.mx (www.gob.mx)*. Dicha sanción fue confirmada por la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. *Cfr.* Secretaría de la Función Pública, Comunicado núm. 014/2020, de 5 de febrero de 2020, "Tribunal confirma validez de sanción impuesta por Función Pública a Emilio Lozoya, ex director general de Pemex", *https://www.gob.mx/sfp/prensa/tribunal-confirma-validez-de-sancion-impuesta-por-funcion-publica-a-emilio-lozoya-ex-director-general-de-pemex?idiom=es.*

[54] *Cfr.* "Detenido en España el exdirector de Pemex Emilio Lozoya", *El País,* 13 de febrero de 2020.

[55] *Cfr.* "Un video, maletas llenas de billetes y tres expresidentes", *El País*, 22 de agosto de 2020.

[56] La difusión en distintos diarios nacionales e internacionales, de la denuncia que presentó Emilio Lozoya Austin, en contra de diversos personales de la vida política mexicana, con fecha de recepción de 11 de agosto de 2020, por la Dirección de Documentación y Aná-

Por otra parte, el denominado caso *La estafa maestra*[57] es otra muestra de presuntos actos de corrupción por un monto estimado de 450 millones de dólares,[58] en el que se involucran a instituciones de educación superior públicas y dependencias federales. El personaje más visible es María del Rosario Robles Berlanga, quien fuera titular de la Secretaría de Desarrollo Social y de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, durante el sexenio presidencial de Enrique Peña Nieto, privada de su libertad desde agosto de 2019 por su probable responsabilidad en la comisión de delitos de corrupción. En este caso, la Auditoría Superior de la Federación, tras la revisión de la Cuenta Pública de 2013,[59] detectó diversas irregularidades que derivaron en la presentación de denuncias penales por la supuesta participación de exfuncionarios públicos en la simulación de contratos al

---

lisis de la Oficina del C. Fiscal General de la República, a decir por él mismo, en la búsqueda de "[…] un criterio de oportunidad y/o me proporcione una salida alterna en estricto apego a la ley respecto a los procedimientos que hay en mi contra y en contra de mi familia […]", es una muestra del nivel de penetración de la corrupción en la operación de distintos proyectos de la empresa Odebrecht en México, "Esta es la denuncia completa de Emilio Lozoya ante la FGR", *El Universal,* 19 de agosto de 2020, *https://www.eluniversal.com.mx/nacion/esta-es-la-denuncia-completa-de-emilio-lozoya-ante-la-fgr.*

[57] La difusión en medios de comunicación de las irregularidades detectadas en el caso de *La estafa maestra* fue realizada tras una investigación periodística publicada el 4 de septiembre de 2017 en el medio informativo "Animal Político", *https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/*, y que más tarde fuera reconocida por el premio Ortega y Gasset 2018, *Cfr.* "La investigación que debió sacudir a México (pero no lo hizo)", *El País,* 24 de abril de 2018.

[58] *Cfr.* "Qué es lo que en México llaman la Estafa Maestra, la investigación que revela la «pérdida» de US$450 millones de dinero público", *BBC News Mundo*, 17 de mayo de 2018, *https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-44035664.*

[59] El entonces Auditor Superior de la Federación (ASF), Juan Manuel Portal, el 18 de febrero de 2015, presentó el informe de la revisión de la Cuenta Pública de 2013, el cual entre otros, asentaba que el marco legal prevé que los procesos de adquisición y contratación que se realicen entre entidades públicas pueden llevarse a cabo de manera directa, es decir sin licitación pública y subcontratando bienes o servicios hasta por un porcentaje determinado (49%); sin embargo, "en múltiples casos, ha sido evidente que las instituciones contratistas fungen como meros comisionistas, que, con su intervención, permiten adjudicaciones directas a terceros, que se realizan al margen de las disposiciones legales[…]", y resultado de la revisión, "el caso más frecuente se refiere a universidades públicas, cuyos fines esenciales son la enseñanza y la investigación, y no así la prestación de servicios, ya sea de adquisiciones, obras públicas, asesorías, o hasta de contratación de mano de obra para terceros". Lo cierto es que "la ASF ha observado reiteradamente en la revisión de las tres últimas cuentas públicas […] Subcontrataciones por el 100% de lo ordenado por el contratante que indebidamente, se realizan sin observar las disposiciones en materia de licitaciones públicas", principalmente contrario a lo establecido en el art. 4 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. *Cfr.* ASF Informe General Cuenta Pública de 2013, pp. 71 y ss., *https://www.asf.gob.mx/uploads/55_Informes_de_auditoria/Informe_General_CP_2013.pdf.*

amparo de la legislación mexicana en materia de adquisiciones, legislación que establece la posibilidad de subcontratación de bienes o servicios por un porcentaje determinado, entre dependencias de la Administración pública federal con las entidades federativas, sin la necesidad de optar por el procedimiento de licitación pública establecido en la Constitución.[60] Actualmente las causas penales están en curso[61] en contra de distintos exfuncionarios; sin embargo, se carece de información certera respecto del destino de los recursos involucrados, la existencia o no de las empresas contratistas y los bienes y servicios efectivamente prestados.

Finalmente, otro tema ligado a la corrupción es el narcotráfico, que en los últimos años representa uno de los problemas estructurales más graves que padece México. Durante el gobierno del expresidente Felipe Calderón Hinojosa, de 2006 a 2012, se declaró la llamada "guerra" contra el narcotráfico y el crimen organizado, teniendo como resultado niveles de violencia sin precedentes en los años recientes del país. En este contexto, el 15 de octubre de 2020 se llevó a cabo, en Estados Unidos, la detención de Salvador Cienfuegos Zepeda, exsecretario de la Defensa Nacional durante el gobierno de Enrique Peña Nieto, acusado por la Agencia Antidrogas de Estados Unidos de América (Drug Enforcement Administration, DEA)[62] de cuatro cargos por actividades vinculadas al narcotráfico durante su desempeño como secretario. Posterior a la detención, los cargos fueron desestimados por las autoridades estadounidenses y, tras la intervención di-

[60] La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en el art. 1o., párr. sexto (tras la reforma del 11/08/2020), contempla su aplicación en la celebración de contratos públicos entre dependencias en los distintos niveles de gobierno (federal o estatal) o entre dependencias del mismo nivel, "cuando la dependencia o entidad obligada a entregar el bien o prestar el servicio, no tenga capacidad para hacerlo por sí misma y contrate un tercero para su realización". Aunado a lo anterior, la referida Ley de Adquisiciones en el art. 41, frac. X, exceptúa del procedimiento de licitación pública, entre otros supuestos, en los casos de "de servicios de consultorías, asesorías, estudios o investigaciones, […] entre las que se incluirán instituciones públicas y privadas de educación superior y centros públicos de investigación".

[61] El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ratificó una resolución de la Auditoría Superior de la Federación de 11 de enero de 2019, en donde se confirma la responsabilidad resarcitoria por el daño causado a la hacienda pública federal por un monto superior a los 33 millones de pesos, en contra de exfuncionarios de la entonces Secretaría de Desarrollo Social (ahora Secretaría de Bienestar), de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y de una empresa contratista. *Cfr.* "TFJA ratifica resolución contra empresa involucrada en caso de la Estafa Maestra", *El Economista*, 10 de marzo de 2021.

[62] *Cfr.* "Información sobre el caso del general retirado Salvador Cienfuegos Zepeda", *Comunicado de la Secretaría de Relaciones Exteriores*, 15 de enero de 2021, a través del cual se difundió el expediente del caso que consta de 751 páginas, *https://www.gob.mx/sre/prensa/informacion-sobre-el-caso-del-general-retirado-salvador-cienfuegos-zepeda.*

plomática mexicana, fue trasladado a México y el caso retomado por la Fiscalía General de la República, instancia que determinó, en enero de 2021, el no ejercicio de la acción penal en favor del general en retiro.[63] Por el alto cargo del exfuncionario involucrado, por los hechos que se señalan y por tratarse de un procedimiento que inicio en Estados Unidos sin el conocimiento del Gobierno mexicano, es un asunto que reviste una enorme complejidad y devela la circunstancia institucional del México actual.

En efecto, en la esfera del Poder Ejecutivo se hace énfasis en el discurso de combate a la corrupción de manera reiterada, sin que ello necesariamente se traduzca en acciones articuladas y planeadas en la acción de gobierno, y dejando *de facto* fuera de la puesta en marcha de las políticas de combate a la corrupción, el andamiaje institucional creado ex profeso, como lo es el Sistema Nacional Anticorrupción, con lo cual las vicisitudes en las medidas de combate a la corrupción podrían acarrear costes elevados. Es un hecho que la implementación de un sistema nacional como el que se ha diseñado en México aún está en construcción, aunado a la complejidad que por sí mismo entraña este fenómeno que aqueja a nuestra sociedad.

III. Estudio comparado: la experiencia de Singapur en el combate a la corrupción

1. *Contexto*

Entre los siglos II y III aparecen los primeros antecedentes de la isla *Pu Long Chuo* (la isla del final o isla en el extremo de la península). También conocida como Temasek o "Ciudad del mar". En 1320 los chinos llegaron a la isla y la nombraron "Luang-ya-men" o el "Estrecho de los dientes de Dragón".[64] En el siglo

[63] La Fiscalía General de la República, a través de un comunicado, informó el no ejercicio de la acción penal en favor del General Salvador Cienfuegos Zepeda, concluyendo que "nunca tuvo encuentro alguno con los integrantes de la organización delictiva investigada por las autoridades norteamericanas, y tampoco sostuvo comunicación alguna con ellos, ni realizó actos tendientes a proteger o ayudar a dichos individuos. No se encontró prueba alguna de que hubiera utilizado ningún equipo o medio electrónico, ni que hubiera emitido orden alguna para favorecer al grupo delictivo señalado en este caso" y tampoco "apareció dato alguno o síntoma de obtención de ingresos ilegales o acrecentamiento de su patrimonio fuera de lo normal, de acuerdo con sus percepciones en el servicio público", *Cfr.* Comunicado FGR 013/21. FGR Informa,14 de enero de 2021, *https://www.gob.mx/fgr/prensa/comunicado-fgr-013-21-fgr-informa.*

[64] Lee, Edwin, *Singapore. The unexpected Nation*, Singapore, Institute of Southeast Asian Studies, 2008, p. 1.

XIII llegó a la isla el príncipe Parameswara, quien, apoyado en la leyenda que atribuye a Sri Tri Buana o Sang Nila Utama haber visto a un animal salvaje similar a un león, bautizó a la isla como: *Singapura* o "Ciudad de los Leones" o "Ciudad del León".[65] En 1390 el Parameswara gobernó la isla. Posteriormente, Singapur se transformó en un gran puerto comercial, los portugueses llegaron en 1509 y piratas portugueses incendiaron el puerto en 1613.

En el siglo XVII los holandeses tomaron el control de los puertos de Singapur. Thomas Stamford Raffles, representante de la East India Company (Compañía de Indias Orientales), llegó a la Isla el 29 de enero de 1819, ayudó al hermano del sultán de Johore, Tengku Long Hussein a volver a Singapur y el 6 de febrero de 1819 firmó un tratado con el sultanato de Johore y el caique local Temenggong Abdul Rahman para construir un puesto comercial en la zona, con lo que surge la Singapur moderna.

Thomas Stamford Raffles dejó al comandante William Farquhar, "el primer residente de Singapur", a cargo del puerto. Farquhar gobernó del 7 de febrero de 1819 al 1 de mayo de 1823 y, para aumentar los ingresos, vendió licencias para negocios de juegos de azar y permitió la venta de opio.[66] Al inicio, Raffles vio a Singapur como un puesto para la venta de opio en la región y determinó que la Compañía de Indias Orientales protegiera el comercio de opio y lo ofreciera en todas sus instalaciones. Además, se asignó el 5% de comisión por cada licencia de opio. Paradójicamente, la idea de Farquhar era usar los ingresos del juego y el opio para financiar a la policía, por lo que fue el fundador de la primera fuerza policial de Singapur.[67]

Raffles despidió Farquhar el 1 de mayo de 1823 y lo reemplazó por John Crawfurd, un eficiente y prudente administrador, quien de nuevo, paradójicamente, otorgó licencias para las peleas de gallos.[68] En 1832 Singapur era el centro del gobierno de las posesiones inglesas en Malasia.[69] Durante la época colonial la corrupción creció en Singapur, porque los corruptos no eran detectados ni castigados. En 1871 se determinó que la corrupción era ilegal; sin embargo, no se hizo nada concreto.[70] En 1889 el

---

65 Anales Malayos (Sejarah Melayu).

66 Biblioasia, Farquhar & Raffles. *The Untold History*, *http://www.nlb.gov.sg/biblioasia/2019/01/21/farquhar-raffles-the-untold-story/*. Es importante mencionar que el opio fue la mayor fuente de ingresos para Singapur de 1824 hasta 1910.

67 *Idem.*

68 *Idem.*

69 Gilardi, Mauro, *Singapur: ¿qué democracia? Influencias externas y valores asiáticos en el proceso de formación de un modelo democrático*, trad. de Audry Hawes Mayayo, Babelcube, 2017.

70 Singapore Government, CPIB, Our Heritage, 1871, *https://www.cpib.gov.sg/about-cpib/ourheritage.*

gobernador, Cecil Clementi Smith, prohibió las sociedades secretas, conduciéndolas hacia la clandestinidad.[71]

En diciembre de 1937 se introdujo la primera legislación anticorrupción a través de la Ordenanza de Prevención de la Corrupción (Prevention of Corruption Ordinance, POCO), un documento breve de 12 secciones con un alcance limitado, la corrupción no era una ofensa grave y los oficiales tenían poderes limitados de investigación.[72] La POCO se revisó en 1946, convirtiendo los delitos corruptos en embargables, dando poderes más amplios a los agentes de policía para combatir la corrupción. No obstante, esa legislación no consideró el hecho de que la Rama Anticorrupción (Anti-Corruption Branch-ACB) era ineficiente, por el bajo número de policías y recursos escasos.[73]

En octubre de 1951 se aseguraron 1 800 libras de opio por 400 000 dólares en la playa de Punggol y entre los delincuentes había tres detectives de la policía. Un equipo especial de la ACB fue designado para investigar el caso. Se descubrió que algunos oficiales de alto rango de la policía estaban involucrados en el ilícito; sin embargo, solo fue despedido un superintendente asistente y otro oficial fue retirado. Los oficiales restantes no fueron procesados ni condenados. Como resultado, en abril de 1952, el Gobierno reunió a un equipo de investigaciones especiales para revisar las deficiencias en la investigación en torno al caso del opio.[74]

El fracaso de la ACB para frenar la corrupción la condujo a su desaparición. El Gobierno creó la Oficina de Investigación de Prácticas Corruptas (Corrupt Practices Investigation Bureau, CPIB) en septiembre de 1952, bajo el mando del fiscal general. En 1952 el CPIB era un equipo de solo 13 oficiales, que duraban poco tiempo en su comisión, tenían capacidades limitadas para realizar investigaciones, generando un estigma social por investigar a otros policías, lo que impedía investigar la corrupción de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.[75]

El 21 de noviembre de 1954, Harry Lee (Lee Kuan Yew), abogado educado en Cambridge y Harvard, fundó el People's Action Party (PAP). El partido ganó las elecciones de 1959. Cuando Lee Kuan Yew llevó al PAP, juró su cargo en junio de 1959, y sus partidarios usaron los uniformes blan-

---

71 Ajuariaguerra Escudero, Miguel Ángel, *La planificación estratégica en los procesos de conformación de las ciudades globales: los casos de Singapur y Dubai*, Anexos a la tesis doctoral, p. 30, *http://oa.upm.es/33940/13/MIGUEL_ANGEL_AJURIAGUERRA_ESCUDERO_Anexo1.pdf.*

72 Singapore Government, CPIB, Our Heritage, *cit.,* 1937.

73 *Ibidem*, 1946.

74 *Ibidem*, 1951.

75 *Ibidem*, 1952.

cos que simbolizan la pureza y la incorruptibilidad de sus miembros. Lee Kuan Yew se comprometió a poner fin a las prácticas corruptas en Singapur. El gobierno estaba preparado para endurecer la legislación existente y para modernizar el CPIB como una agencia dedicada exclusivamente a la investigación de prácticas corruptas y la preparación de pruebas para su procesamiento. Ese año el CPIB fue transferido al Ministerio del Interior.[76]

2. *Intervención contra la corrupción: The Prevention of Corruption Act*

La Ley de Prevención de la Corrupción (Prevention of Corruption Act, PCA), presentada por el entonces ministro de Asuntos Internos Ong Pang Boon, fue promulgada el 17 de junio de 1960, incorporó disposiciones significativas para eliminar las deficiencias de la POCO y para dar poder al CPIB para realizar sus investigaciones y deberes. La PCA ha sido revisada varias veces para garantizar su relevancia y efectividad, y constituye uno de los pilares clave en la lucha de Singapur contra la corrupción.[77]

La PCA de 1960 (cap. 241, de los Estatutos de Singapur)[78] prescribe que la Oficina de Investigación de Prácticas Corruptas (Corrupt Practices Investigation Bureau, CPIB) tendrá como cabeza a un director y tres departamentos principales: *i)* investigaciones; *ii)* operaciones, y *iii)* asuntos corporativos.

A. *Departamento de Investigaciones*

Función	*Integración*
Ejecuta la función principal de la Oficina investigando las ofensas relacionadas con la Ley de Prevención de la Corrupción.	Se integra por: 1. Rama de Investigaciones Especiales (pública). 2. Rama de Investigaciones Especiales (privada). Se enfocan en casos de corrupción en los sectores público y privado. 3. Rama de Investigaciones Financieras. Conduce investigaciones sobre lavado de dinero y corrupción trasnacional. 4. Rama de Investigaciones Generales. Investiga los casos de corrupción del día a día.

[76] *Ibidem*, 1959.

[77] *Ibidem*, 1960.

[78] Prevention of Corruption Act (Chapter 241, Original Enactment: Ordinance 39 of 1960), Revised Edition 1993 (15th March 1993). An Act to provide for the more effectual prevention of corruption [17th June 1960] [29/2002 wef 30/01/2003].

Función	*Integración*
	5. Unidad de Entrenamiento en Investigaciones. Es responsable de la planeación del currículo y realizar cursos especializados en investigación de la corrupción. 6. Unidad de Políticas de Investigación. Realiza análisis sobre tendencias en corrupción y elaboración de políticas de investigación para encontrar deficiencias ocultas en la organización en las investigaciones de corrupción. Es responsable de los talleres de Anti-Corrupción Expertise (ACE) y talleres de entrenamiento para oficiales de la Oficina y las contrapartes. 7. Sección de Entrevistas Especiales.

B. *Departamento de Operaciones*

Función	*Integración*
Realiza actividades de apoyo a la investigación.	Se integra por: 1. División de Administración y Apoyo a las Operaciones. Participa en diversas operaciones de campo, como ayudar a arrestar y escoltar a personas acusadas y ayudar en la incautación y el examen de documentos, en el uso de herramientas de investigación especializadas como pruebas de polígrafo y análisis forense informático para ayudar al Departamento de Investigaciones. 2. División de Inteligencia. Reúne y recolecta información para el apoyo a las investigaciones del Departamento de Investigaciones.

C. *Departamento de Asuntos Corporativos*

Función	*Integración*
Se ocupa de los asuntos de recursos humanos, administración y finanzas.	Se integra por: 1. División de Gestión y Desarrollo de Personas. Diseña, revisa e implementa estrategias de recursos humanos. Además, tienen la tarea de desarrollar y construye capacidades para cumplir con los requisitos operacionales de CPIB y para manejar la administración y las operaciones del personal. 2. División de Finanzas y Administración. Es responsable de los asuntos financieros, de adquisiciones y activos de la Oficina y proporciona diversos servicios administrativos y apoyo. Su función también incluye el cuidado de los proyectos de desarrollo de infraestructura e instalaciones, así como la facilitación del mantenimiento.

Función	*Integración*
	3. División de Planificación, Política y Relaciones Corporativas. Se encarga de la planificación estratégica, el desarrollo de la organización y la excelencia organizativa de la Oficina. Además, esta división lleva a cabo revisiones de políticas y coordina las posiciones de políticas en materia de lucha contra la corrupción. A nivel internacional, encabeza la participación de la Oficina en diferentes foros internacionales y planifica las políticas de relaciones internacionales. Como un frente público esta división impulsa la educación pública y los esfuerzos de divulgación en la lucha contra la corrupción y maneja los asuntos de relaciones corporativas de la agencia. 4. División de Tecnología de la Información. Incorpora y aprovecha la tecnología de TI en las operaciones de la Oficina para respaldar sus funciones.

El CPIB define a la corrupción como: "recibir, pedir o dar alguna gratificación para inducir a una persona a hacer un favor con una intención corrupta".[79] Como se advierte, "dar o pedir" es la acción concreta y, lo importante, como elemento psicológico es la "intención" corrupta.

3. *Marco normativo del combate a la corrupción en Singapur*

En su parte I "Preliminar", numerales 1 y 2, la PCA destaca cómo debe citarse esa ley, su interpretación, y se define lo que se entiende por "agente"; "oficial de la CPIB"; "director"; "gratificación"; "fondos de inversión"; "miembros"; "principal"; "cuerpo público"; "esquema"; "servicio", e "investigador especial".

En el numeral II "Nombramiento y asuntos de personal", numerales 3 y 4, regula los nombramientos del director y de los oficiales de la Oficina de Investigación de Prácticas Corruptas, a los que se considera servidores públicos; se establece su plan de jubilación; los efectos de la quiebra; condena sobre el plan de beneficios y el esquema de los fondos de inversión.

La parte III "Ofensas y penalidades", numerales 5 a 14, menciona el castigo por corrupción, así tipificada:

> 5. Cualquier persona que por sí misma o por o junto con cualquier otra persona: (a) solicitar o recibir de forma corrupta, o aceptar recibir por sí mismo o

[79] Singapore Government, CPIB, Definition of Corruption, *https://www.cpib.gov.sg/about-corruption/definition-of-corruption.*

> por cualquier otra persona; o (b) ceder, prometer u ofrecer de forma corrupta a cualquier persona, ya sea en beneficio de esa persona o de otra persona, cualquier gratificación como un incentivo o recompensa para, o de otra manera a causa de, (i) cualquier persona que haga o no haga nada con respecto a cualquier asunto o transacción, real o propuesta; o (ii) cualquier miembro, funcionario o funcionario de un organismo público que haga o prohíba hacer cualquier cosa con respecto a cualquier asunto o transacción, real o propuesta, en lo que concierne a dicho organismo público, será culpable de un delito y será responsable en caso de condena a una multa que no exceda de $100,000 o de prisión por un término no mayor a 5 años o a ambos.

Además, contiene el "castigo por transacciones corruptas con agentes", destaca penalidades agravadas para los casos de contratación pública; destaca la presunción de corrupción en ciertos casos, también, en el caso de aceptar una gratificación a pesar de no tener el propósito de realizar un acto de corrupción; el retiro de ofertas de manera corrupta; el soborno a un miembro del Parlamento; el soborno a un miembro de un cuerpo público; sanciones económicas adicionales a otras penas, y la recuperación como deuda civil de sumas de dinero o gratificaciones cuando se hayan otorgado en contravención a la ley.

El apartado IV "Poderes de arresto e investigación", numerales 15 a 22, destaca que el director o cualquier investigador especial puede, sin una orden judicial, arrestar a cualquier persona que haya estado involucrada en algún delito en virtud de esta ley o contra la cual se haya presentado una queja razonable o se haya recibido información creíble o exista una sospecha razonable de que haya estado interesado. En esta parte, también se permite que el director y los oficiales del CPIB puedan usar armas; se establecen provisiones sobre fianzas y bonos; poderes de investigación; los poderes especiales de investigación; las investigaciones autorizadas por la fiscalía; los poderes de la fiscalía para autorizar investigaciones a libros bancarios; los poderes de los fiscales para obtener información, y los poderes de búsqueda y captura.

En la parte V "Evidencia", numerales 23 a 25, destaca el tema de la evidencia inadmisible, al prescribir que, en los juicios civiles o penales, no se admitirán pruebas para demostrar que cualquier gratificación es habitual en cualquier profesión, oficio o vocación; la evidencia de recursos o bienes pecuniarios y la evidencia de complicidad.

La parte VI "Misceláneos", numerales 26 a 37, regula los siguientes aspectos: obstrucción de búsqueda; obligación legal de dar información; falsedad en declaraciones; información; fomento de delitos; intento (¿tentativa?);

conspiración; las ofensas para ser detenido; procesos que se iniciarán con el consentimiento del fiscal; la competencia del Tribunal de Distrito para juzgar los delitos en virtud de esta ley; examen de los delincuentes; protección de informantes, y la responsabilidad de ciudadanos de Singapur por ofensas cometidas fuera de su país.

Sin embargo, contrario a la creencia popular, la corrupción en Singapur no se ha eliminado; la corrupción continúa. En 1986 se involucró al entonces ministro de Desarrollo Nacional, Teh Cheang Wan, en un caso de sobornos por un total de un millón de dólares de dos compañías privadas, por ayudarlo a retener y comprar en un terreno estatal para el desarrollo privado.[80] En 1994 el CPIB investigó el caso del entonces jefe ejecutivo adjunto (operaciones) de la Junta de Servicios Públicos (PUB), Choy Hon Tim, por conspiración criminal y por aceptar sobornos por un total de aproximadamente 13.85 millones de dólares.[81]

En 2009 el CPIB amplió su marco de actuación a otro tipo de prácticas de corrupción, llamadas "prácticas industriales" aceptables, como es el caso de chefs de renombre aceptaban gratificaciones a cambio de usar productos de proveedores preferidos, o de los talleres de automóviles que habían sobornado a inspectores de vehículos para permitir que los vehículos modificados ilegalmente pasen las inspecciones.[82]

Actualmente se afirma que el éxito de Singapur en la lucha contra la corrupción se sustenta en cuatro pilares fundamentales: *i)* leyes efectivas con dos legislaciones clave para combatir la corrupción: la PCA y la Ley de Corrupción, Tráfico de Drogas y Otros Delitos Graves (Confiscación de Beneficios) (CDSA); *ii)* Poder Judicial independiente de la interferencia política que impone multas rígidas y encarcela a delincuentes; *iii)* un servicio público eficiente que ejecuta la ley, con un Código de Conducta que establece altos estándares de comportamiento basados en los principios de integridad, incorruptibilidad y transparencia. El CPIB tiene el mandato de llevar a cabo revisiones procesales para agencias gubernamentales que pueden tener procedimientos de trabajo susceptibles de prácticas corruptas, y *iv)* el respaldado de una fuerte voluntad política y liderazgo, que construyó un "gobierno incorruptible y meritocrático" y "una cultura de tolerancia cero contra la corrupción".[83]

---

80 Singapore Government, CPIB, Our Heritage, *cit.*, 1986.

81 *Ibidem*, 1994.

82 *Ibidem*, 2009.

83 Singapore Government, CPIB, Singapore's Corruption Control Framework, *https://www.cpib.gov.sg/about-corruption/corruption-control-framework.*

Sin embargo, los costos de estas medidas se podrían considerar excesivos en términos de estándares democráticos, como lo destacan Lin Hongxuan y Jorge Bayona: Singapur también tiene problemas, particularmente respecto a la falta de libertad de prensa, la legislación que criminaliza la homosexualidad, la falta de límites a la detención, así como precisamente la pena de muerte obligatoria para crímenes relacionados con las drogas. Todas estas son razones por las cuales Singapur podría, y debería, ser criticada.[84]

Así, se atribuye a Lee Kuan Yew la frase: "Si no hubiéramos intervenido en la vida de la gente, en cuál es tu vecino, cómo vives, qué ruido haces, cuándo escupes o qué lenguaje utilizas, no estaríamos donde estamos".[85] Lo anterior parece llevar a la conclusión de que la lucha contra la corrupción exige un marco normativo autoritario, en donde se sacrifiquen los derechos humanos. Sin embargo, la experiencia de Dinamarca, Noruega, Suecia e Islandia muestra que se pueden garantizar las libertades y combatir al mismo tiempo la corrupción.

Como se advierte, la experiencia de Singapur nos deja las lecciones siguientes: *i)* se requieren leyes adecuadas para enfrentar a la corrupción; *ii)* esas leyes las debe operar una fuerza policial competente e incorruptible; *iii)* los órganos jurisdiccionales deben simpatizar con esa lucha y apoyarla; *iv)* debe existir una voluntad política en el más alto nivel del gobierno para apoyar esa lucha. Sin embargo, existen negativos ocultos, la experiencia de Singapur nos muestra que su lucha contra la corrupción es a costa del sacrificio de las libertades. Por su parte, la experiencia de nuestro país —México—, en el momento actual, muestra que se puede hacer uso retórico del discurso anticorrupción para impulsar una agenda autoritaria. Así, una conclusión general de estas experiencias de México y Singapur es la necesidad de enfrentar la corrupción con las herramientas ético-morales y jurídicas del Estado, sin sacrificar los derechos humanos.

---

[84] Hongxuan, Lin y Bayona, Jorge, "La historia falsa en tiempos de la post-verdad: el caso de Singapur", *Revista Asia-América Latina*, Argentina, año II, vol. 1, núm. 4, diciembre de 2017, p. 151.

[85] Salvá, Ana, "Las dos caras del éxito de Singapur. La ciudad Estado combina riqueza y un severo control de libertades en su 50 aniversario", *El País*, Singapur, 10 de agosto de 2015, *https://elpais.com/internacional/2015/08/09/actualidad/1439155558_848900.html.*

LA CORRUPCIÓN EN PERÚ Y SU ENFRENTAMIENTO EN CLAVE CONSTITUCIONAL

Ernesto BLUME FORTINI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La problemática de la corrupción en Perú*. III. *Los instrumentos jurídicos para enfrentar el fenómeno*. IV. *Nuestra propuesta para enfrentarlo en clave constitucional*. V. *Apreciaciones conclusivas*.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de abordar el tema al cual dedicamos el presente trabajo, "La corrupción en Perú y su enfrentamiento en clave constitucional", debemos expresar nuestro profundo agradecimiento al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, así como a los doctrinarios don Diego Valadés y don Antonio María Hernández, por la gentil invitación que nos formularon para participar en la obra *La Constitución y el combate a la corrupción*, que con indudable acierto han promovido en la idea de brindar un examen comparativo de la problemática y los instrumentos jurídicos existentes en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Guatemala, Italia, México, Perú y Venezuela, en la lucha contra la corrupción, por la incidencia generalizada del fenómeno.

Expresado lo anterior, y a modo de introducción al tema que hoy nos convoca, cabe referir, en línea con lo que hemos sostenido en otras ocasiones, que, como ocurre con la gran mayoría de los países del orbe, Perú

* Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú y actual magistrado del mismo. Director general del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Integró la Comisión de Reforma Constitucional y la Comisión de Estudio de la Reforma del Código Procesal Constitucional.

presenta una historia marcada por la corrupción y, por cierto, sigue siendo marcada por su perniciosa presencia. Es decir, un devenir desde su fundación republicana producida en 1821 hasta lo que va del presente siglo XXI, salpicado de actos de corrupción en todas las esferas de su sociedad, con especial énfasis en lo que se refiere al manejo, administración y disposición de las arcas públicas; ello, sin considerar que la corrupción fatalmente también estuvo presente en la etapa colonial.

Empero, en la última década del siglo pasado, durante el segundo gobierno del expresidente Alberto Fujimori (1995-2000), que actualmente cumple una condena de 25 años de pena privativa de la libertad por la comisión de los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro agravado, el país vio estupefacto a través de la televisión, en forma inédita, el grado que este fenómeno había alcanzado, cuando se revelaron los famosos "vladivideos", grabados en la salita del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) por el entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, hoy igualmente preso por diversos delitos; videos en los que se veía en forma flagrante el grado de descomposición existente en políticos, militares del más alto rango, autoridades y propietarios de medios de comunicación, a los que se les observaba vendiendo su conciencia por dinero, que se recibía en efectivo y en voluminosas rumas de billetes, con desfachatez y sin ningún tapujo.

Así, la sociedad peruana constataba, diríase en directo y con sus propios ojos, el grado de descomposición existente y como los delitos típicos de la corrupción, tales como la concusión, el cobro indebido, la colusión, el peculado, la malversación y el cohecho, entre otros, eran perpetrados sin reparo alguno por personajes de las más diversas y altas esferas de la sociedad peruana.

Al respecto, como bien sostiene el historiador peruano Alfonso W. Quiroz, lamentablemente hoy ausente por su temprana partida, la década de los noventa en Perú fue una "década infame", en la que el nivel de corrupción "[…] definitivamente superó al de todos los demás gobiernos de la historia moderna y sería comparable tal vez únicamente con el periodo colonial, cuando los mecanismos corruptos eran algo inherente al sistema del poder y generación de riqueza".[1]

La situación descrita gatilló diversas y explicables reacciones, pues se trataba de una pública y evidente constatación que produjo indignación en todos los sectores de la sociedad peruana, que reclamaban urgentes y efectivas medidas para acabar en forma pronta y eficaz con el fenómeno

[1] Quiroz, Alfonso W., *Historia de la corrupción en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2016, p. 432.

y evitar que el mismo se mantuviera, replicara aumentando y fuera más difícil su combate.

Esta indignación, a su vez, provocó efectos multidimensionales, como por referir algunos: agudizó la sensibilidad de la población frente a todo lo que en alguna medida pudiera significar corrupción, que podríamos categorizar como una hipersensibilidad del colectivo social; un especial celo de la prensa, especialmente el periodismo de investigación y denuncia, que centró su accionar en la denuncia frente a todo acto que tuviera algún atisbo de corrupción; un afinamiento y una agudización de una suerte de actitud de sospecha colectiva, de desconfianza en todos los órdenes, especialmente en el ámbito del ejercicio de la función pública, ya sea por representación popular o por designación u otra modalidad de ingreso al desempeño de la misma; una suerte de emplazamiento colectivo de la sociedad civil y de los medios de comunicación a la clase política, poniendo en tela de juicio su accionar, al punto que se suscitaron nuevos destapes, se abrieron múltiples procesos a nivel del Ministerio Público y del Poder Judicial y se puso en marcha una maquinaria para perseguir y sancionar a los que eran acusados de actos de corrupción; una actitud draconiana de los fiscales y jueces encargados de investigar, procesar, sentenciar y sancionar a los denunciados, que relativizaron las garantías constitucionales, prefiriendo la privación de la libertad, aun antes de la formalización de la denuncia, el procesamiento del imputado, la sentencia y condena de responsabilidad penal; la existencia de un juicio mediático por parte de grandes sectores de la sociedad, que, a consecuencia de los escándalos que destapaba la prensa, condenaba frente a la simple denuncia; una presión pública inmisericorde sobre las autoridades, recurriendo al cuestionamiento a los fiscales y jueces encargados por sectores sectarios de la sociedad, que se atribuyeron el patrimonio absoluto de la verdad, a despecho de los derechos de los denunciados y del respecto a la autonomía e independencia de la autoridad, y, por último, una grotesca utilización del tema de la lucha contra la corrupción como bandera para diversos actores sociales oportunistas, sectarios y manipuladores, políticos ideologizados extremistas, prensa parametrada y organizaciones de la sociedad civil, entre otros.

En paralelo, se empezó a producir un cambio a nivel normativo infraconstitucional que se tradujo en una serie de modificaciones e innovaciones en las disposiciones regulatorias del sector público, del ejercicio de la función pública, de la contratación que llevaba a cabo el Estado, del control y seguimiento de la gestión pública, de los ilícitos penales, del manejo de los fondos en poder de las instituciones estatales, de los movimientos económicos de significación realizados por los particulares y de su seguimiento,

entre muchas otras medidas que tendían a facilitar la detección, denuncia, persecución y sanción por los actos relacionados con la corrupción. Es decir, un cambio a nivel normativo infraconstitucional que desembocó en una sobrerregulación elaborada como reacción frente a lo que se había vivido, pero en muchos casos ausente de basamento constitucional.

En el presente ensayo, siguiendo los lineamientos trazados por los promotores de la obra, abordaremos la problemática de la corrupción en Perú, deteniéndonos en los problemas de origen de la República, en el detonante producido ante el fenómeno de la corrupción desde la década de los noventa, en lo que vino después, en las reacciones y dimensiones de la respuesta del colectivo social y en el panorama actual. Luego, pasaremos revista a los principales instrumentos jurídicos existentes para enfrentar y superar el fenómeno, revisando el actual marco constitucional e infraconstitucional, así como la normativa supranacional, desembocando en nuestra propuesta de enfrentamiento en clave constitucional, deteniéndonos en la necesidad de volver nuestra mirada a los principios y valores que inspiran al constituyente nacional, hacia una revaluación de la persona humana y sus derechos y, a partir de ellos, enfrentar el flagelo, postulando la adecuación de la normativa infraconstitucional a la Carta Fundamental de la República, el replanteamiento del rol de la prensa y de los demás actores sociales del Estado, para, finalmente, consignar nuestras apreciaciones conclusivas sobre la necesidad de legitimar la lucha contra la corrupción constitucionalizándola en todos los órdenes.

II. La problemática de la corrupción en Perú

El examen comparativo de la problemática de la lucha contra la corrupción existente en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Guatemala, Italia, México, Perú y Venezuela, que pretende como su primer objetivo el presente libro, en lo que a nosotros concierne se circunscribe específicamente a la exposición del caso peruano, en la idea de presentar un panorama de cuál es la situación del país en esta materia, sin más pretensión de ofrecer al lector un diagnóstico que le permita efectuar propiamente el análisis comparativo con los otros países que se han escogido como objeto de estudio. Por tanto, no pretendemos realizar nosotros tal análisis, sino únicamente presentar la situación, dejando al lector la tarea comparativa y de contraste con su realidad y la de otros países.

Dicho esto, consideramos que para poder entender lo que hoy acontece en Perú respecto al tema de la corrupción, así como las características del

fenómeno, sus aristas, dimensiones, complejidades y demás aspectos, es menester referirse a los problemas de origen de la República, por cuanto lo que hoy ocurre está hondamente vinculado al pasado y, diríamos más, es en buena parte consecuencia del mismo, por lo que merecerá nuestro inmediato abordaje, haciendo presente que realizado este, como lo hemos adelantado en la introducción, nos referiremos a los factores que provocaron el estallido multidimensional en el tema de la corrupción que hoy se vive para entender las respuestas que se dieron en la sociedad peruana y ofrecer el panorama actual de la corrupción en Perú.

Precisado lo antes referido, procedemos en consecuencia.

1. *Los problemas de origen de la República*

Perú, independizado por el general don José de San Martín el 28 de julio de 1821, presenta problemas desde su origen republicano, que lo tipifican, a nuestro juicio, como un Estado nación en formación, que ha adoptado la forma de un Estado constitucional, pero que aún no se encuentra consolidado como tal por una serie de factores, entre los que se pueden resaltar: la falta de una conciencia y un compromiso colectivo de lo que ello significa; la ausencia de un verdadero sentimiento constitucional; la crisis de valores y principios; la precaria institucionalidad; la carencia de una clase política madura, seria y responsable; la orfandad de solidaridad y compromiso en los medios de comunicación respecto a la responsabilidad social que les corresponde, y la existencia de una colectividad no comprometida, sin formación adecuada en principios y valores, y altamente manipulable.

Para entender esta realidad, es menester tener en cuenta que los Estados nacionales en América Latina surgieron dentro de un contexto sui géneris y atípico, caracterizado por la existencia de una serie de elementos y fuerzas que provocaron, simultáneamente, energías centrífugas y centrípetas. Por ello, puede afirmarse que la emancipación americana no correspondió en verdad a un movimiento unánime, coherente, deseado por todos los involucrados y conscientemente aceptado; sino que fue, en cierta medida, un fenómeno impuesto por las circunstancias, en cuya base se daba un tejido social enmarañado y complejo, así como impregnado de intereses, fuerzas y posiciones contradictorias.

Perú no solo no fue ajeno a este contexto, sino que en él se dieron con más énfasis estas contradicciones, como lo reconoce el célebre historiador peruano Jorge Basadre, al sostener que

> Por el mayor enraizamiento de la tradición colonial, por la abundancia de funcionarios, nobles y comerciantes prósperos dentro del régimen vigente, por las condiciones excepcionales que supo desplegar el Virrey Abascal, el Perú no solo resultó el país menos movido por la conmoción libertadora sino el paladín de la resistencia colonial. Fueron necesarias las intervenciones argentina, chilena y colombiana para libertar al Perú.[2]

Es ciertamente un inicio débil, dubitativo y sin convicción popular, que permite entender la razón de su posterior decurso y de su situación actual, que presentó, entre otras, las siguientes características:

a) Surgió como consecuencia del proceso de emancipación y en circunstancias en que esta no había concluido en el plano militar; siendo del caso resaltar que su territorio no estaba totalmente liberado, que su población permanecía parcialmente sojuzgada y que su jurisdicción no podía ejercerse completamente, por lo que desde un inicio presentó la insoslayable necesidad de un poder militar que, en razón de las circunstancias, aparecía como más importante que el propio poder civil (quizás aquí esté el germen de aquel péndulo fatal entre democracia y dictadura que ha venido marcando su vida republicana, salvo en los últimos 27 años);
b) Estuvo predeterminado por la teoría inspirada en modelos foráneos, pero sin contrastación con la realidad, que era totalmente distinta y distante de ellos;
c) Presentó una incipiente organización que obligó a centralizar el poder para controlar una situación que exigía acciones en varios frentes (estructuración del aparato estatal; formulación del nuevo orden jurídico; diseño de políticas de acción sin contar con un diagnóstico de la realidad del país y, menos aún, con un inventario de medios y posibilidades existentes para enfrentar las necesidades de esa hora; obtención de medios para la guerra, etcétera);
d) Careció de una élite política con experiencia de gobierno, lo que provocó improvisaciones y la adopción de medidas coyunturales sin ninguna proyección, en el marco de enfrentamientos entre los caudillos existentes y quienes representaban esferas de poder; vacíos dentro de los cuales personajes pertenecientes al clero y a las fuerzas militares asumieron un poder protagónico, a despecho de la burguesía industrial y del bajo pueblo, y

[2] Basadre, Jorge, *Perú: problema y posibilidad*, 4a. ed., Lima, Consorcio Técnico de Editores, 1978, p. 19.

e) Administró una sociedad en desequilibrio, en razón de la ruptura del pacto colonial; desequilibrio que propició luchas y enfrentamientos intestinos.

Hay pues, desde ese temprano amanecer como Estado nación, un divorcio entre la sociedad y el Estado formal, a pesar de que eran elementos cuyo ensamble y armonía resultaban consustanciales para su real existencia; divorcio que se hizo más palpable si se tiene en cuenta que, siendo una sociedad desarticulada, sin una auténtica conciencia nacional, con grupos que tenían intereses distintos y hasta contrapuestos e, inclusive, con etnias en abierta pugna, se pretendió imponer un derecho importado, copia de los modelos liberales de la Europa occidental, no probado, ni menos consultado, con el pueblo peruano. Perú nacía a la independencia en esta contradicción, ausente de los elementos necesarios para gestar una decisión integradora; por ende, ausente de un requerimiento de integración nacional.

En realidad, se trató de un nacimiento como Estado nación formal más que real, ya que, en la práctica, la sociedad peruana no varió en su esencia,[3] sino que, por el contrario, como afirma Basadre, mostró "supervivencias coloniales"[4] y "supervivencias precoloniales".[5]

Entre las "supervivencias coloniales", debido a la falta de continuidad, energía e integridad del impulso emancipador, provocado por la ausencia de coherencia y de visión de sus representantes, así como por los factores que se han mencionado, supervivieron las bases generales de la vida social. Es más, siguiendo al mismo historiador,

> Continuó la división de castas; si bien algunos españoles se retiraron a Europa sus hijos peruanos fueron junto con los vástagos de la nobleza netamente criolla, los elementos más importantes de la vida de los salones; el régimen de la familia continuó sin alteración; los indios siguieron siendo "el barro vil con que se hace el edificio social"; los negros continuaron como gente anexa a las viejas casonas y a las grandes haciendas costeñas. El clero conservó el rol de dueño de la vida espiritual de las clases acomodadas como de las clases populares, premunido, además, de privilegios y fueros; aunque disminuyó en mucho el afán misionero en la región amazónica y el boato de los conventos.[6]

---

3 *Ibidem*, p. 20.
4 *Idem.*
5 *Ibidem*, p. 23.
6 *Ibidem*, p. 21.

Los organismos políticos fueron reemplazados por otros, pero en el fondo análogos: el presidente reemplazó al virrey, la Corte Suprema a las audiencias y las municipalidades a los cabildos. Lima y la costa mantuvieron su primacía respecto del resto del país. Se mantuvo "el expediente voluminoso, la larga tramitación, la morosidad burocrática".[7] Permaneció, y hasta aumentó, "la empleomanía, la búsqueda de honores y sinecuras".[8]

En este mismo aspecto, es curioso observar cómo incluso la legislación colonial se mantuvo por más de tres décadas, hasta 1852, a pesar de las varias constituciones que se dictaron; la agricultura no solo permaneció en el mismo estado, sino que empeoró por la falta de mano de obra; la minería entró en un proceso de franca decadencia por la eliminación de las mitas, la ausencia de apoyo humano calificado y la destrucción de las minas de Pasco; el régimen tributario y de contribuciones permaneció intacto; la educación no sufrió modificaciones significativas y, en cierta medida, acentuó sus deficiencias, y el régimen de feudalismo económico no fue tocado.

En lo que respecta a las "supervivencias precoloniales",[9] el ayllu y la comunidad (que aún supervive), la religiosidad indígena, así como una serie de tradiciones y costumbres propias de época anterior a la colonia, no sufrieron alteración alguna.

Sin embargo, dicha topografía social mostró varios elementos que fueron aporte propio de la emancipación, los cuales resumimos a continuación: la formación de un poderoso ejército; el nacimiento de un movimiento urbano; la migración de un buen número de ingleses y norteamericanos; la importación de ideologías foráneas, especialmente de Francia; la apertura, por lo menos a nivel de reconocimiento oficial, a todas las libertades, excepción hecha de la libertad de creencia; la adopción del sistema de separación de poderes, y la tendencia a imitar la vida europea.

El ejército, por el rol protagónico que jugó en la propia independencia, así como por el papel que desempeñó desde el inicio de la República, a través de sus oficiales de mando, se convirtió en el elemento fundamental en el logro de aquella gesta libertaria, dando un sino militarista a la misma. En efecto, militares fueron los que llevaron a cabo las acciones por la libertad y la proclamación de la independencia y militares fueron quienes, directa o indirectamente, estuvieron en la conducción del país desde sus inicios, a tal punto que la historia registra, aparte de los acontecimientos propios de la gesta independentista, tres periodos de marcada presencia militar ya

7 *Idem.*

8 *Idem.*

9 *Ibidem*, p. 23.

fundada la República en lo que hace al siglo XIX: un primer periodo, comprendido entre 1827 y 1841, cuyos protagonistas principales fueron Santa Cruz y Gamarra; un segundo periodo, comprendido entre 1841 y 1861, caracterizado por la predominancia de Castilla y su rivalidad con Vivanco, y un tercer periodo, comprendido entre 1862 y 1868, en el que el poderío militar empezó a debilitarse.

Para Basadre, el militarismo de los albores patrios nació de tres causas: la primera, como un reconocimiento del pueblo frente a los triunfos obtenidos, ante los cuales se trató de pagar "una deuda nacional de triunfo";[10] la segunda, como un escarmiento después de producida la derrota, que dejaba la conciencia de la necesidad de fortalecer el poder militar para evitar que se repitiera la historia, y la tercera, como tabla de salvación frente a situaciones de indecisión o de crisis política y social, donde el ejército era "la única institución materialmente fuerte y, además, la clase mejor organizada en instantes de debilidad colectiva".[11]

Al lado del militarismo, la estructura social se conformó por la nobleza, la iglesia, las clases medias y las clases populares (dentro de estas últimas, los indígenas y los negros), respecto de las cuales debemos precisar:

1. La nobleza peruana, surgida de la conquista, a la cual se fueron incorporando los descendientes de los conquistadores, los funcionarios y aristócratas venidos de España y las familias de origen comercial y burgués que habían ganado posiciones, se encontraba debilitada y bajo la fórmula de los nuevos ricos, pero no había perdido jerarquía. No tenía poder político, aunque mantenía poder social.
2. La Iglesia, a pesar de haber sobrevivido casi sin alteraciones a la fundación de la República y mantenido su plena vigencia en el nuevo orden, "no significó una diferenciación en la estructura auténtica del país"[12] e ingresó a un cierto relajamiento; lo cual, no obstante, sí tuvo algún nivel de influencia en los planos familiar y público.
3. Las clases medias se dividieron entre un sector minoritario plutocrático, que podría denominarse capa superior, y una gran masa, que podría llamarse capa inferior, la cual no tenía acceso al comercio ni a las industrias y constituía, según el mismo Basadre, "una masa aldeana, basta, abandonada, ignorante; una historia política inestable hasta llegar a lo bufo".[13]

[10] *Ibidem*, p. 106.
[11] *Idem.*
[12] *Ibidem*, p. 111.
[13] *Ibidem*, p. 115.

4. Los indígenas no experimentaron cambio alguno. Siguieron en la misma condición de marginación, pauperismo, abandono y explotación en que se encontraban antes, con el agravante que fueron totalmente olvidados y explotados; tanto es así que el análisis comparativo entre la legislación colonial y la de los primeros años de la República muestra que en la Colonia, por lo menos a nivel normativo, se dieron disposiciones que mostraban cierta preocupación por este sector.
5. Los negros siguieron siendo víctimas de la esclavitud hasta 1854 y no tuvieron mayor interés ni participación en la independencia. Es más, continuaron ocupados en las tareas de peones y sirvientes, al servicio de los grandes hacendados.

En conclusión, el inicio de la República nos muestra un panorama ajeno a la gestación de una decisión por la integración interna y, menos aún, de acciones concretas por emprender siquiera el camino para adoptarla, debido en gran parte a los problemas que se han esbozado y a otros cuyo detalle escapa a los propósitos que hoy nos convocan, así como a una serie de variables reveladoras de la existencia desde tal época de un germen de violencia en la estructura misma de la sociedad peruana.

Sobre esta conclusión, resulta pertinente citar las palabras de Enrique Bernales, quien, al analizar los factores culturales de la crisis política peruana, en la línea de lo dicho por John Lynch, sostiene que

> […] la conformación de la República y la fundación del Estado independiente, no significaron un cambio sustantivo en el patrón de las relaciones sociales existentes. La ausencia desde el comienzo, de una clase dirigente que optara definitivamente por la democracia, de un Estado liberador, democrático y eficiente, marcaron negativamente el derrotero del Estado recién fundado. Faltaron quienes asumiesen la tarea de construir la unidad de la Nación y desde esa sólida base, progresar en la especificidad del sistema y de las instituciones políticas peruanas, pudiendo ser ello la causa de la escasa representación del Estado. Solo una parte pequeña de la sociedad se siente convergente con él; otra parte lo ve como algo distante y hasta hostil, mientras que una tercera parte, tal vez la más grande de las tres, es indiferente y ajena al modelo político del Estado.[14]

A este temprano amanecer habría que adicionar que el fenómeno de la corrupción ya venía incrustado en la sociedad peruana desde la época

[14] Bernales, Enrique, "Crisis y partidos políticos", AA. VV., *Del golpe de Estado a la nueva Constitución. Serie de Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1993, núm. 9, p. 20.

colonial, especialmente en el plano de la administración estatal, al punto que, siguiendo a Alfonso Quiroz, podría hablarse de ciclos de corrupción colonial durante el maduro virreinato peruano, que él considera fueron seis y describe así:

1. Un nivel sumamente alto de corrupción desde al menos la segunda mitad del siglo XVII hasta el temprano siglo XVIII;
2. Una caída temporal aunque ligera desde el decenio de 1720 hasta 1740;
3. Un incremento marcado desde el decenio de 1750 al de 1770;
4. Una caída breve pero significativa en las décadas de 1780 y 1790;
5. Un ligero incremento en la primera década del siglo XIX, y
6. Una aguda alza en la década anterior a la independencia;[15] autor que sostiene, además, que las formas más usuales de corrupción en ese plano consistieron en ganancias ilegales e indebidas del virrey, de los gobernadores, de los corregidores y de los oidores, entre otros; en la utilización de las insuficiencias administrativas como herramienta para obtener prebendas y favores para demorar el cobro de las deudas a favor del Estado, así como la supervisión y mantenimiento de minas, y el contrabando, entre otras.[16]

Como es lógico suponer, la independencia de Perú no significó el fin de la corrupción. Por el contrario, esta continuó, pero adaptándose a las nuevas situaciones y realidades que trajo la República; proceso que ha estudiado con especial cuidado el antes citado historiador Alfonso W. Quiroz y a quien recurrimos para hacer un breve repaso del desarrollo del fenómeno, apuntando que desde el principio se produjo lo que él denomina "los cimientos socavados de la temprana República, 1821-1859", con el saqueo patriota, los turbios préstamos externos, los círculos de patronazgo caudillesco, el azote del régimen guanero, los escándalos de la consolidación de la deuda, la compensación de la manumisión y la venalidad impertérrita;[17] para provocar "el sinuoso camino al desastre, 1860-1883", con los negocios guaneros monopólicos, el infame contrato Dreyfus, la avalancha de obras públicas, el camino hacia la bancarrota, la ignominia de la guerra y las pérdidas exacerbadas;[18] llegando a "la modernización y quienes se aprove-

[15] *Ibidem,* p. 100.
[16] *Idem*.
[17] *Ibidem*, pp. 107-156.
[18] *Ibidem*, pp. 157-196.

charon de ella 1884-1930",[19] con el alquiler del apoyo de militares, el contrato Grace, el legado del Califa, la etapa de Leguía y los civilistas con los escándalos producidos en el denominado Oncenio de Leguía, las sanciones ineptas y los legados producidos; pasando a la etapa de "los dictadores venales y pactos secretos del periodo 1931-1962",[20] con los intentos moralizadores de Sánchez Cerro y su populismo frente al APRA, la restauración con Benavides, la política de la guerra sin principios, la transición en la cuerda floja, la recompensa del general Odría, la tesis del perdón y del olvido y las reformas propuestas; para llegar a "los asaltos a la democracia 1963-1989", con las promesas rotas de Belaunde, el escándalo del contrabando, la revolución militar, la negligencia benigna, los medios de Alán García, el juicio frustrado y la persistencia de los patrones de corrupción;[21] y desembocar en la década infame de los noventa a la cual nos referiremos más adelante bajo el rubro de el detonante producido en dicha década.

2. *El detonante producido en los noventa*

Como lo hemos apuntado en líneas arriba, compartiendo con Alfonso Quiroz, "la corrupción en el Perú no era algo esporádico, sino, más bien, un elemento sistémico, enraizado en las estructuras centrales de la sociedad",[22] pero lo acontecido en la década de los noventa superó todo pronóstico y ameritó el rótulo de década infame apuntado por el mismo autor. En efecto, década infame, porque, como lo sostiene Mario Vargas Llosa refiriéndose específicamente a lo acontecido a partir del auto golpe dado por el ingeniero Alberto Fujimori, entonces presidente constitucional de la República, el 5 de abril de 1992, la dictadura que surgió del mismo, fomentó la corrupción

> [...] de una manera científica, institucional, organizando el Poder Judicial y el sistema de recaudación de impuestos con ese designio, como un poderosísimo instrumento de coerción, que silenciaba las críticas, mantenía al ciudadano sobre ascuas y lo obligaba a servir al régimen, y al mismo tiempo que esquilmaba a diestra y siniestra, disfrazaba los robos y despojos con un barniz de legalidad.[23]

---

[19] *Ibidem*, pp. 197-258.

[20] *Ibidem*, pp. 259-214.

[21] *Ibidem*, pp. 315-363.

[22] *Ibidem*, p. 31.

[23] Citado en Markuz Delgado, Jane y Tanaka, Martín, *Lecciones del final del fujimorismo*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2001, p. 30.

Década infame, porque la corrupción traspasó todo el tejido social: hubo corrupción en el manejo de la cosa pública, en la administración de justicia, en prácticamente todas las instituciones, en el Parlamento Nacional, en el órgano de control, en los institutos armados, en los medios de comunicación y, en general, en todos los estamentos conformantes del colectivo social nacional. La corrupción adquirió entonces una dimensión más generalizada y aumentó considerablemente de tamaño. Esta situación permitió afinar mecanismos propios de un neofascismo, utilizando todas las herramientas que da el poder en cada uno de sus aspectos para envilecer algunos, perseguir y destruir a los opositores, implantar una política que minimizaba y relativizaba a los opositores.

Curiosamente, este nivel de corrupción no mostró su verdadero rostro en los primeros años del fujimorato, en los cuales los logros alcanzados, como la derrota del terrorismo con la captura de su líder máximo Abimael Guzmán, el sinceramiento y el reordenamiento de la economía nacional poniendo coto a la hiperinflación de los años del primer gobierno del expresidente Alán García Pérez, la reinserción del país en la comunidad económica internacional y la implantación de un régimen económico constitucional altamente promotor de la inversión privada como principal generadora de la riqueza y el respeto a las reglas del libre mercado, instaurado en la Constitución de 1993 promovida por Fujimori como condición para la vuelta a la democracia, significaron una alta aprobación popular.

Década infame, porque la corrupción adquirió tal novel que patentizó la banalidad de muchos personajes, muchos de ellos de las altas esferas de la sociedad.

Ahora bien, en la línea de lo afirmado por Jane Markuz Delgado y Martín Tanaka y parafraseándolos, podemos afirmar que

> Como muchos de sus predecesores dictatoriales, Fujimori se mantuvo en el poder restringiendo al máximo los derechos fundamentales de los ciudadanos. Su administración encaró numerosas acusaciones de violaciones de derechos humanos y abusos de poder tanto dentro del Perú como en el extranjero; hasta su caída, los pudo contrarrestar con éxito invocando al Poder Legislativo, haciendo gestos "democráticos" gratuitos o silenciando a sus críticos a través de amenazas, de sanciones o del exilio. Fujimori fue capaz de mantener el equilibrio en esta cuerda floja diplomática hasta el final de la década, cuando sus flagrantes actos de corrupción y actividades ilegales —especialmente los de su cercano asesor, el jefe no oficial del SIN, Vladimiro Montesinos— inclinaron el delicado balance de su legitimidad, provocando que se viniera abajo.[24]

[24] *Ibidem*, p. 12.

3. *Las reacciones y las dimensiones de la respuesta*

Como lo hemos adelantado en la introducción del presente trabajo, la situación descrita, sumada al hecho de que el país viera estupefacto a través de la televisión, en forma inédita, el grado que este fenómeno había alcanzado cuando se revelaron los famosos "vladivideos", grabados en la salita del SIN por el entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, gatilló diversas y explicables reacciones en todos los sectores de la sociedad peruana, toda vez que se trataba de una pública y evidente constatación que produjo una gran indignación en toda la sociedad peruana, que exigía adoptar medidas urgentes y efectivas para acabar con la corrupción en forma pronta y eficaz y con todo lo que ella significaba.

Enfatizamos que en la visualización de los "vladivideos" la sociedad peruana constató, con sus propios ojos, el grado de descomposición existente y como los delitos típicos de la corrupción, como la concusión, el cobro indebido, la colusión, el peculado, la malversación y el cohecho, entre otros, eran perpetrados con total desfachatez y sin reparo alguno por personajes de las más diversas y altas esferas de la sociedad peruana.

La natural indignación que produjo la exhibición de los "vladivideos" provocó efectos multidimensionales en todo el colectivo social nacional, es decir, en los diversos sectores que lo componen y en diversas áreas que lo conforman; efectos que ya hemos mencionado en la antes referida introducción, pero que en esta parte consideramos necesario reiterar, entre otros:

1. Agudizó la sensibilidad de la población frente a todo lo que en alguna medida pudiera significar corrupción, que podríamos categorizar como una hipersensibilidad del colectivo social que obnubiló a muchos, llevándolos a una actitud prejuiciosa, carente de objetividad, impregnada de un ánimo de intolerancia y preñada de un exacerbado deseo de hacer "justicia", sin detenerse a analizar a profundidad la peculiaridad de cada caso y sin importar si, en verdad, los investigados eran inocentes o culpables. Es decir, una suerte de ciega vendetta en la que el fin justificaba los medios. Obviamente que, en ese clima de hipersensibilidad, los derechos fundamentales de los que eran involucrados pasaron a ser la última consideración de las que había que tener en cuenta.
2. Provocó un especial celo de la prensa, sobre todo en el periodismo de investigación y denuncia, que centró su accionar en la difusión de los casos que se iban descubriendo y que presentaban algún atisbo de corrupción, en una especie de competencia entre los medios por el

mayor "destape", abdicando muchas veces de ciertas reglas rectoras de la actividad periodística, por ejemplo, la contrastación de fuentes, la exigencia de detección de mínimos elementos de corroboración, el respeto del derecho de los denunciados de escuchar su versión de los hechos y la consideración de los derechos de los involucrados, tales como el derecho a la buena reputación y a la imagen o el derecho a la presunción de inocencia, entre otros.

3. Causó el afinamiento y la agudización de una suerte de actitud de sospecha colectiva, de desconfianza en todos los órdenes, de estimación a priori que todos eran proclives al delito, de devaluación de la persona en general en cuanto sujeto conformante de la sociedad, especialmente en el ámbito del ejercicio de la función pública, ya sea por representación popular o por designación u otra modalidad de ingreso al desempeño de la misma, y en la esfera de la actividad privada ligada a la contratación pública; podría decirse una actitud esquizofrénica y hasta sicótica en la que el valor persona humana era ignorado totalmente.
4. Impulsó una especie de emplazamiento colectivo de la sociedad civil y de los medios de comunicación a la clase política, deteriorando su imagen e ignorando el reconocimiento y la garantía del ejercicio de los derechos políticos, y poniendo en tela de juicio su accionar, al punto que se suscitaron nuevos destapes, se abrieron múltiples procesos a nivel del Ministerio Público y del Poder Judicial, y se puso en marcha una maquinaria para perseguir y sancionar a los personajes que eran actores políticos y fueron acusados de actos de corrupción; todo ello, sin sopesar el enorme daño que se estaba causando a la sociedad peruana al desacreditar la actividad política, pese que es vital para el desarrollo de una auténtica democracia; máxime si lo que se pretende es consolidar en Perú un Estado constitucional.
5. Inspiró una actitud draconiana de los fiscales y jueces encargados de investigar, procesar, sentenciar y sancionar a los denunciados, que relativizaron las garantías constitucionales, abdicando de su función constitucional y legal, prefiriendo la privación de la libertad, aun antes de la formalización de la denuncia, el procesamiento del imputado, la sentencia y condena de responsabilidad penal, revelando un espíritu carcelero y ajeno a los principios y valores constitucionales y convencionales que deben guiar su accionar.
6. Dio lugar a la existencia de un juicio mediático y popular, incentivado irresponsablemente por algunos sectores de la prensa, en el que se "condenaba" frente a la simple denuncia, creándose en el imaginario

social la idea que las personas que aparecían como involucradas ya eran culpables pese a que solo se trataba en muchos casos de simples especulaciones y ni siquiera se había iniciado contra ellas una investigación formal por la autoridad competente.

7. Incentivó una presión pública inmisericorde contra los fiscales y jueces, así como contra toda autoridad encargada de las investigaciones que clamaba sanción, alentada por diversos medios, líderes de opinión, personajes políticos y organizaciones de la sociedad civil, que no dudó en recurrir a métodos vedados para que se pronunciaran en el sentido que ellos pretendían por sectores sectarios de la sociedad, atribuyéndose el patrimonio de la verdad y a despecho de los derechos de los denunciados y del respecto a la autonomía e independencia de la autoridad.
8. Por último, fomentó una grotesca utilización del tema de la lucha contra la corrupción como bandera para diversos actores sociales, oportunistas, sectarios y manipuladores, políticos ideologizados extremistas, prensa parametrada y organizaciones de la sociedad civil, entre otros.

En paralelo, como también lo hemos adelantado en la introducción, se empezó a producir un cambio a nivel normativo infraconstitucional que se tradujo en una serie de modificaciones e innovaciones en las disposiciones materiales y procedimentales generales de carácter penal y, en especial, en las normas regulatorias del sector público, del ejercicio de la función pública, de la contratación que llevaba a cabo el Estado, del control y seguimiento de la gestión pública, de los ilícitos penales, del manejo de los fondos en poder de las instituciones estatales, de los movimientos económicos de significación realizados por los particulares y de su seguimiento, entre muchas otras medidas que tendían a facilitar la detección, denuncia, persecución y sanción por los actos relacionados con la corrupción. Es decir, un cambio a nivel normativo infraconstitucional que desembocó en una sobrerregulación elaborada como reacción frente a lo que se había vivido, pero en muchos casos ausente de basamento constitucional.

En este punto es necesario hacer hincapié en que, como se verá, Perú, a contramano de la normativa constitucional y convencional de defensa, protección y garantía de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, adoptó en los hechos la discutible teoría de la expansión del derecho penal, que bajo una inspiración simplemente punitiva sacrifica los derechos fundamentales de los investigados, bajo el argumento subyacente de que el fin justifica los medios.

4. *El panorama actual*

Corresponde a continuación realizar una descripción del panorama actual del Perú en lo que se refiere al fenómeno de la corrupción y su combate. Al respecto, es menester afirmar, en primer lugar, que en el tiempo transcurrido entre 1995 (año de la reelección del expresidente Alberto Fujimori), y lo que va del presente año 2021, que es el año del bicentenario de la independencia nacional, ya que el próximo 28 de julio de este 2021 se cumplirán los 200 años de nuestra fundación republicana, el país ha vivido en democracia y los diversos problemas que se han presentado en la vida nacional han sido resueltos siguiendo el hilo constitucional, habiendo transcurrido prácticamente 26 años de regularidad constitucional, lo cual es inédito en la historia peruana; años en los cuales se han sucedido insólitamente nueve presidentes y no seis como correspondía, ya que el periodo presidencial en Perú es de cinco años.

A saber: Alberto Fujimori (28 de julio de 1995-21 de noviembre de 2000), Valentín Paniagua Corazao (22 de noviembre de 2000-28 de julio de 2001), Alejandro Toledo Manrique (28 de julio de 2001-28 de julio de 2006), Alan García Pérez (28 de julio de 2006-28 de julio de 2011), Ollanta Humala Tasso (28 de julio de 2011-28 de julio de 2016), Pedro Pablo Kuczynski Godard (28 de julio de 2016-23 de marzo de 2018), Martín Vizcarra Cornejo (23 de marzo de 2018-9 de noviembre de 2020), Manuel Merino de Lama (10 de noviembre de 2020-15 de noviembre de 2020) y Francisco Sagasti Hochhauser (17 de noviembre de 2020 a la fecha); debiendo significar que desde 2016 a la fecha se han sucedido cuatro presidentes, debido a una serie de hechos políticos que no es del caso abordar ahora, pero, lo más rescatable, dentro del marco constitucional.

En cuanto al fenómeno de la corrupción, la situación no ha amainado. Por el contrario, los escándalos y destapes han continuado en una sucesión ascendentes, dentro de los cuales destaca el caso de la empresa brasileña Odebrecht, en cuya periferia aparecen muchos otros, entre los que podemos mencionar algunos solo a título ilustrativo como los casos siguientes: *Tren Eléctrico de Lima-Tramo I*, *Campañas Presidenciales*, *Cuellos Blancos del Puerto*, *Aeropuerto Chincheros*, *Interoceánica del Sur*, caso *No a la Revocatoria*, caso *Reelección Susana Villarán*, *Asesoría de Empresa Vinculadas a PPK*, *Gaseoducto Sur Peruano*, *Costa Verde-Tramo Callao*, *Club de la Construcción* y *Vía de Evitamiento Cusco*.

Estos escándalos y otros más han motivado investigaciones y procesos judiciales, teniendo a la fecha al expresidente Fujimori condenado y purgando cárcel, al expresidente Toledo con orden de captura internacional, al

expresidente Ollanta Humala con mandato de comparecencia restringida después de haber estado encarcelado con mandato de prisión preventiva por varios meses, al expresidente Pedro Pablo Kuczynski con mandato de prisión preventiva domiciliaria y a los ex presidentes Martín Vizcarra y Manuel Merino con investigaciones fiscales en giro.

En este contexto, la hipersensibilidad del colectivo social, el especial celo de la prensa de investigación y denuncia, el afinamiento y la agudización de una suerte de actitud de sospecha colectiva y de desconfianza en todos los órdenes, el emplazamiento colectivo de la sociedad civil y de los medios de comunicación a la clase política, la actitud draconiana y antigarantista de los fiscales y jueces encargados de investigar, procesar, sentenciar y sancionar a los denunciados, el juicio mediático y popular, la presión pública, la utilización del tema de la lucha contra la corrupción, como bandera y la híperregulación punitiva, se han mantenido, cuando no incrementado, a contramano, lo reiteramos, de la normativa constitucional y convencional de defensa, protección y garantía de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sobre esto último, cabe referir que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la lucha contra la corrupción debe ser una lucha constitucionalizada, por cuanto debe guardar en todo momento respeto por la persona humana y sus derechos fundamentales. Ha precisado que si bien existe en la sociedad una actitud de desconfianza y de sospecha por los actos de corrupción que día a día se conocen, lo que devalúa al ser humano por considerarlo "proclive al delito", especialmente al que ejerce función o cargo público, esta actitud es inconstitucional y lesiva, pues se aparta de la lógica del constituyente que coloca a la persona por encima de todo, siendo su defensa y el respeto de su dignidad el fin supremo de la sociedad y del Estado. Así lo ha señalado en el caso *Ollanta Humala-Nadine Heredia*, resuelto en el expediente 4780-2017-PHC y 0502-2018-PHC/TC (acumulados), del cual fuimos ponentes en nuestra calidad de miembros de dicho Colegiado Constitucional; caso del que daremos cuenta más adelante.

III. Los instrumentos jurídicos para enfrentar el fenómeno

Conforme lo hemos dejado sentado al iniciar el tratamiento de la materia que hoy nos ocupa, debemos abordar ahora la temática de los instrumentos jurídicos existentes en el Perú para enfrentar el fenómeno de la corrupción, revisando el actual marco constitucional y legal, así como la normativa supranacional existente, por lo que a continuación procedemos en dicho orden temático.

1. *El actual marco constitucional y legal*

Respecto del marco propiamente constitucional, precisamos que la actual Constitución Política del Perú, que data de 1993, no contiene norma alguna que expresamente consagre el vocablo "corrupción" o las frases "lucha anticorrupción", "combate contra la corrupción" o similares. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en calidad de supremo intérprete de la Constitución, ha desarrollado una importante línea jurisprudencial relacionada con la lucha contra la corrupción; línea en la que, entre otros aspectos, ha reconocido la importancia y la necesidad imperiosa de enfrentar el fenómeno, ha establecido que existen mecanismos constitucionales para hacerlo y ha reconocido la existencia en el plano constitucional de un "principio de proscripción de la corrupción", el que poco a poco ha ido perfilando.

Por otro lado, ha dejado sentado que la lucha contra la corrupción debe ser constitucionalizada, en el entendido de que la legitimidad de la misma pasa por colocar a la persona humana y a sus derechos fundamentales, tales como el debido proceso, la presunción de inocencia, el honor, la defensa, la buena reputación o el respeto de su dignidad, por encima de cualquier otro objetivo del Estado. Vale decir que la firmeza y determinación del Estado al combatir la corrupción no puede esquivar de ningún modo el escrupuloso respeto por los derechos fundamentales de la persona humana, la que es anterior y superior al propio Estado. Ello, bajo riesgo de deslegitimarla.

Ahora bien, y con relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, apuntamos que en la tercera parte de este trabajo, que contiene nuestra propuesta para enfrentar la corrupción en clave constitucional, nos referiremos a algunas de sus más importantes sentencias en orden con la línea jurisprudencial antes señalada.

Respecto del marco legal que comprende la normativa infraconstitucional respectiva, advertimos que desde el 2000, iniciando el presente milenio, el sistema de justicia penal peruano ha sufrido importantes modificaciones, entre las que se encuentra la implementación del nuevo Código Procesal Penal, que ha implicado un cambio significativo, pues se ha pasado del modelo inquisitivo establecido en el antiguo Código de Procedimientos Penales a un modelo acusatorio, en el que se ha fortalecido tanto el rol como las competencias del Ministerio Público en lo que hace a la titularidad de la acción penal pública, al impulso y dirección de la investigación criminosa, a la denuncia, al impulso del proceso y a la acusación propiamente dicha, confiriéndole una serie de facultades que incluyen la investigación preliminar y

la posibilidad de lograr medidas restrictivas para el investigado antes de la formulación de la denuncia, que incluye hasta la privación de la libertad y se ha dejado al Poder Judicial, en la óptica de un rol garantista, la tarea del juzgamiento propiamente dicho, además, por cierto, de pronunciarse frente a los requerimientos formulados por las partes, tanto por el Ministerio Público como por el imputado o los terceros.

Ahora, si bien con el nuevo modelo se ha buscado poner el énfasis en el ser humano, pues este tiene como líneas orientadoras el respeto por el principio de igualdad, el derecho de defensa, la pluralidad de instancia, la no *reformatio en peius*, la presunción de inocencia, la imparcialidad judicial, entre otros, posteriormente se han venido expidiendo una serie de dispositivos legales que han ido asumiendo un carácter esencialmente persecutorio y punitivo, invocando la bandera de la lucha contra la corrupción y a despecho de las garantías constitucionales, que no han estado exentos de críticas por su cuestionable constitucionalidad, como los que regulan la "condena del absuelto", en el que el absuelto en primera instancia y condenado en segunda no tiene un recurso eficaz que habilite la revisión de su condena; la aplicación de la "prisión preventiva", que ha recibido no pocos cuestionamientos y pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional; la "terminación anticipada", que puede generar en la aceptación de los cargos por parte de un inocente desesperado, sin mayor actuación probatoria; entre otros.[25]

Es en materia de la lucha contra la corrupción que se ha implantado desde hace varios años la denominada "Política de Integridad y Lucha Contra la Corrupción", dando origen a una frondosa legislación infraconstitucional, a una marcada sobrerregulación de cuestionable constitucionalidad, un endurecimiento y una priorización de mecanismos punitivos, que colisionan en muchos casos con la filosofía humanista y garantista que inspira al legislador constituyente peruano. Se trasunta en dicha legislación, según refieren algunos estudiosos, la lógica de lidiar contra este fenómeno bajo la premisa del fin justifica los medios, haciendo cada vez más draconiano y más severo el sistema, pero sin tomar en cuenta las normas constitucionales que garantizan, por sobre todo, el reconocimiento, la protección, la guardianía y el rescate de los derechos fundamentales.

Hechas estas precisiones, debemos señalar que, entre otras, a nivel legal e infralegal se han expedido las siguientes normas:

---

[25] Vásquez Arana, César, "El sistema acusatorio y las inconstitucionalidades del nuevo Código Procesal Penal", *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas,* Lima, año XII, núm. 14, 2014, pp. 189 y ss.

1. La Ley 27806, de 13 de julio de 2002, denominada Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, sobre transparencia de los actos del Estado y derecho fundamental de acceso a la información pública.
2. La Ley 27815, de 12 de agosto de 2002, que aprobó el Código de Ética de la Función Pública, estableciendo los principios, deberes y prohibiciones éticas que rigen para los servidores públicos.
3. El Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004, que aprobó el nuevo Código Procesal Penal, que, como lo adelantamos, implantó un nuevo modelo de aplicación de la justicia penal, de carácter acusatorio.
4. La Ley 29976, de 4 de enero de 2013, que creó la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, la cual tiene por objeto articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto, mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país.
5. La Ley 30077, de 20 de agosto de 2013, Ley Contra el Crimen Organizado, que establece las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de delitos cometidos por organizaciones criminales. Extiende su aplicación a los delitos contra la Administración Pública, en las modalidades de concusión, cobro indebido, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposo, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito; definiendo como organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con el fin de cometer uno o más delitos graves. Permitiendo, además, la utilización de técnicas especiales de investigación, incluyendo la interceptación de comunicaciones.
6. La Ley 30111, de 26 de noviembre de 2013, que incorpora la pena de multa como accesoria en los delitos de concusión, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposo, peculado de uso, malversación, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

7. La Ley 30214, de 29 de junio de 2014, que otorga la categoría de pericia institucional extraprocesal con peso específico probatorio a los informes de control de la Contraloría General de la República.
8. La Ley 30424, de 21 de abril de 2016, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, modificada por el Decreto Legislativo 1352, de 7 de enero de 2017, que amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en otros delitos relacionados con la corrupción.
9. La Ley 30304, de 28 de febrero de 2015, que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de colusión simple y agravada, y de peculado doloso y culposo cometidos por funcionarios y servidores públicos.
10. El Decreto Legislativo 1243, de 22 de octubre de 2016, que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal estableciendo y ampliando el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporando la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la Administración Pública; además de crear el Registro Único de Condenados Inhabilitados.
11. El Decreto Legislativo 1279, de 28 de diciembre de 2016, que establece el deber de todas las personas de registrar los vínculos de parentesco ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil para facilitar la lucha contra la corrupción.
12. El Decreto Legislativo 1291, de 29 de diciembre de 2016, Decreto Legislativo que aprueba herramientas para la lucha contra la corrupción en el sector interior.
13. El Decreto Legislativo 1295, de 30 de diciembre de 2016, sobre la inhabilitación para el ejercicio de la función pública e impedimentos de servidores sancionados.
14. El Decreto Legislativo 1307, de 30 de diciembre de 2016, sobre medidas de eficacia en la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada.
15. El Decreto Legislativo 1327, de 6 de enero de 2017, sobre medidas de protección al denunciante de actos de corrupción.
16. El Decreto Legislativo 1353, de 7 de enero de 2017, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
17. La Ley 30737, de 12 de marzo de 2018, sobre aseguramiento del pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos.

18. El Decreto de Urgencia 020-2019, de 5 de diciembre de 2019, que dispuso la presentación obligatoria de la declaración jurada de intereses por parte de los servidores civiles, de aquellos que desempeñan función pública y otros, independientemente del régimen laboral o contractual en el que se encuentren en las entidades de la administración pública.

Efectuada la mención a las normas antes detalladas, es menester hacer especial hincapié en que el sistema penal peruano ha ido endureciéndose, tipificando nuevas figuras delictivas, incrementando algunas penas, empoderando al Ministerio Público y minimizando, cuando no ignorando, la protección y la garantía de los derechos fundamentales.

2. *La normativa supranacional*

Respecto de la normativa supranacional sobre la corrupción, son dos los principales tratados internacionales que Perú ha celebrado, además de una serie de instrumentos jurídicos, resoluciones, informes, recomendaciones o documentos internacionales de trabajo que tratan temas puntuales sobre dicho fenómeno.

Los referidos dos principales tratados internacionales celebrados por el Perú en materia de lucha contra la corrupción son los siguientes:

1. La Convención Interamericana contra la Corrupción (denominada CICC), que fuera aprobada mediante Resolución Legislativa 26757, de 5 de marzo de 1997 y ratificada a través del Decreto Supremo 012-97-RE, de 21 de marzo de 1997; cuyo artículo II establece que sus propósitos son promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; así como promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte para asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. Con dicho fin regula una serie de medidas, tales como las preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto cumplimiento de las funciones públicas, mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta, entre otros (art. III); el ámbito de aplicación de la Con-

vención (art. IV); la adopción de medidas necesarias por parte de cada Estado para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado en base a la Convención (art. V); los tipos de actos de corrupción (art. VI); la adopción de medidas legislativas internas (art. VII); la regulación de la figura del soborno internacional (art. VIII); entre otros.

2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (denominada UNCAC, por sus siglas en inglés), que fuera aprobada por Resolución Legislativa 28357, de 6 de octubre de 2004, y ratificada mediante Decreto Supremo 075-2004-RE, de 19 de octubre de 2004, la cual tiene por finalidad promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

   Este tratado regula una serie de aspectos muy importantes en la lucha contra la corrupción. Su artículo 3o., por ejemplo, contempla su ámbito de aplicación, que comprende la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y el embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la misma. Su artículo 5o. regula las políticas y prácticas de prevención de la corrupción, estableciendo la obligación de cada Estado parte de formular y aplicar o mantener en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

Interesa destacar también el artículo 30, numeral 4, de esta Convención, que a la letra señala:

> Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

Es decir que al juzgarse internamente a las personas por los delitos de corrupción deben tomarse debidamente en consideración sus derechos de defensa. Más adelante, en el numeral 6 del mismo artículo, este Convenio hace también referencia a la presunción de inocencia, al señalar expresamente que

> Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.

Estos dos principales tratados forman parte del derecho interno conforme a lo estipulado en el artículo 55 de la Constitución Política del Perú.

Por lo demás, como lo apuntamos en el párrafo anterior, existen muchos otros instrumentos jurídicos, resoluciones, informes, recomendaciones o documentos internacionales de trabajo que tratan temas puntuales acerca de este fenómeno, tales como:

1. La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.
2. La Resolución 51/59 de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1996, que aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos y recomendó a los Estados Miembros que se guiaran por él en su lucha contra la corrupción.
3. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, que contiene algunas disposiciones relativas a la corrupción.
4. La Resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000, sobre "Prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen".
5. La "Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización", de finales de 1998.

De la normativa supranacional antes referida se observa que los Estados tienen la ineludible obligación de combatir, luchar y derrotar a la corrupción, para cuyo efecto se consagran una serie de instrumentos orientados a

la detección del fenómeno y a su enfrentamiento, respecto de los cuales habría que acotar que todo lo tratado en ella debe desarrollarse en un marco de pleno respeto de los derechos fundamentales de aquellos que son investigados, procesados y condenados por delitos de corrupción, ya que por más rigurosa que pueda ser una regulación frente a las situaciones derivadas de actos de corrupción esta no debe apartarse del valor persona humana, del respeto de sus derechos, del reconocimiento y garantía de los mismos, y de un recto accionar legitimado por su convencionalidad y su constitucionalidad respecto de cada Estado.

IV. Nuestra propuesta para enfrentarlo en clave constitucional

1. *La vuelta a los principios y valores constitucionales*

Lo tratado hasta aquí traduce que la batalla contra la corrupción que viene librando el Perú en diversos frentes está premunida de una abundante legislación, tanto nacional como supranacional, que para muchos es excesiva, pero corre el riesgo de deslegitimarse por sus desajustes con el sistema de reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales que consagra la norma suprema de la República; situación que el Tribunal Constitucional ha dejado entrever en la sentencia dictada en el caso *Ollanta Humala-Nadine Heredia*, expediente 4780-2017-PHC/TC y 0502-2018-PHC/TC (acumulados), en cuyos fundamentos 124, 125, 126 y 127 ha expresado literalmente lo siguiente:

> Resulta importante manifestar que, como consecuencia de la actual coyuntura social de desconfianza frente a la autoridad como consecuencia de los recientes casos de corrupción, el país en su generalidad viene viviendo en una actitud de sospecha colectiva que ha terminado colocando a la persona, en general, y a quien ejerce función o cargo público, en particular, como un sujeto considerado "proclive al delito". Es decir, se ha implantado una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva, que abdica de la lógica del Legislador Constituyente peruano, que ha optado por un sistema que considera a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, que es anterior y superior al Estado y titular de una serie de derechos que le son inherentes, denominados, más allá de las digresiones académicas que la doctrina recoge, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona o derechos constitucionales; entre los cuales están el derecho al honor y

a la buena reputación, el derecho a la defensa y el respeto de su dignidad, y el derecho a la presunción de inocencia mientras no se haya acreditado judicialmente su culpabilidad, mediante sentencia firme y definitiva.

Esa actitud, contradice totalmente el claro mandato contenido en el artículo 1o. de la Constitución, que a la letra preceptúa que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Este precepto muestra la lógica y filosofía del legislador Constituyente, que en rescate del valor persona humana establece la obligación constitucional para todos, la sociedad en su conjunto y cada uno de sus miembros, así como el Estado mismo en cuanto ente nacional y conjunto de órganos e instituciones que lo integran dentro de su estructura, de defender a la persona humana, y por cierto todos sus derechos, y de respetar su dignidad, en cuanto ser humano que es el centro de la organización política, social y económica del país. Contiene entonces un mandato ineludible y que, además, encierra el concepto de solidaridad, que es imprescindible en el Estado constitucional.

En esa misma línea, el artículo 2o. de la Constitución enumera un conjunto de derechos, que en lo que al caso atañe, interesa destacar, además del derecho a la dignidad humana, los derechos al honor, a la buena reputación, a la intimidad y a la libertad y seguridad personales. Y entre estos últimos derechos fundamentales, el de no ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; el de gozar de libertad personal; el de no ser apresado por deudas, salvo la alimentaria; el de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley, y el de ser considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad; previstos en el artículo 2o., incisos 7 y 24, acápites a), b), c) y d) de la Constitución Política del Perú.

En lo que concierne específicamente al Estado y más especialmente a la judicatura ordinaria, el respeto a tales derechos debe ser el pívot de todo su accionar, máxime cuando se actúa en el ámbito de la justicia penal, en la cual imperan principalmente los siguientes principios: el respeto y la defensa de los derechos fundamentales; la presunción de inocencia a favor del investigado; la duda favorece al imputado; la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal pública, y la tipificación penal clara, precisa e indubitable del hecho atribuido como punible. Así, es necesario constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía, y, además, el cumplimiento de los principios de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurispru-

dencia, como supremo intérprete de la Constitución, de la ley y, en general, de todo el derecho positivo. (Fundamentos 124-127).

Nótese de la revisión de los precitados fundamentos que el Tribunal Constitucional del Perú devela con toda claridad y contundencia:

1. La existencia de una coyuntura de desconfianza y de una actitud de sospecha colectiva como consecuencia de los recientes casos de corrupción.
2. La peyorativa conceptuación que la persona, en general, y quien ejerce función o cargo público, en particular, es un sujeto de suyo proclive al delito.
3. La implantación de una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva respecto de la persona humana, que abdica de la lógica humanista del legislador constituyente peruano.
4. La contradicción, violación y desconocimiento del claro mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que en su primera parte preceptúa que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".
5. El incumplimiento de la obligación constitucional para todos, que comprende a la sociedad en su conjunto y a cada uno de sus miembros, así como al Estado mismo, tanto como ente nacional cuanto conjunto de órganos e instituciones que lo integran, de defender a la persona humana y por cierto todos sus derechos, respetando su dignidad y su carácter de ser el centro y la razón de ser de la organización política, social y económica del país.
6. El olvido del concepto de solidaridad, que es inherente a la esencia misma del Estado Constitucional y que irradia una obligación para todos en lo que respecta a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, así como de sus derechos.
7. El recordatorio al Estado y especialmente a la judicatura, que deben el máximo respeto a tales derechos como eje de todo su accionar; máxime en el ámbito de la justicia penal, para que imperen principalmente los siguientes principios:
   a) El respeto y la defensa de los derechos fundamentales;
   b) La presunción de inocencia a favor del investigado;
   c) La duda favorable al imputado;
   d) La carga de la prueba para el Ministerio Público como titular de la acción penal pública;

e) La tipificación penal clara, precisa e indubitable del hecho atribuido como punible, y
f) El reclamo de la necesidad de constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar la máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía.

Se trata, entonces, como apunta el Tribunal Constitucional, de batallar con el fenómeno de la corrupción sin abdicar del valor persona humana que propugna el Estado constitucional peruano como el más alto de todos. De imbuir en los procesos penales la garantía del pleno respeto de los derechos fundamentales en cada acto procesal y en todas las instancias del proceso, pues la lucha anticorrupción no puede convertirse en una excusa para relativizar la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, en una suerte de justificación para dejar de lado todas las medidas conducentes a proteger siempre esos derechos, por más graves y despreciables que sean los delitos que se imputan.

Queda claro, por tanto, que se impone un enfrentamiento al fenómeno de la corrupción en clave constitucional. Esto es, ajustándolo a los cánones y patrones constitucionales, así como al *telos* constitucional, que implica volver la mirada a los valores y principios esenciales que constituyen el cimiento y el basamento de la Constitución Nacional.

Por lo demás, también en torno al fenómeno de la corrupción el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

1) En primer lugar, que la corrupción es, en sí misma, "un fenómeno social que no puede soslayarse", y que se encuentra "dentro y fuera de la administración del propio Estado", por lo que en la política contra la corrupción deberá establecerse "el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del «programa» constitucional, exige una actuación integral" (fundamento 53 de la sentencia 0009-2007-PI/TC y acumulado).

2) En segundo término, que el ordenamiento constitucional "exige combatir toda forma de corrupción", para cuyo efecto "el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (art. 97 y 98 de la Constitución), el control judicial ordinario (art. 139 de la Constitución), el control jurídico constitucional (art. 200 de la Constitución), el control administrativo, entre otros" (fundamento 54 de la sentencia 0009-2007-PI/TC y acumulado).

3) En tercer orden, que el proceso de lucha contra la corrupción, tanto la vinculada al aparato estatal como las que existen en otros ámbitos, "obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucio-

nal en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de derecho, así como contra el desarrollo integral del país" (fundamento 55 de la Sentencia 0009-2007-PI/TC y acumulado).

4) En cuarto lugar, que al Tribunal Constitucional "le corresponde también instalarse en una posición de defensa y soporte de la misma, que permita la consolidación de un proyecto normativo de superación de cualquier forma de crisis de la convivencia social y política, de los distintos intereses de trascendencia pública, que posibiliten su gestión responsable y el restablecimiento de una ética social" (fundamento 56 de la sentencia 0009-2007-PI/TC y acumulado).

5) En quinto término, que el proyecto normativo antes mencionado adquiere una dimensión jurídica propia en los principios constitucionales de transparencia y publicidad, así como de cooperación entre el Estado y los distintos agentes sociales, en "el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (art. 44 de la Constitución)", para posibilitar la creación y consolidación de "un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos" (fundamento 57 de la sentencia 0009-2007-PI/TC y acumulado).

6) En sexto lugar, que deben garantizarse los siguientes cuatro principios y valores del orden democrático: "derecho al público a la información, principio constitucional de publicidad, principio constitucional de transparencia, y principio constitucional de proscripción de la corrupción" (fundamento 58 de la sentencia 0009-2007-PI/TC y acumulado).

2. *La revaluación de la persona humana y sus derechos*

Para lograr un combate real y efectivo de la corrupción, es urgente que se ataque los cimientos mismos de esta, que sin lugar a dudas han germinado en muchos por las deficiencias formativas producidas desde muy temprana edad, que se aborde la tarea de revalorizar a la persona humana y a la sociedad misma, en cuanto la primera constituye la razón de ser del Estado y el núcleo mismo de la concepción que lo inspira.

Ello implica emprender una gran cruzada nacional pro rescate del valor persona humana, a través de una acción conjunta y solidaria de todos

los sectores sociales, que deben asumir un compromiso patriótico de poner todos sus empeños en lo que podríamos denominar un proceso de revalorización de la persona humana, a través de campañas educativas en todos los niveles para difundir, explicar y hacer tomar conciencia a la población entera de los principios y valores constitucionales, en la línea de ir sembrando una identificación individual y colectiva con aquellos, que permita asegurar en cada integrante del colectivo social una actitud respetuosa de los mismos y defensora de los derechos fundamentales.

Así, se modificará la lógica que actualmente reina, caracterizada, como se ha adelantado, por una suerte de conceptuación peyorativa de todos los integrantes de la sociedad peruana, que nos convierte en sujetos inescrupulosos y proclives al delito, para instaurar una concepción no solo humanista, sino también principista y de respeto al prójimo, así como a sus derechos, que constituya un incentivo para que las personas más honestas y calificadas participen en la vida pública y en las diversas tareas que exige la marcha del Estado constitucional, en todas sus dimensiones.

Podríamos decir, revalorizar y no devaluar a la persona humana, aplicando una lógica constitucional que respete los derechos antes referidos.

3. *La adecuación de la normativa a la Constitución*

La conceptuación peyorativa de la persona humana a la que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores, ha devenido, desde hace 25 años, aproximadamente, en una sobrerregulación infraconstitucional, que parte de la premisa errada de considerar a los miembros de la sociedad peruana como personas que están siempre predispuestas al delito, al punto que en materia de contrataciones del Estado, por ejemplo, el postor que ha ganado la buena pro en un proceso de selección tiene que suscribir un denominado "pacto de no soborno", en virtud al cual se compromete a no cometer ilícitos penales en la ejecución del contrato o, en el mismo ámbito de la contratación pública, el impedimento que tienen los familiares de diversos funcionarios públicos, como el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, para ser participante, postor o contratista en los procesos de contratación con el Estado.

Esta actitud colectiva ha superado el espectro del derecho penal hacia otros ámbitos del derecho sancionador, al punto que hoy se utilizan mecanismos como el polígrafo en el sector privado para que el empleador pueda tener confianza en su trabajador;[26] mientras que en el sector

[26] Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 273-2010-PA/TC, 18 de marzo de 2014.

público se ha sobre regulado mecanismos para combatir cualquier conducta irregular con toda la fuerza de la ley (procedimientos sancionadores por denuncia,[27] procedimientos de fiscalización posterior,[28] procedimientos disciplinarios, procedimientos de control interno[29] y externo,[30] procedimientos de control simultáneo, presunciones tributarias,[31] libro de

[27] Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, art. 235. Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones: 1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.

[28] *Ibidem*, Título Preliminar, art. IV, numeral 1.16. La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

[29] Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, art. 7o. El control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Su ejercicio es previo, simultáneo y posterior.

[30] *Idem.* Se entiende por control externo el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos, que compete aplicar a la Contraloría General u otro órgano del sistema por encargo o designación de esta, con el objeto de supervisar, vigilar y verificar la gestión, la captación y el uso de los recursos y bienes del Estado. Se realiza fundamentalmente mediante acciones de control con carácter selectivo y posterior.

[31] Texto Único Ordenado del Código Tributario, art. 65. La Administración Tributaria podrá practicar la determinación en base, entre otras, a las siguientes presunciones: 1. Presunción de ventas o ingresos por omisiones en el registro de ventas o libro de ingresos, o en su defecto, en las declaraciones juradas, cuando no se presente y/o no se exhiba dicho registro y/o libro. 2. Presunción de ventas o ingresos por omisiones en el registro de compras, o en su defecto, en las declaraciones juradas, cuando no se presente y/o no se exhiba dicho registro. 3. Presunción de ingresos omitidos por ventas, servicios u operaciones gravadas, por diferencia entre los montos registrados o declarados por el contribuyente y los estimados por la Administración Tributaria por control directo. 4. Presunción de ventas o compras omitidas por diferencia entre los bienes registrados y los inventarios. 5. Presunción de ventas o ingresos omitidos por patrimonio no declarado o no registrado. 6. Presunción de ventas o ingresos omitidos por diferencias en cuentas abiertas en Empresas del Sistema Financiero. 7. Presunción de ventas o ingresos omitidos cuando no exista relación entre los insumos utilizados, producción obtenida, inventarios, ventas y prestaciones de servicios. 8. Presunción de ventas o ingresos en caso de omisos. 9. Presunción de ventas o ingresos omitidos por la existencia de saldos negativos en el flujo de ingresos y egresos de efectivo y/o cuentas bancarias. 10. Presunción de Renta Neta y/o ventas omitidas mediante la aplicación de coeficientes económicos tributarios. 11. Presunción de ingresos omitidos y/o operaciones gravadas omitidas en la explotación de juegos de máquinas tragamonedas. 12. Presunción de remuneraciones por omisión de declarar y/o registrar a uno o más trabajadores. 13. Otras previstas por leyes especiales. La aplicación de las presunciones será considerada para efecto de los tributos que constituyen el Sistema Tributario Nacional y

reclamaciones virtual y físico,[32] quejas y denuncias presenciales,[33] *online*[34] y telefónicas,[35] etcétera.

Tal normativa afecta, entre otros, los derechos fundamentales al honor, a la buena reputación, al respeto a su dignidad, a la presunción de inocencia y también al de contratar con fines lícitos, y revela la idea que ha tenido muchas veces el legislador al ejercer sus facultades legislativas, pues al regular diversos tópicos ha olvidado los principios humanistas que inspiran la carta fundamental.

Este disloque entre lo que sucede con la Constitución, que propugna un respeto y una defensa de la persona humana, como proyecto ontológico que es anterior y superior al propio Estado, alrededor del cual debe girar todo el ordenamiento jurídico, y las normas infraconstitucionales, que ignoran los valores, principios y bienes que protege la Constitución y que contemplan una filosofía de la desconfianza en el ser humano, pues lo ven siempre con una inclinación a delinquir, como si ello fuera la regla y no la excepción, debe ser superado en su integridad, articulando la normativa infraconstitucional a la Carta Suprema de la República.

4. *El rol de la prensa y de los actores sociales*

Nuestra realidad actual nos muestra que existe un proceso penal en el que se deslindan responsabilidades contra infractores, funcionarios y/o servidores públicos o privados, por presuntamente haber incurrido en actos de corrupción (al interior del cual deben respetarse todas las garantías del debido proceso), y a la par de este existe un "juicio mediático", que es promovido por los medios de comunicación y en el que muchas veces se presume

será susceptible de la aplicación de las multas establecidas en la Tabla de Infracciones Tributarias y Sanciones.

[32] Código de Protección de Defensa del Consumidor, artículo 150 de la Ley 29571. Los establecimientos comerciales deben contar con un libro de reclamaciones, en forma física o virtual. El reglamento establece las condiciones, los supuestos y las demás especificaciones para el cumplimiento de la obligación señalada en el presente artículo.

[33] Presentando un formulario ante la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, *http://www.sunat.gob.pe/defensoriacontrib/denuncias/formulario/Formato-Denuncias.pdf.*

[34] Sistema Nacional de Atención de Denuncias (SINAD) de la Contraloría General de la República, *//appscgr.contraloria.gob.pe/sinad.* Oficina de Fortalecimiento Ético y Lucha contra la Corrupción de la SUNAT: *http://www.sunat.gob.pe/institucional/plananticorrupcion/denuncias.html.*

[35] Ministerio del Interior: Línea 1818, Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables: aló transparencia 0800-17474.

la culpabilidad del que todavía está procesado y este es echado a la hoguera sin posibilidad de defenderse; se acusa sin pruebas y con ello se daña irremediablemente la imagen, el honor y la buena reputación de las personas; se condiciona la opinión pública y, lo que aún es peor, se presiona indirectamente a la administración de justicia para que en ciertos casos resuelva en determinado sentido. Los periodistas son los nuevos jueces del siglo XXI. Pareciera que la prensa se ha convertido en una judicatura especial, con sus propias reglas, de instancia única y de fallos incuestionables.

Esta situación, pues, refleja de modo grave la crisis ética que viene sufriendo la prensa con relación a lo que, se supone, es el desarrollo del derecho a la información a través de medios de comunicación de manera seria.

Hoy por hoy, cualquier hecho que en el tiempo pueda presuntamente suponer un incorrecto ejercicio de las funciones públicas, inmediatamente es acusado de "corrupción" y exhibido por los medios de comunicación en primera plana en dichos términos, sin considerar que la forma de presentar la información termina por someter al escarnio público a un funcionario o servidor público —que puede venir ejerciendo correctamente sus funciones—, pues presenta y direcciona la noticia hacía la peor de las interpretaciones por el solo hecho de dar una "supuesta primicia" (sensacionalismo), detrás de la cual, por la premura que evidencia la publicación por no haber concluido con la investigación periodística —como lo hubiera sido confirmar la vigencia de la representación con la asociación involucrada—, únicamente se identifica el fin económico de la venta total del tiraje impreso.

Esta crisis ética, que muestra a una prensa avasalladora e implacable con cualquier viso de irregularidad, viene a ser al mismo tiempo, una de las razones de peso por las que el ciudadano "honesto" ha perdido el interés de participar en la gestión pública y por las cuales el servidor público "honesto" mantiene la cultura del secreto, pues ambos sienten que trabajar para el Estado supone carecer de mecanismos de defensa de su intimidad, de su honor y buena reputación.

V. Apreciaciones conclusivas

La lucha contra la corrupción que se está dando en Perú debe, con carácter de urgencia, adecuar su accionar a los principios, valores, derechos y preceptos que recoge la Constitución. Para lograrlo, a la par de iniciar una campaña solidaria de concientización y de creación de un verdadero sentimiento constitucional, que revalorice al ser humano y a la sociedad entera, urge constitucionalizar dicha lucha, lo que la legitimará; debiendo la abundante legisla-

ción punitiva creada a raíz de la "década infame" adecuarse a la normativa constitucional y exigir de la prensa una actitud más seria y responsable, que no avasalle los derechos de las personas, tales como los derechos de defensa, al honor, a la buena reputación, a la presunción de inocencia y al respeto de la dignidad.

Se ha avanzado, no cabe duda, denunciando, procesando y condenando a muchos personajes públicos y privados que cometieron ilícitos penales, pero también se ha dañado a muchas personas inocentes que fueron condenadas por "juicios mediáticos". Ello no es compatible con un auténtico Estado constitucional. Es prioritario constitucionalizar la lucha contra la corrupción.

DEMOCRACIA, CORRUPCIÓN Y TRANSPARENCIA

Allan R. BREWER-CARÍAS*

Uno de los tópicos más importantes del funcionamiento de los Estados en el mundo contemporáneo es el de la corrupción, que los está corroyendo, como fenómeno que se origina, entre muchos otros factores, por la falta de transparencia en su conducción, y que está afectando directamente la operatividad misma de los regímenes democráticos, cuyas bases se ven afectadas por ella. Estas notas, en consecuencia, tienen por objeto analizar precisamente el tema de la corrupción y transparencia en el marco general de la democracia constitucional.

Y para tratar de manejar las mismas ideas, entendemos por "corrupción" la acción o efecto de corromper, es decir, "hacer que un cuerpo o sustancia orgánica se descomponga, de manera que huela mal o no se pueda utilizar". En otras palabras, corrupción, es "depravar" o "echar a perder algo", sinónimo de descomposición, de podredumbre o de putrefacción;[1] proceso que no solo ocurre con las sustancias orgánicas, sino con las propias instituciones, en particular con las instituciones del Estado y con la democracia misma, las cuales también se depravan, se descomponen y se corrompen.

* Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela, donde fue director del Instituto de Derecho Público (1978-1987). Ha sido profesor Simón Bolívar, Universidad de Cambridge (1985-1986); profesor asociado de la Universidad de París II (1989-1990); profesor invitado en la Universidad Paris Nantèrre (1992); profesor adjunto de Derecho en Columbia Law School, Nueva York (2006-2008). En Venezuela, fue presidente de la Comisión de Administración Pública de la Presidencia (1969-1972); Senador por el Distrito Federal (1980-1986); ministro de Estado para la descentralización (1993-1994), miembro de la Asamblea Nacional Constituyente (1999).

[1] De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, el término "corromper" se relaciona con la idea de alterar, trastocar la forma de alguna cosa, echar a perder, depravar, dañar, sobornar o cohechar al juez, o a cualquier persona con dádivas o de otra manera; definiendo la corrupción como la acción o efecto de corromper o corromperse.

En cuanto a la "transparencia", entendemos por ella la característica de un cuerpo cuando "deja pasar la luz, y permite que a través de su masa se vea lo que hay detrás"; sinónimo de lo lucido, nítido, limpio o diáfano; lo contrario a lo cerrado, misterioso o inexplicable, que es lo que alimenta fines obscuros e impide que la corrupción se detecte. Es decir, transparencia es expresión de lo abierto y asequible, de lo que puede conocerse y racionalizarse, que es lo que permite desarrollar la sensación de tranquilidad y serenidad, contraria a la sensación de angustia y perturbación causadas por lo que es misterioso y desconocido.[2]

Por ello, al referirse a la transparencia en la Administración del Estado, hace más de 80 años, el juez Louis Brandeis de la Suprema Corte de los Estados Unidos la sintetizó en la conocida frase de que "la luz del sol es el mejor desinfectante",[3] en la misma línea de la representación de la Administración pública como la "casa de cristal" (*la maison de verre*),[4] en el sentido de que debe ser visible y asequible, donde la libertad de información y el derecho ciudadano de acceso a la información pública estén privilegiados; en forma contraria a la opacidad y al secretismo.[5]

Y por "democracia", para también estar claro en una noción común y no nos compliquemos innecesariamente con definiciones incompletas, entendemos que es, como lo precisa la Carta Democrática Interamericana, el régimen político donde se garantice: *i)* que el poder del Estado esté organizado conforme a un sistema de separación e independencia de poderes; *ii*) que el acceso al poder y su ejercicio se realice con sujeción al Estado de derecho; *iii)* mediante elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; *iv)* realizadas en un régimen plural de partidos y organizaciones políticas; *v)* donde se respetan y protejan los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular, los derechos sociales, y la libertad de expresión y de prensa (art. 3o.); donde también esté garantizada: *vi)* la transparencia

---

[2] Véase Rodríguez-Arana, Xaime, "La transparencia en la Administración Pública", *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, núm. 42, 1995, p. 452.

[3] Véase Brandeis, Louis, "What Publicity Can Do?", *Harper's Weekly*, 20 de diciembre de 1913.

[4] En el sentido de lo dicho por el presidente de Costa Rica, Luis Guillermo Solís Rivera: "Deseo que el Gobierno —empezando por el propio Despacho presidencial— funcione como una gran vitrina o «*casa de cristal*», que permita al ciudadano examinar y escrutar el desempeño de quienes administramos el Estado", "Una casa de cristal. Extracto del discurso del presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera", *La Nación*, San José, 9 de mayo de 2014, *https://www.nacion.com/opinion/foros/una-casa-de-cristal/6XAPU3J2PBDMDAGOMX26R2GWKA/story/*.

[5] Véase Rodríguez-Arana, Xaime, *op. cit.*, p. 452.

de las actividades gubernamentales; *vii)* la probidad y la responsabilidad del gobierno en la gestión pública, y *viii)* la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida; es decir, en fin, *ix)* donde el respeto al Estado de derecho por el gobierno y por todas las entidades y sectores de la sociedad esté garantizado (art. 4o.).

Eso es democracia, y lo importante de concebirla conforme a esos nueve elementos y componentes —que en realidad no son más que expresiones de viejos y nuevos derechos políticos de los ciudadanos— es que con ellos, en conjunto y en definitiva, lo que se busca es asegurar la posibilidad de que el ejercicio del poder político esté sometido a controles efectivos, tanto por parte de los ciudadanos como por parte de los órganos del propio Estado.

De eso se trata la democracia, del ejercicio del poder en nombre de los ciudadanos mediante representantes electos, y del derecho de aquellos tanto a controlar como a exigir que se controle dicho ejercicio, lo que no solo impone la necesidad de que funcione un sistema de separación de poderes, sino que los ciudadanos puedan participar en el ejercicio del control.

Esa democracia, así definida, como régimen político para asegurar el control del ejercicio del poder, tiene que estar montada sobre la transparencia, que solo existe cuando está garantizado el derecho ciudadano de acceso a la información administrativa y, además, el derecho de acceso a la justicia para poder ejercer, reclamar y defender sus derechos y, en particular, poder exigir el control judicial sobre la gestión gubernamental, lo que solo es posible si se hace ante jueces autónomos e independientes.

En ese sentido es que la transparencia puede considerarse como el antídoto más poderoso contra la corrupción, de manera que puede decirse que cuando hay corrupción es por falta de transparencia, y porque, en definitiva, no existe una real democracia. Esta, por tanto, no se materializa solo con que las constituciones de los Estados estén formalmente llenas de enunciados y calificativos principistas sobre la misma, y menos si son contradichas por la práctica política del gobierno.

Las deficiencias de la democracia y la ausencia de transparencia vienen a ser, por ende, la principal causa de corrupción, generándose un círculo vicioso, como lo viene de destacar Patricia Moreira, directora de Transparencia Internacional, en el informe internacional de 2019, en el sentido de que "al socavar la corrupción las instituciones democráticas, estas, débiles, son menos capaces de controlarla",[6] en las dos vertientes en las cuales se

[6] Véase "How Corruption Weakens Democracy", *Transparency International Survey,* 29 de enero de 2019. En el mismo documento se cita a Delia Ferreira Rubio, jefa de Transparency International, quien expresó: "Our research makes a clear link between having a healthy democracy and successfully fighting public sector corruption. Corruption is much more likely

presenta, tanto como corrupción administrativa como corrupción institucional o política.

La primera, la corrupción administrativa, que sin duda es la que más acapara la atención de la opinión, es la que deriva del enviciamiento del manejo de los bienes y recursos públicos y, en general, la que deriva de la viciada gestión de la cosa pública, particularmente cuando los funcionarios, por falta de controles y de transparencia, disponen de dichos recursos al servicio de sus propios intereses o de particulares que se enriquecen ilícitamente a costa del Estado.

La segunda, la corrupción política o institucional, que es más grave, pues generalmente es la causa principal de la anterior, es la que resulta del desmantelamiento de la democracia y de la perversión del funcionamiento de las instituciones del Estado, poniéndolas no al servicio de los ciudadanos, sino al de parcialidades o proyectos políticos personales de los gobernantes, o de la propia burocracia, desviando las funciones del Estado y convirtiendo los derechos ciudadanos en vanas ilusiones.

Como lo resumió un antiguo rector de una de las prestigiosas universidades privadas venezolanas, José Ignacio Moreno León, en la actualidad, la corrupción no solo es un problema de la Administración, sino que ha

> […] afectado a las estructuras de los Estados, lesionando su eficiencia y credibilidad; ha afectado sobre todo al Poder Judicial con graves daños al Estado de derecho; ha penetrado en las fuerzas armadas y policiales, debilitando su papel de garantes de la seguridad nacional y la paz; ha aparecido en el Poder Legislativo, sembrando dudas en la objetividad y eficiencia del proceso de formación de las leyes; ha incidido en el poder electoral; ha dañado gravemente la institucionalidad democrática; y en fin, ha afectado a los entes contralores del Estado, propiciando la impunidad de los delitos contra la cosa pública y la pérdida de transparencia en la gestión pública.[7]

Corrompe, por tanto, quien se lucra de la cosa pública, pero también corrompe quien trastoca el funcionamiento institucional del Estado para beneficio personal o de un grupo o un partido; corrompe quien deja robar desde el seno de la Administración, pero también quien pervierte la democracia para destruirla. Es decir, corrupto es quien en su gestión de la cosa pública se enriquece ilegítimamente y permite o alienta que otros se enri-

---

to flourish where democratic foundations are weak and, as we have seen in many countries, where undemocratic and populist politicians can use it to their advantage", *https://www.transparency.org/news/feature/cpi_2018_global_analysis.*

[7] Véase Moreno León, José Ignacio, "La corrupción en América Latina: amenaza a la gobernabilidad democrática", *Pizarrón Latinoamericano*, Caracas, año VII, vol. 9, p. 19.

quezcan ilegítimamente, pero también quien descalabra las instituciones del Estado para ponerlas a su servicio y obtener fines distintos a aquellos para las cuales fueron concebidas.

En ambos casos, quienes así actúan al amparo del poder, al dejar el gobierno tienen en común que nunca podrán decir que lo dejaron en la misma forma en que estaba cuando entraron; nunca podrán decir, como lo hizo Sancho Panza al terminar su gobernación de la ínsula Barataria —en la fina y figurativa pluma de Cervantes—, que desnudo había nacido, que desnudo se hallaba, que desnudo de dinero había entrado al gobierno y que de él, igualmente así salía, siendo de ello la mejor prueba —dijo— que había "gobernado como un ángel".[8]

Gobernar como un ángel, a la vista de todos, es decir, con transparencia y no inmerso en las tinieblas de los secretos de la burocracia; entrar en el gobierno sin dinero y salir del mismo igual a como se entró, y rendir cuentas de la gestión pública realizada de manera que se puedan constatar sus resultados, parecen ser las reglas eternas esenciales de una gestión de gobierno, "bien al revés", como también en su momento lo advirtió Sancho Panza, "de como suelen salir los gobernadores de otras ínsulas", lo que lamentablemente sigue sucediendo hoy en tantas partes del mundo.

Al contrario de gobernar como ángeles, en estos tiempos parece que enriquecerse en el poder es el trágico desiderátum de tantos, así como lo es el ejercicio abusivo del poder haciendo mal uso del mismo, con la consecuente perversión de las instituciones del Estado y de los mecanismos de control[9] y, muy particularmente, la depravación del Poder Judicial, que es la mayor de todas las corrupciones políticas, pues termina garantizando la impunidad.

El tema que por supuesto no es nada nuevo y, si bien es cierto, hoy afecta a todos los Estados del mundo contemporáneo y está presente en todos

---

[8] Dijo Sancho Panza: "Que desnudo nací, desnudo me hallo; ni pierdo ni gano; quiero decir que sin blanca entré en este gobierno, y sin ella salgo", agregando, en cuanto a la rendición de cuentas que se le pedía que "cuando más que saliendo yo desnudo, como salgo, no es menester otra señal para dar a entender que he gobernado como un ángel". Véase Cervantes Saavedra, Miguel de *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999, "Capítulo LII, Del fatigado fin y remate que tuvo el gobierno de Sancho Panza", *http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-ingenioso-hidalgo-don-quijote-de-la-mancha--0/html/fef04e52-82b1-11df-acc7-002185ce6064_19.html.*

[9] Por ejemplo, José Ignacio Moreno León, exrector de la Universidad Metropolitana de Caracas, Venezuela, definió la corrupción como "una conducta abusiva, en relación a los patrones y normas legales de comportamiento respecto a una función pública o a un recurso para lograr, de manera irregular un beneficio injustificado"; o como "la conducta transgresora de las normas sociales, emprendida por una persona o por un grupo de personas". Véase Moreno León, José Ignacio, *op. cit.,* pp. 11 y ss.

los países, ya había llevado a Simón Bolívar en 1824 a decretar la pena de muerte, que debía ser aplicada —dijo— "irremisiblemente" a los funcionarios que tomasen parte en fraudes contra la Hacienda Pública, "bien sea interviniendo como principal, bien sea sabiendo el fraude y no delatándolo".[10]

Si en nuestros tiempos se aplicaran medidas de ese tipo, sin duda nuestros países estarían diezmados, sin funcionarios ni Administración, pues bien sabemos que la corrupción es hoy, como lo reconoció hace unos años el presidente del Banco Mundial, un problema en "cada uno de los países del mundo",[11] llegando a calificar el fenómeno como el "enemigo público número uno" del mundo desarrollado,[12] pero que en el mundo en desarrollo tiene características y efectos de pandemia.[13]

Por ello, lo realmente novedoso de la corrupción es que ahora tiene un carácter global,[14] como "fenómeno maligno que se da en todos los países, grandes y pequeños, ricos y pobres", que genera "efectos especialmente devastadores en el mundo en desarrollo", afectando "infinitamente a los más pobres", como lo reconoció el secretario general de las Naciones Unidas en 2003, al aprobarse la Convención de Naciones Unidas contra la Corrup-

---

[10] Véase el texto del decreto de 18 de marzo de 1824, dado por Simón Bolívar, *Libertador Presidente*, en Lima, Perú, en Alva Castro, Luis, *Bolívar en la Libertad*, Lima, Instituto Víctor Raúl Haya de la Torre, 2003, pp. 67 y 68, *http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-CA-0001.pdf*. Luego, mediante el decreto de 12 de enero de 1825, Bolívar estableció igualmente la pena de muerte tanto para los funcionarios que cometiesen actos de corrupción en el gobierno como para los jueces que permitiesen la impunidad. Véase en "Documento 10062 Decreto del Libertador emitido en Lima el 12 de enero de 1825", por medio del cual establece las medidas destinadas a la extirpación de la dilapidación de los fondos nacionales, practicada por algunos funcionarios públicos, *http://www.archivodellibertador.gob.ve/escritos/buscador/spip.php?article8279*, y *https://cavb.blogspot.com/2012/06/decretada-pena-de-muerte-para.html.*

[11] Eso dijo el presidente del Banco Mundial, Jim Yong Kim. Meers, Jelter, "World Bank Will Track own Funds as «Corruption is Everywhere»", Organized Crime and Corruption Reporting Project, 20 de abril de 2018, *https://www.occrp.org/en/27-ccwatch/cc-watch-briefs/7980-world-bank-will-track-own-funds-as-corruption-is-everywhere.*

[12] También lo dijo el mismo presidente del Banco Mundial, Jim Yong Kim. Banco Mundial. Comunicado de Prensa. "La corrupción es el «enemigo público número uno» de los países en desarrollo, afirmó Jim Yong Kim, presidente del Grupo del Banco Mundial", 19 de diciembre de 2013, *https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/12/19/corruption-developing-countries-world-bank-group-president-kim.*

[13] Por ello, el presidente del Banco Mundial, en 2013, al referirse a los efectos perniciosos de la corrupción en los países en desarrollo, expresó que "cada dólar que mete en sus bolsillos un funcionario corrupto o una persona de negocios corrupta, es un dólar robado a una parturienta que necesita asistencia médica; a una niña o niño que merece educación; o a las comunidades que necesitan agua, calles y escuelas […]". *Idem.*

[14] Los estimados del Fondo Monetario Internacional en 2016 indican que la corrupción en el sector público le costaba a la economía global más de 1.5 trillones USD (es decir, 1 500 millones de millones de dólares: 1 500 000 000 000 USD). Véase Meers, Jelter, *op. cit.*

ción, "porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras".[15]

De allí, incluso, el también carácter "trasnacional" de la corrupción, en el sentido de que "no es ya un mal aislado, circunscrito a determinados países o regiones del planeta", sino que está ahora además vinculado a otras "actividades criminales como el tráfico de drogas, el lavado de dinero, y otros hechos perversos, por lo general relacionados con organizaciones delictivas con ramificaciones en varios países".[16]

No es de extrañar, en consecuencia, que la corrupción haya provocado tantos escándalos recientes, que en tantos países han llegado a desestabilizar gobiernos e instituciones democráticas, al punto de que en nuestra América Latina podemos decir que tenemos un récord de jefes de Estado acusados y perseguidos por corrupción.

La corrupción, como también lo advirtió el secretario general de Naciones Unidas apenas se firmó la citada Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en 2003:

> […] 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.[17]

Eso fue también lo que expresó en 2018 el entonces presidente de Perú, Martín Vizcaya (designado como consecuencia de la renuncia del mandatario anterior precisamente por hechos vinculados a actos de corrupción), al referirse a "la corrupción sistémica" como "la nueva amenaza a la gobernabilidad democrática de la región", constatando que la "corrupción y la impunidad son dos caras de una misma moneda", que forman "una combinación nefasta que amenaza la gobernabilidad", ante lo cual concluyó afirmando que la transparencia era "uno de los antídotos más poderosos y eficaces contra la expansión del sistema de corrupción, además de ser un pilar fundamental de su gobierno".[18]

---

[15] Véase Annan, Kofi A., "Prefacio", Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, Naciones Unidas 2004, p. 3.

[16] Véase Moreno León, José Ignacio, *op. cit.*, p. 19.

[17] Véase Annan, Kofi A., *op. cit.*, p. iii.

[18] Véase lo declarado por Martín Vizcarra, expresidente de Perú. Reseña, "Cumbre de las Américas es una respuesta contra la corrupción, afirma Vizcarra", 13 de abril de 2018,

Y precisamente por ese carácter global y transnacional del fenómeno de la corrupción en el mundo contemporáneo es que es imposible que en un foro como este no hagamos referencia a los más notorios casos recientes de corrupción global en el continente, tanto de corrupción administrativa como de corrupción política, que han minado las bases mismas de nuestras democracias.

En relación con la corrupción administrativa, es imposible no mencionar la más grande operación de corrupción transnacional que se ha montado políticamente en nuestros países, como fue la desarrollada por la empresa brasileña Odebrecht, a la sombra del propio Estado de su sede, y de muchos otros Estados.

Visto mundialmente, el fenómeno solo puede explicarse porque obedeció a una política pública global bien definida, conducida por el gobierno de un Estado, utilizando a una empresa privada, y a través de esta, utilizando a los gobiernos; lo que permite pensar que en dicha empresa, además de las gerencias técnicas necesarias para el diseño y ejecución de obras públicas en materialmente todos los países latinoamericanos, también haya llegado a estructurar otra especie de "gerencia" específica, destinada a planificar el pago de comisiones y repartir dinero a granel a funcionarios estatales y candidatos para cargos públicos en todas las elecciones imaginables, y así, asegurar los contratos de construcción. Solo de esa manera puede entenderse la escala global del fenómeno.

Es decir, no hay otra forma de explicar la magnitud de esa "empresa" de corrupción administrativa, sino entendiéndola como una política planificada que se desarrolló en torno a las actividades de dicha empresa constructora, incluso en el marco de convenios de "cooperación" internacional, como fue el suscrito entre Venezuela y Brasil,[19] que permitió en el primero de dichos países que se ignoraran formalmente todas las leyes sobre licitación y selección de contratistas, además de haber contribuido al financiamiento de campañas políticas.

La corrupción institucional que afecta a Venezuela es de tal naturaleza (y nos referimos al caso —con toda pena— porque es nuestro país) que a pesar de que los escándalos de corrupción administrativa han envuelto materialmente a todos los países del continente, llevándose consigo a las

http://www.viiicumbreperu.org/cumbre-de-las-americas-es-una-respuesta-contra-la-corrupcion-afirma-vizcarra/.

[19] Véase Manzano, Jean, "Las obras pendientes de Odebrecht en Venezuela", *El Estímulo*, 27 de marzo de 2018, *http://elestimulo.com/elinteres/infografia-las-obras-pendientes-de-odebrecht-en-venezuela/*.

tinieblas de los calabozos o de los sepulcros a los más altos funcionarios, en Venezuela —país que tiene el trágico récord de ocupar el primer lugar en el índice de percepción de corrupción en todo el continente americano—[20] el tema de Odebrecht paradójicamente ni se menciona;[21] la situación de impunidad es tal que parecería que dicha empresa nunca hubiese trabajado en Venezuela,[22] cuando la evidencia está a la vista, en el más grande cementerio de hierro y concreto compuesto por monumentales obras, todas inconclusas,[23] pero ciertamente pagadas,[24] que hoy se aprecian a todo lo largo del territorio nacional.

En todo caso, la globalización del fenómeno de la corrupción administrativa, producto de la corrupción institucional y del descalabro de la democracia, evidenciada, entre otros, con el caso *Odebrecht*, fue la que acaparó la atención de nuestro continente cuando en 2018 se celebró en Lima la Octava Cumbre de las Américas, cuyo tema central fue, precisamente, la "Gobernabilidad democrática frente a la corrupción",[25] reconociéndose

---

[20] Véase la información de Transparency International, *https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2017_muestra_una_fuerte_presencia.*

[21] Solo un grupo de magistrados que habían sido designados para el Tribunal Supremo y quienes, perseguidos en el país, se encuentran en el exilio, han sido quienes se han referido al caso de la corrupción provocada por Odebrecht, llegando a emitir una opinión condenatoria contra el presidente de la República. Véase el reportaje: "TSJ en el exilio ordena 18 años y tres meses de prisión para Maduro por corrupción. La sentencia del Tribunal Supremo en el exilio indica que el gobernante Nicolás Maduro deberá cumplir su condena en la cárcel de Ramo Verde. Además, le obliga a resarcir al país por 35.000 millones de dólares", *Diario Las Américas*,15 de agosto de 2018, *https://www.diariolasamericas.com/america-latina/tsj-el-exilio-ordena-18-anos-y-tres-meses-prision-maduro-corrupcion-n4160164.*

[22] Véase González, Jorge, *Odebrecht. La historia completa: los secretos de un escándalo de corrupción que desestabilizó a América Latina,* y Duran, Francisco, *Oderecht. La empresa que capturaba gobiernos*, edición Kindel, *https://www.amazon.com.mx/Odebrecht-empresa-que-capturaba-gobiernos-ebook/dp/B07KF9C2BN.* No es de extrañar, por tanto, la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Colombia, adoptada en diciembre de 2018, condenando a la empresa a una multa multimillonaria (800 mil dólares), inhabilitando a la empresa por 10 años para contratar con entidades públicas en Colombia. Véase la información de EFE, "Odebrecht es inhabilitada en Colombia y la multan con $251 millones", *tvnNoticias*, 13 de diciembre de 2018, *https://www.tvn-2.com/mundo/suramerica/Odebrecht-inhabilitada-Colombia-multan-millones_0_5190231014.html.*

[23] Véase, por ejemplo, Suarez, Enrique, "Maduro: Obras inconclusas de Odebrecht en Venezuela serán terminadas", *El Impulso*, 26 de marzo de 2018, *http://www.elimpulso.com/featured/maduro-obras-inconclusas-odebrecht-venezuela-seran-terminadas*

[24] Véase Oré, Diego, "Lista de las obras inconclusas de Odebrecht en Venezuela", *La Razón*, *https://www.larazon.net/2017/06/lista-las-obras-inconclusas-odebrecht-venezuela/.*

[25] Véase Redacción EC, "Cumbre de las Américas: países suscriben Compromiso de Lima", *El Comercio,* 14 de abril 2018, *https://elcomercio.pe/politica/cumbre-americas-paises-compromiso-lima-noticia-512110*. En 2018, en la misma línea de acción, los jefes de Estado y de

que "la prevención y el combate" contra la misma es la pieza clave "para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho en nuestros países".

Allí, los jefes de Estado reconocieron que: "La corrupción debilita la gobernabilidad democrática, la confianza de la ciudadanía en las instituciones y tiene un impacto negativo en el goce efectivo de los derechos humanos y el desarrollo sostenible de las poblaciones de nuestro hemisferio, al igual que en otras regiones del mundo."

En ese panorama global, por tanto, no es de extrañar que también, durante el 2018, candidatos presidenciales como Andrés Manuel López Obrador, en México, hubieran centrado su discurso de campaña en el propósito de "erradicar la corrupción y la impunidad", para que "haya transparencia" —dijo— ,[26] agregando en su discurso, sin embargo, una afirmación que en mi criterio es totalmente errada, al considerar que la corrupción supuestamente es el "resultado del régimen político" "neoliberal", llegando a afirmar que: "el distintivo del neoliberalismo es la corrupción",[27] y que en los regímenes neoliberales la corrupción es "la principal función del poder político".[28]

Esas afirmaciones inicialmente aparecían como referidas al calor de una campaña electoral en el contexto específico del proceso político mexicano del momento; sin embargo, en abril de 2019, López Obrador, ahora como presidente, se encargó de generalizarlas, cuando hizo referencia al lamentable fallecimiento del presidente de Perú, Alan García, vinculándolo al caso *Odebrecht,*[29] y de nuevo relacionando corrupción con liberalismo.

Gobierno reunidos en la 30a. Asamblea de la Unión Africana, efectuada en Addis Ababa, Etiopía, lanzaron una nueva campaña con un solo e importante propósito, que fue luchar contra la corrupción a través del continente africano. Véase Kaninka, Samuel, "The African Union kicks off 2018 with an anti-corruption campaign", Transparency Intitution, 26 de junio de 2018, *https://voices.transparency.org/the-african-union-kicks-off-2018-with-an-anti-corruption-campaign-b4c233eab262, y http://www.viiicumbreperu.org/compromiso-de-lima-gobernabilidad-democratica-frente-a-la-corrupcion/.*

[26] Véanse los diversos discursos de Andrés Manuel López Obrador en 2018, *https://www.google.com/search?q=lopez+obrador+discurso+zocalo&rlz=1C1CHBD_enUS787US787&oq=lopez+obrados+discursos+&aqs=chrome.3.69i57j0l5.11798j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8.*

[27] Véase "Este es el discurso íntegro de López Obrador al tomar posesión", *Expansión,* 1 de diciembre de 2018, *https://adnpolitico.com/presidencia/2018/12/01/este-es-el-discurso-integro-de-lopez-obrador-al-tomar-posesion*. Igualmente en *https://www.lapagina.com.sv/internacionales/el-neoliberalismo-es-la-corrupcion-andres-manuel-lopez-obrador-al-asumir-como-presidente-de-mexico/.*

[28] *Idem.*

[29] Véase el reportaje "López Obrador toma el suicidio de Alan García para criticar corrupción y neoliberalismo", *Proceso*, 18 de abril de 2019, *https://www.proceso.com.mx/nacional/2019/4/18/lopez-obrador-toma-el-suicidio-de-alan-garcia-para-criticar-corrupcion-neoliberalismo-223557.html.*

Con ello pensamos que el presidente de México apuntó mal al conceptualizar el fenómeno de la corrupción en el mundo, pues el mismo, en mi criterio, en forma alguna puede considerarse el producto de una específica política económica gubernamental, y menos aún de alguna política "neoliberal", entendida esta como la que propugna el desarrollo de la economía basada en el libre juego de sus fuerzas del mercado, producto del ejercicio de la libertad económica, sin injerencia ni participación determinante del Estado.

La corrupción administrativa —y como hoy el antiguo candidato, ya en ejercicio del poder, muy posiblemente debe estar dándose cuenta— en realidad es el resultado de la corrupción institucional o política, que corroe a los Estados, producto del mal funcionamiento de la democracia, al borrarse los mecanismos de control, convirtiéndose lo que debería ser la "casa de cristal" en una barraca de hierro, donde la transparencia se sustituye por la opacidad.

Atribuir en forma simplista el fenómeno de la corrupción a determinadas políticas económicas como las políticas neoliberales podría conducir erradamente a afirmar, en contraste, que una política económica estatista basada en la intervención del Estado en la economía como regulador y titular de los medios de producción sería, entonces, el mejor antídoto contra la corrupción y la impunidad.

Ello no supondría más que una falacia deductiva, y para constatarlo basta recordar lo que ocurrió a partir de 2000, a la vista de todo el mundo contemporáneo, precisamente en Venezuela, donde se desarrolló el mayor y más depravado esquema y sistema público de corrupción que haya florecido en toda la historia del mundo (antiguo, moderno o contemporáneo), por su magnitud y por los niveles estrambóticos de los recursos públicos dilapidados; precisamente en un país en el cual, muy lejos de haberse desarrollado políticas neoliberales, lo que, al contrario, se desarrolló durante los últimos 20 años fue una política económica estatista, socialista, populista y militarista, donde el Estado asumió la conducción total de la economía, eliminó la iniciativa privada y destruyó la producción privada, la cual materialmente hoy no existe, convirtiéndose el sistema económico del país en uno de economía totalmente pública, conducida por una masa burocratizada, amorfa, ineficiente y corrupta, y que dilapidó en 20 años un ingreso petrolero de más de 850 mil millones de dólares.[30]

Entre esos recursos dilapidados por la corrupción es imposible no hacer mención, por ejemplo, a lo que ocurrió con la industria petrolera, convir-

[30] Véase la información del reportaje de hace unos años: Bermúdez, Ángel "Cómo Venezuela pasó de la bonanza petrolera a la emergencia económica," *BBC News,* 25 de febrero de 2016, *https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160219_venezuela_bonanza_petroleo_crisis_economica_ab.*

tiendo el país que hace varias décadas era el más grande exportador de petróleo del mundo, y que hoy sigue teniendo las mayores reservas petroleras del planeta, en un país que ni siquiera produce para abastecer el consumo local,[31] existiendo escasez de gasolina para automóviles. Tampoco es posible dejar de mencionar, por ejemplo, los 40 mil millones de dólares que supuestamente se destinaron, hace unos años, para un plan de emergencia eléctrica, que se dilapidaron ignominiosamente, sumiendo al país en la más absoluta de las tinieblas, como resultó del *blackout* de varios días, ocurrido en marzo de 2019,[32] que llevó al país a una situación de racionamiento eléctrico.

Ese régimen estatista es, por otro lado, lo único que explica que ingentes cantidades de dinero, de las cuales se dispuso a mansalva, provenientes de los ingresos derivados del *boom* petrolero,[33] terminaran financiando abiertamente campañas electorales de candidatos presidenciales y de otro tipo, en casi todos los países del continente; hasta donde viajó el dinero sucio en maletas y maletines en aviones oficiales, incluso hasta tierras australes.[34]

En fin, ese régimen político autoritario de economía estatista y centralizada, producto de la corrupción institucional de la democracia, igualmente es lo único que explica, tal como se anunció en abril de 2019, que en un mes —un solo mes— se hubieran gastado en una sola agencia de un banco estatal situada en Francia (del Banco de Desarrollo de Venezuela) más de 6 millones de euros para el pago de galletas, comida e insumos de oficina. Así lo alertaron las mismas autoridades francesas.[35]

Con ese saqueo impune —estas no son sino algunas muestras— se produjo el milagro de haber convertido a uno de los países que hace 20 años era

---

[31] Véase toda la información en Brewer-Carías, Allan R., *Crónica de una destrucción. Concesión, nacionalización, apertura, constitucionalización, desnacionalización, estatización, entrega y degradación de la industria petrolera,* Caracas, EJV, 2018, p. 730.

[32] Véase Brewer-Carías, Allan R., *Crónica constitucional de una Venezuela en las tinieblas 2018-2019,* Caracas-Panamá, Ediciones Olejnik-EJV, 2019, *http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/04/188.-CRONICA-CONSTITUCIONAL-VZLA-EN-TINIEBLAS-Car%C3%A1tula-e-%C3%ADndice.pdf.*

[33] En la Asamblea Nacional de Venezuela se ha calculado que en los últimos años el régimen dilapidó entre 300 mil y 400 mil millones de dólares. Véase la reseña, "Aseguran que régimen de Maduro robó al menos $300 mil millones", *Diario Las Américas*, 13 de septiembre de 2018, *https://www.diariolasamericas.com/america-latina/aseguran-que-regimen-maduro-robo-al-menos-300-mil-millones-n4162288.*

[34] Véase Tablante, Carlos y Tarre, Marcos, *El gran saqueo. Quiénes y cómo se robaron el dinero de los venezolanos,* Caracas, La Hoja del Norte, 2015.

[35] Véase Morales, Maru, "Bandes Francia pagaba 6 millones de euros al mes para galletas e insumos de oficina", *Crónica Uno*, 3 de abril de 2019, *http://cronica.uno/bandes-francia-pagaba-6-millones-de-euros-al-mes-para-galletas-e-insumos-de-oficina/.*

aún de los más prósperos y desarrollados económicamente del continente en el país más endeudado y miserable del mundo,[36] el cual, como indicamos, trágicamente ocupa el nivel de corrupción más elevado del continente y está entre los más corruptos del mundo.[37] Y no precisamente a causa de ninguna política neoliberal.

Al contrario, a causa de una política que ha conducido a que todo, o casi todo, dependa del Estado y de la actuación de su Administración y de sus funcionarios, que ha desarrollado un régimen político autoritario, con una democracia pervertida y distorsionada, donde no hay control entre los poderes y hay carencia de libertades; donde la transparencia desapareció, convirtiéndose a la Administración pública, para el ciudadano, en un gran centro venal y de chantaje, ante la cual, para poder recibir los más mínimos y elementales servicios, todos los habitantes, comenzando por los de a pie, tienen que pagar en forma previa e inmediata para recibir los servicios más elementales[38] y, lo más grave, renunciando a veces a ejercer su libertad a cambio de recibir dádivas.

Más trágico no puede ser lo que ocurrió en Venezuela, donde, por ejemplo, la prestación de los más precarios y elementales servicios de atención médica ha quedado supeditada al grado de apoyo al gobierno; llegándose al extremo de que en la ilegítima reelección presidencial de mayo de 2018 la entrega de comida y de otros subsidios a la población menos favorecida solo se produjo a cambio de que las personas votaran por el candidato del gobierno.[39] Sobre ello, incluso, en marzo de 2019, un grupo de médicos cuba-

---

[36] Véase la reseña "Venezuela tiene el mayor índice de miseria en el mundo, según Bloomberg", Gestión, *Agencia Bloomberg,* 19 de febrero de 2018, *https://gestion.pe/economia/venezuela-mayor-indice-miseria-mundo-bloomberg-227585.*

[37] Véase la reseña "Venezuela, entre los 12 países más corruptos del mundo según Transparencia Internacional. Venezuela es el latinoamericano peor situado, en el puesto 169, al mismo nivel que Irak", *El Nuevo Diario*, 21 de febrero de 2018, *https://www.elnuevodiario.com.ni/internacionales/456471-venezuela-corrupcion-transparencia-internacional/* y *https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2017_muestra_una_fuerte_presencia.*

[38] Véase Brewer-Carías, Allan R., "De la casa de cristal a la barraca de hierro: el juez constitucional vs. el derecho de acceso a la información administrativa", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 123, julio-septiembre de 2010, pp. 197-206.

[39] Véase el reportaje de Wyss, Jim y Weddle, Cody, "Maduro usa el hambre como arma política a cambio de votos", *El Nuevo Herald*, 16 de mayo de 2018. En el reportaje se recogen las apreciaciones de Luis Lander quien afirmó que: "en un país donde la mayoría depende de los subsidios para sobrevivir, el sistema se ha convertido en una herramienta electoral poderosa y perniciosa", que "está siendo claramente utilizado para amenazar a los votantes", quienes temen "que si no votan, podrían perder sus alimentos subsidiados por el gobierno". Igualmente, se recogen la apreciaciones de Michael Penfold, cuando afirmó que el perverso mecanismo "no solo anima a los partidarios del gobierno a ir a las urnas, dice, sino que

nos, de los contratados durante los últimos 20 años para trabajar sin licencia médica en Venezuela en los programas de atención de salud del régimen en las zonas populares, llegaron a denunciar públicamente que recibieron órdenes "de solo prestar servicios médicos a quienes votaran por Maduro, y de negarle tales servicios a quien no manifestara respaldo al gobierno".[40]

Las causas de la corrupción, por tanto, son otras muy distintas a la que apuntó el presidente López Obrador, y tienen que ver, insistimos, con el mal funcionamiento de los mecanismos de control establecidos en los regímenes democráticos, pues en los regímenes autoritarios simplemente desaparecen; es decir, tienen que ver, precisamente, con el mal funcionamiento de los elementos y componentes esenciales de la democracia mencionados, entre los cuales destacan el de siempre —el de la separación de poderes— y el de la independencia y autonomía efectiva de los mismos, y entre ellos, del Poder Judicial, cuya ausencia y deformación es lo que conduce a la impunidad; en fin, tienen que ver con las limitaciones impuestas al acceso a la información pública y con el mal funcionamiento de los sistemas para exigir la rendición de cuentas de la gestión pública.[41]

---

intimida a los votantes de la oposición a no morder la mano que literalmente los alimenta", agregando que si bien la compra de votos es tan antigua como las elecciones mismas, "esta nueva forma de clientelismo es posiblemente la más desarrollada y autoritaria de América Latina, y representa una amenaza colosal para el retorno de la democracia en Venezuela", *https://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article211236754.html.*

[40] Véase Casey, Nicholas, "Trading lifesaving treatment for Maduro votes", *The New York Times,* Nueva York, 17 de marzo de 2019, pp. 1 y 18. En el reportaje se recogen declaraciones de 16 médicos cubanos, donde exponen con todo dramatismo lo ocurrido, es decir, "un sistema de manipulación política deliberada en el que sus servicios se usaron para afianzar los votos del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), a menudo a través de la coerción", utilizándose muchas tácticas, "desde simples recordatorios para votar por el gobierno hasta denegar tratamiento a los simpatizantes de la oposición que tienen enfermedades mortales". "Los médicos cubanos comentaron que se les ordenó ir puerta por puerta en barrios pobres para ofrecer medicinas y advertir a los residentes que se les cortaría el acceso a los servicios médicos si no votaban por Maduro o por sus candidatos. Muchos dijeron que sus superiores les instruyeron a hacer las mismas amenazas en consultas a puerta cerrada con pacientes que buscaban tratamiento para enfermedades crónicas". Véase, igualmente, el reportaje en castellano de Casey, Nicholas, "Nicolás Maduro usó a médicos cubanos y a los servicios de salud para presionar a los votantes", *The New York Times.es,* 17 de marzo de 2019, *https://www.nytimes.com/es/2019/03/17/maduro-voto-medicinas-cuba/.* Sobre el mismo tema véase el reportaje "Votos a cambio de comida y medicinas, el método electoral de Maduro en 2018", *El Periódico,* 18 de marzo de 2019, *https://www.elperiodico.com/es/internacional/20190318/votos-comida-medicinas-metodo-electoral-maduro-7360323.*

[41] Por ello fue, precisamente, que los jefes de Estado y de Gobierno de los países americanos en la mencionada Octava Cumbre de las Américas de Lima, de abril de 2018, a lo que se comprometieron fue a adoptar medidas de orden institucional para "fortalecer las instituciones democráticas para la prevención y combate de la corrupción en el Hemisferio",

Y ello fue precisamente lo que sucedió en Venezuela —citamos a nuestro país como ejemplo, para no perdernos en teorías—, nación que otrora fuera envidiada por la estabilidad de sus instituciones democráticas, donde se produjo una total depravación de las instituciones del Estado,[42] las cuales, una vez corrompidas, desnaturalizaron el principio de la legitimidad democrática de los representantes del pueblo; distorsionaron el sistema electoral; neutralizaron o aniquilaron el principio de la separación de poderes; sometieron los poderes del Estado al control del Ejecutivo; trastocaron el principio de la descentralización política, centralizándose el poder y, con ello, eliminaron la posibilidad misma de participación ciudadana; eliminaron el derecho de acceso a la información y toda posibilidad de que los ciudadanos pudieran exigir transparencia en la gestión pública; eliminaron la autonomía del Poder Judicial, y convirtieron al juez constitucional[43] en el más perverso instrumento del autoritarismo,[44] para moldear y malear la Constitución. El juez constitucional, al abandonar su rol esencial de preservar la supremacía constitucional pasó, al contrario, a asegurar la impunidad de sus violaciones, trastocándose el régimen, globalmente, en una paradójica y extraña "dictadura judicial",[45] para destruir[46] y corromper la democracia.

---

entre las cuales destacan el fortalecimiento de "la autonomía e independencia judicial con el objeto de promover el respeto al Estado de Derecho y el acceso a la justicia, así como promover e impulsar políticas de integridad y transparencia en el sistema judicial", la consolidación de "la autonomía e independencia de los órganos de control superior", y el fomento de "medidas que promuevan la transparencia y rendición de cuentas" en todos los órdenes vinculados con el manejo de recursos públicos. Véase "Cumbre de las Américas: países suscriben Compromiso de Lima", *El Comercio,* 14 de abril 2018, *https://elcomercio.pe/politica/cumbre-americas-paises-compromiso-lima-noticia-512110.*

42 Véase Brewer-Carías, Allan R., *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica*, Miami, EJV International, 2016, *https://www.mdc.edu/catedra/img/Principios%20del%20estado%20de%20derecho%20-%20Brewer%20Carias.pdf.*

43 Véase Brewer-Carías, Allan R., *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008 2012)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Universidad Metropolitana-EJV, 2012, col. Justicia, núm. 3, Acceso a la Justicia; *La patología de la justicia constitucional*, 3a. ed., Caracas, EJV Editorial, 2015.

44 Véase Brewer-Carías, Allan R., *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV-Universidad Central de Venezuela, 2007, col. Instituto de Derecho Público, núm. 2; "El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 180, 2009, pp. 383-418, y en *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 21, junio de 2009.

45 Véase, sobre ello, Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho*, Caracas, EJV, 2016, col. Estudios Políticos, núm. 13.

46 Véase Brewer-Carías, Allan R., *Dismantling Democracy in Venezuela. The Chávez authoritarian experiment*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010; *El Estado totalitario y desprecio*

Ese proceso llevó incluso al Tribunal Supremo, por ejemplo, a cerrar toda posibilidad de transparencia, primero en 2010, al negar el derecho ciudadano de acceso a la más elemental información administrativa, como es la relativa a las remuneraciones pagadas a los funcionarios, nada menos que de la Contraloría General de la República, considerando que, frente a tal derecho ciudadano que se ejercía, el derecho a la privacidad o "intimidad económica" de los funcionarios era el que insólitamente privaba;[47] y poco tiempo después, en 2015, al negar el derecho ciudadano a conocer los indicadores económicos del país, liberando el Tribunal Supremo al Banco Central de su obligación de publicarlos,[48] convirtiéndose así Venezuela, des-

---

a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela, 2a. ed., pról. de José Ignacio Hernández, Caracas, Fundación de Derecho Público-EJV, 2015; *Authoritarian Government v. The Rule Of Law. Lectures and Essays (1999-2014) on the Venezuelan Authoritarian Regime Established in Contempt of the Constitution*, Caracas, Fundación de Derecho Público-EJV, 2014.

[47] La Sala Constitucional llegó a argumentar que en Venezuela "no existe una ley general que obligue a que se hagan públicos los salarios de los funcionarios del gobierno, en cambio en otros países, como los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, la gran mayoría de los salarios de los altos funcionarios del gobierno federal se aprueban y se fijan por Ley, lo que implica su publicidad obligatoria. En cambio, en nuestro ordenamiento jurídico, la información sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos está señalada bien de manera global en las partidas presupuestarias que se incluyen anualmente en la Ley de Presupuesto, donde se indican los montos asignados a cada ente u órgano de la administración pública para las remuneraciones de personal; o bien en los Manuales de Cargos y Salarios, en los que no se distingue a qué funcionario en concreto le pertenece la remuneración, pues ello es información que pertenece al ámbito íntimo de cada individuo. / Por otra parte, el carácter reservado de la declaración de impuesto sobre la renta, o de la declaración de bienes que los funcionarios públicos realizan ante la Contraloría General de la República demuestra que tal información no es un dato de difusión pública, pues se trata de información que se contrae a la esfera privada o intimidad económica de los funcionarios". Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Caso Asociación Civil Espacio Público.* 15 de julio de 2010, núm. 745, *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/745-15710-2010-09-1003.html*. Véase, sobre dicha sentencia, Brewer-Carías, Allan R., "De la casa de cristal a la barraca de hierro…", *cit.*

[48] Véase sentencia núm. 935, de 4 de agosto de 2015 (Caso *Asociación Civil Transparencia Venezuela v. Banco Central de Venezuela*), *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/180378-00935-5815-2015-2015-0732.HTML*. Véase, sobre dicha sentencia, Brewer-Carías, Allan R., "El secreto y la mentira como política de Estado y el fin de la obligación de transparencia. De cómo el Tribunal Supremo de Justicia liberó inconstitucionalmente al Banco Central de Venezuela de cumplir su obligación legal de informar al país sobre los indicadores económicos, arrebatándole a los ciudadanos sus derechos a la trasparencia gubernamental, de acceso a la justicia y de acceso a la información administrativa", 10 de agosto de 2015, *http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2015/08/114.-Brewer.-LO-SECRETO-Y-LA-MENTIRA-COMO-POL%C3%8DTICA-DE-ESTADO-Y-EL-FIN-DE-LA-OBLIGACI%C3%93N-DE-TRANSPARENCIA.pdf.*

de 2015, en un país en el cual simplemente no hay indicadores económicos oficiales conocidos.[49]

En ese proceso desenfrenado, que acabamos de señalar, desarrollado en contra de previsiones expresas de la Constitución, fue el propio juez constitucional el que en Venezuela dio un *golpe de Estado* continuado,[50] que también se produce cuando los órganos del Estado irrumpen contra la Constitución.[51] Y fue en esa forma como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, actuando siempre controlada por el Poder Ejecutivo, llegó incluso a arrogarse la totalidad del poder del Estado, habiendo asumido, en medio de la más global corrupción institucional, el liderazgo en el proceso de depredación de las instituciones democráticas del país, afianzando el autoritarismo.

Todo ello se acrecentó hace varios años, después del triunfo de la oposición en las elecciones parlamentarias de 6 de diciembre de 2015, a partir de lo cual el juez constitucional asumió la misión precisa de impedir que la representación popular, encarnada en la nueva electa Asamblea Nacional, pudiera llegar a ejercer sus funciones constitucionales.

Hasta entonces, el régimen autoritario había estado habituado a tener el poder total, razón por la cual era obvio que sus conductores no podían tolerar que la oposición democrática controlara la Asamblea Nacional. Por ello, a partir de 2016, el régimen definió como estrategia que fuera el Tribunal Supremo el que aniquilara a la Asamblea Nacional, lo que comenzó a ejecutar incluso antes de que la misma se instalara en enero de 2016,[52]

---

[49] Basta consultar la prestigiosa Revista *The Economist* para constatar cómo en su última página, donde siempre se publican los indicadores económicos de los países del mundo, Venezuela dejó de existir para esos efectos. A fines de mayo de 2019, sin embargo, por primera vez en varios años, el Banco Central de Venezuela publicó algunos indicadores económicos, con los cuales se confirmó la catástrofe ocurrida en el país en los años recientes. Véase el reportaje de *Forbes*, "Banco Central confirma hundimiento de la economía venezolana", *Msn. noticias*, 29 de mayo de 2019, *https://www.msn.com/es-mx/noticias/otras/banco-central-confirma-hundimiento-de-la-econom%C3%ADa-venezolana/ar-AAC5k7k.*

[50] Véase Brewer-Carías, Allan R., *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional. De cómo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impuso un gobierno sin legitimidad democrática, revocó mandatos populares de diputada y alcaldes, impidió el derecho a ser electo, restringió el derecho a manifestar, y eliminó el derecho a la participación política, todo en contra de la Constitución*, 2a. ed., pról. de Francisco Fernández Segado, Caracas, EJV, 2015, col. Estudios Políticos, núm. 8.

[51] Véase Valadés, Diego, *Constitución y democracia,* México, UNAM, 2000, p. 35; y "La Constitución y el poder", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, Cámara de Diputados-UNAM, 2000, p. 145.

[52] Véase sentencia de la Sala Electoral núm. 260, de 30 de diciembre de 2015, *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML.* Véanse los comentarios en Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho*, Madrid, Iustel, 2017, pp. 154 y ss.

suspendiendo la proclamación de los diputados electos en un estado de la República (Amazonas), y así romper la mayoría calificada que había logrado la oposición en el Parlamento. El Tribunal Supremo, meses después, luego de que dichos diputados se juramentaron el 28 de julio de 2016, declaró no solo que tal juramentación era invalida, inexistente e inefectiva, sino que, además, todos los "actos o actuaciones *que en el futuro* dictare la Asamblea Nacional" serían nulos e inexistentes.[53]

A ello le siguió una serie sucesiva de sentencias del juez constitucional, declarando en "desacato" no a los diputados que supuestamente habrían incumplido una medida judicial cautelar, sino a la Asamblea Nacional *in toto*,[54] como organización —lo que no tiene asidero jurídico alguno— y, además, nulas todas sus actuaciones futuras, a lo que siguió la decisión del Poder Ejecutivo de simplemente quitarle el presupuesto a la Asamblea Nacional, negándole los recursos para su funcionamiento.[55]

Es decir, a través de unas 100 sentencias dictadas a partir de 2016, la Sala Constitucional aniquiló la representación popular[56] y produjo una "al-

---

[53] Véase sentencia de la Sala Electoral núm. 108, de 1 de agosto de 2016, *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205.HTML.* Véanse los comentarios en Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura judicial y perversión…*, *cit.,* pp. 33 y ss.

[54] Comenzando con la sentencia núm. 808, de 2 de septiembre de 2016, *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML.* Véanse los comentarios en Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura judicial y perversión…, cit.,* pp. 191 y ss.

[55] Véase Zavala, Yelesza, "Maduro: Si la AN está fuera de ley yo no puedo depositarle recursos", *Noticiero Digital*, 2 de agosto de 2016, *http://www.noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?t=38621.*

[56] Así, sucesivamente, la Sala Constitucional procedió *i)* a declarar la inconstitucionalidad de todas —si todas— las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional desde que se instaló en enero de 2016; *ii)* a someter la función de legislar de la Asamblea Nacional a la obtención de un visto bueno por parte del Poder Ejecutivo; *iii)* a eliminar todas las funciones de control político de la Asamblea Nacional sobre el gobierno y la Administración pública, y por tanto, cualquier asomo de control parlamentario de la corrupción administrativa; *iv)* a eliminar la posibilidad de aprobar votos de censura contra a los ministros; *v)* a eliminar la obligación del presidente de la República de presentar su memoria anual ante la Asamblea Nacional asumiendo la propia Sala Constitucional tal función; *vi)* a eliminar la función legislativa en materia de presupuesto, convirtiendo la ley de Presupuesto en un decreto ejecutivo para ser presentado, no ante la Asamblea Nacional, sino ante la Sala Constitucional, con lo cual desapreció la disciplina presupuestaria; *vii)* a eliminar incluso la potestad de la Asamblea Nacional de emitir opiniones políticas como resultado de sus deliberaciones, anulando todos los acuerdos que se adoptaron; *viii)* a eliminar la potestad de la Asamblea de revisar sus propios actos y de poder revocarlos, y, finalmente, *ix)* a eliminar el control parlamentario sobre la declaratoria de estados de excepción. Véanse los comentarios a todas estas sentencias en Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura judicial y perversión…, cit.*; *La consolidación de la tiranía judicial. El juez constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto,* Caracas-Nueva York, JVI, 2017, col. Estudios Políticos, núm. 15.

teración grave del orden democrático", producto de la corrupción política o institucional del régimen, contra lo cual no solo reaccionó la propia Asamblea Nacional,[57] sino el secretario general de la Organización de los Estados Americanos (OEA), doctor Luis Almagro, quien procedió a solicitar (en mayo de 2016) la convocatoria del Consejo Permanente de la Organización, para aplicar a Venezuela precisamente la Carta Democrática Interamericana (art. 20).[58]

Para ello, Luis Almagro denunció, aun cuando para ese entonces no era nada nuevo,[59] que en el país ya no existía "una clara separación e independencia de los poderes públicos", dándose "uno de los casos más claros

[57] Ante todo ello, ciertamente, la Asamblea Nacional reaccionó en mayo de 2016 ("Acuerdo exhortando al cumplimiento de la Constitución, y sobre la responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral para la preservación de la paz y ante el cambio democrático en Venezuela", 10 de mayo de 2016, *http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_d75ab-47932d0de48f142a-739ce13b8c43a236c9b.pdf),* denunciando precisamente la ruptura del orden constitucional y democrático en el país, a manos del juez constitucional y del Poder Ejecutivo, los cuales corrompiendo las instituciones del Estado, desconocieron la soberanía popular. el acuerdo de la Asamblea Nacional fue específicamente analizado por el muy importante grupo de los 22 expresidentes latinoamericanos que integran la "Iniciativa Democrática de España y las Américas [IDEA]", en una declaración de fecha 13 de mayo de 2016, en la cual destacaron todos los signos de la corrupción del Estado de derecho en el país, exigiéndole al presidente de Venezuela, respetar "sin restricciones el mandato de cambio democrático y constitucional que decidió la mayoría del pueblo de Venezuela el 6 de diciembre de 2015", exhortándolo a no utilizar "a los demás poderes del Estado para impedir u obstaculizar las acciones que adelanta constitucionalmente la Asamblea Nacional para resolver la grave crisis que aqueja al país", denunciando finalmente "el activismo político partidista del Tribunal Supremo de Justicia" y, en general, "el desconocimiento por el Ejecutivo Nacional y por el Tribunal Supremo de Justicia, de la autoridad de la Asamblea Nacional, cuerpo representativo del pueblo venezolano, cuya legitimidad deriva de la expresión mayoritaria del electorado y de la soberanía popular", Véase IDEA, "Declaración sobre la ruptura del orden constitucional y democrático en Venezuela", 13 de mayo de 2016, *http://www.fundacionfaes.org/es/preview/no-ticias/45578*. El acuerdo legislativo adoptado, en todo caso, fue *ipso facto* suspendido en sus efectos por el propio juez constitucional (sentencia núm. 478, de 14 de mayo de 2016) al decidir una disparatada acción de amparo constitucional intentada por el Estado contra el Estado, es decir, por el abogado de la República (procurador general de la República), contra los diputados de la Asamblea Nacional, *http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/188339-478-146-16-2016-16-0524.HTML.*

[58] Véase la comunicación del secretario general de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el "Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana", *oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.*

[59] Ello, por supuesto, no es nada nuevo, como lo observamos ya en 2002: Brewer-Carías, Allan R., *La crisis de la democracia venezolana. La Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Caracas, Los Libros de El Nacional, 2002, col. Ares. Véase además un resumen de las violaciones a la Carta Democrática hasta 2012 realizado por Brewer-Carías, Allan R. y

de cooptación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo",[60] con un Tribunal Supremo integrado en forma "completamente viciada tanto en el procedimiento de designación como por la parcialidad política de prácticamente todos sus integrantes".[61] Esas fueron sus palabras.

En esa situación, como lo expresó el mismo secretario general Almagro en agosto de 2016, lo que se apreciaba en Venezuela era, simplemente, "el lamentable final de la democracia", o sea, "la terminación del Estado de Derecho", considerando —dijo— que ya "ningún foro regional o subregional podía desconocer la realidad de que *hoy en Venezuela no hay democracia ni Estado de Derecho*".[62]

Y ello era evidente, porque la corrupción institucional global del Estado venezolano ya había tenido efectos perversos en esos foros internacionales, particularmente en la OEA, a través del control de votos de los Estados a cambio de la factura petrolera, particularmente antes de la llegada del doctor Almagro a la Secretaría General.

Para no especular, basta recordar sobre ello las explicaciones que en 2014 dio el excanciller de Perú, Luis Gonzalo Posada,[63] tocando uno de los secretos más publicitados sobre el funcionamiento de la OEA, que, según dijo en aquel momento, era que el organismo que "defendía los intereses del régimen venezolano", refiriéndose a la vergonzosa decisión adoptada unos días antes, con el voto de 22 países de los 38 que se expresaron, siguió ciegamente la línea del gobierno venezolano, rechazando la invitación que el gobierno de Panamá le había hecho a la diputada venezolana María Corina Machado para que hablara sobre la situación política en el país y sobre la represión del gobierno contra los estudiantes. A ese rechazo lo calificó el excanciller de Perú como la consumación, en la OEA, de un "golpe de

---

Aguiar, Asdrúbal, en Asdrúbal Aguiar, *Historia inconstitucional de Venezuela. 1999-2012*, Caracas, EJV, 2012, pp. 511-534.

[60] Véase la comunicación del secretario general de la OEA de 30 de mayo de 2016 con el *Informe sobre la situación en Venezuela …, cit.,* p. 73, *oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf.*

[61] *Ibidem*, p. 127.

[62] Véase el texto de la exposición del secretario general Luis Almagro ante el Consejo Permanente de la OEA, 23 de junio de 2016, *http://www.elnacional.com/politica/PresentacindelSecretarioGeneraldelaOEAante_NACFIL20160623_0001.pdf,* y el texto de la carta abierta del secretario general Luis Almagro a Leopoldo López, *Lapatilla.com,* 22 de agosto de 2016, *http://www.lapatilla.com/site/2016/08/22/almagro-a-leopoldo-lopez-tu-injusta-sentencia-marca-unhito-el-lamentable-final-de-la-democracia-carta/*.

[63] Véase Cruz, Rodrigo, "Hoy se ha consumado un golpe de estado chavista en la OEA. El ex canciller Luis Gonzales Posada aseveró que el organismo interamericano defiende los intereses del régimen venezolano", *El Comercio,* Lima, 21 de marzo de 2014, *http://elcomercio.pe/politica/internacional/hoy-se-ha-consumado-golpe-estado-chavista-oea-noticia-1717550.*

estado chavista"; agregando que —cito—: "Hoy el chavismo ha demostrado su inmenso poder dentro de la organización al manejar los 17 votos del Caribe a través de petróleo barato, además del de sus socios políticos [de entonces] como Argentina, Brasil, Uruguay, Ecuador y Bolivia. Todos ellos en su conjunto hacen una mayoría absoluta de 22 votos contra 11 países, que no están en esa línea".

A ello agregó el canciller peruano que se estaba "ante una institución controlada a través de la influencia petrolera", que tenía —dijo— "el padrinazgo de 3 países que aparentemente están comprometidos por la democracia, pero que a la hora de la verdad se constituyen en centro de protección de un modelo político autoritario". Se refería "directamente al Brasil, a la Argentina y a Uruguay", añadiendo que ello era muy grave, "[…] porque cualquier tema sustantivo para los países americanos no podrá tratarse si no se tiene el beneplácito de Venezuela, quien es el que gobierna esta institución desde hace muchos años […]".

Todo ello lo denunció el entonces canciller de Perú en 2014, considerando que el secretario general de entonces le debía "su elección al chavismo", afirmando que la OEA había terminado siendo "un organismo formado por un régimen totalitario", constituyendo ello —señaló— una "página de oscuridad que se está escribiendo en América Latina" que no se podía "mantener en silencio".[64]

Ese trágico panorama de corrupción institucional internacional, que afortunadamente comenzó a cambiar a raíz de la elección del doctor Luis Almagro como secretario general de la Organización, en su momento tuvo, sin embargo, varias secuelas, entre las cuales se encuentra, por ejemplo, la elección de algunos de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en 2012,[65] quienes, en algunos casos, lamentablemente, no supieron o no quisieron independizarse del chantaje del régimen autoritario que los eligió.

Lo anterior, en nuestro criterio, ocurrió al menos en un caso que conocemos bien, el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, decidido en 2014,[66] con los votos de los jueces nacionales de Brasil y Uruguay, países que en

---

64 *Idem.*

65 En la XLII Asamblea General de la OEA celebrada en Cochabamba, se eligieron como jueces, además de al distinguido y honorable juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), a los señores Humberto Sierra Porto (Colombia) y Roberto de Figueiredo Caldas (Brasil), quienes se agregaron a los cuatro jueces que estaban en ejercicio, quienes eran los honorables y distinguidos jueces Manuel Ventura Robles (Costa Rica) y Eduardo Vio Grossi (Chile), y los señores Diego García Sayán (Perú) y Alberto Pérez Pérez (Uruguay).

66 Véase la sentencia en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf.*

ese momento, en palabras del excanciller Gonzalo Posada (junto con Argentina), se habían constituido en el "centro de protección de un modelo político autoritario" de Venezuela; a quienes se sumó el juez nacional de Colombia, país que aun cuando Gonzalo Posada no lo incluyó en el grupo de protección del modelo autoritario venezolano, tenía a Hugo Chávez como "su nuevo mejor amigo", en medio del proceso de paz que adelantaba bajo su manto;[67] y, además, se sumó el juez nacional de Perú, quien al momento de dictarse la sentencia era nada menos que candidato a la secretaría general de la misma OEA, y quien mientras juzgaba a los Estados estaba en campaña buscado votos de los mismos para que apoyaran su candidatura.[68]

La emisión de esa sentencia coincidió, además, con el ejercicio de la más abierta e indebida presión política que Venezuela ejerció contra la propia Corte IDH, expresada por el entonces canciller Nicolás Maduro en el texto de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dirigida en 2012[69] al secretario general de la

[67] Expresión utilizada por el entonces candidato Juan Manuel Santos, y luego presidente de Colombia, en relación con el presidente de Venezuela. Véase el reportaje "Santos dice que Chávez es «su nuevo mejor amigo». Asegura además que si bien ninguno de los dos ha sido «santo de la devoción» del otro, él decidió que de llegar a la presidencia debía mejorar las relaciones con su vecino, lo cual comenzó en agosto con el restablecimiento de los lazos diplomáticos", *Revista Semana*, 7 de noviembre de 2010, *http://www.semana.com/mundo/articulo/santos-dice-chavez-su-nuevo-mejor-amigo/124284-3*. Este vínculo continuó posteriormente, después del fallecimiento de Chávez. Véase, por ejemplo, el reportaje "Colombia y Venezuela, de nuevo mejores amigos. Cancilleres y ministros de ambos países evaluaron las cooperaciones en seguridad, energía y comercio", *Revista Semana*, 2 de agosto de 2013, *http://www.semana.com/nacion/ar-ticulo/colombia-venezuela-nuevo-mejores-amigos/352865-3*.

[68] Es decir, el juez que debía juzgar a los Estados estaba en campaña para buscar el apoyo de los mismos, comenzando por Venezuela y sus aliados; lo que provocó la emisión de una "Constancia de Desistimiento" por parte de los honorables Jueces Eduardo Vio Grossi y Manuel Ventura, expresando "su disconformidad" con la desviada decisión de permitir que el juez candidato a la Secretaría de la OEA pudiese participar en las deliberaciones de las sentencias.

[69] La denuncia, formulada mediante comunicación núm. 125, de 6 de septiembre de 2012, se hizo en ejecución, incluso de los exhortos que le había hecho la Sala Constitucional al Ejecutivo, tanto en 2008 —véase la sentencia de la Sala Constitucional núm. 1.939, de 18 de diciembre de 2008, conocida como *Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*, y que más bien debió denominarse *Estado de Venezuela vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, porque el Sr. Álvarez y los otros en realidad sino los abogados del Estado (Procuraduría General de la República). En la misma, la Sala declaró inejecutable en el país la sentencia que había dictado la Corte IDH cuatro meses antes, el 5 de agosto de 2008, en el *caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, en la cual se había condenado al Estado venezolano por la violación de los derechos al debido proceso de unos jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, quienes habían sido destituidos de sus cargos sin

OEA,[70] donde acusó a la Comisión y a la Corte Interamericana de estar "secuestradas por un pequeño grupo de burócratas, desaprensivos", que habían convertido al Sistema Interamericano en el "arma política arrojadiza destinada a minar la estabilidad" del país, "adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos" del gobierno, y de ignorar, para decidir los casos, que era necesario "el agotamiento de los recursos internos del Estado".

Y lo más grave fue que, para fundamentar esa acusación, el entonces canciller llegó con toda insolencia a referirse no solo a varios asuntos decididos (*Ríos, Perozo y otros; Leopoldo López*; *Usón Ramírez*; *Raúl Díaz Peña*), sino a un caso que estaba pendiente de decisión ante la Corte, como fue precisamente el ya mencionado de *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela.*

Sobre ese asunto en particular, el entonces canciller Maduro, en su comunicación, expresó falazmente que el trámite había sido "admitido por la Comisión sin que el denunciante —refiriéndose a Allan R. Brewer-Carías— hubiera agotado los recursos internos", lo que era falso, y que la Comisión

---

garantía judicial alguna. Véase Brewer-Carías, Allan R., "La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte IDH, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela", en Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Direitos Humanos, Democracia e Integraçao Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pp. 661-670, y en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 13, 2009, pp. 99-136— como en 2012. Véase sentencia de la Sala Constitucional núm. 1547, de fecha 17 de octubre de 2011 (Caso *Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos*), dictada con motivo de otra "acción innominada de control de constitucionalidad" que fue intentada de nuevo por los abogados del Estado contra otra sentencia de la Corte IDH, esta vez la de 1 de septiembre de 2011, pronunciada en el caso *Leopoldo López vs. Estado de Venezuela*, en la cual la Corte IDH había condenado al Estado venezolano por la violación del derecho al sufragio pasivo del exalcalde, señor Leopoldo López, cometida por la Contraloría General de la República al establecer administrativamente una "pena" de inhabilitación política, contra el mismo, considerando que dicho derecho político conforme a la Convención (art. 32.2) solo podía ser restringido mediante sentencia judicial que imponga una condena penal, ordenando la revocatoria de las decisiones inconvencionales, *http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html.*

[70] Véase el texto en *http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2013/09/Carta-Retiro-CIDH-Firmada-y-sello.pdf*. Véase, entre otros, Ayala Corao, Carlos, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Valencia, núm. 20, segundo semestre del 2012; *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año X, núm. 2, 2012; *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, México, núm. 18, julio-diciembre de 2012; *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 131, julio-septiembre de 2012; *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Konrad Adenauer Stiftung-Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, *www.kas.de/uruguay/es/publications/20306/* y *www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?=dconstla.*

había instado al Estado venezolano a "adoptar medidas para asegurar la independencia del Poder Judicial" que ya estaba degradado, acusando a la Comisión y a la Corte de tener —citamos— un "comportamiento irregular injustificadamente favorable Brewer-Carías", la cual —dijo el entonces canciller—, desde "la sola admisión de la causa, apuntaló la campaña internacional de desprestigio contra Venezuela, acusándole de persecución política".

Más claro no podía ser el mensaje del Estado elector de los jueces recién nombrados en contra del denunciante Allan R. Brewer-Carías, contra el caso ante la Corte y contra los mismos jueces, advirtiéndoles a estos sobre lo "importante" y "grave" que era el caso *Brewer-Carías,* particularmente en relación con el tema del agotamiento de los recursos internos.

En esa situación, no es difícil imaginar qué pasó años después, cuando se dictó la sentencia (núm. 277, de 26 de mayo de 2014) en el mencionado caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*,[71] en la cual, con el voto conjunto negativo de los honorables jueces Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), que es lo único bueno del fallo, la Corte Interamericana, desconociendo su más tradicional jurisprudencia sentada desde 1987 en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,*[72] simplemente

---

[71] Véase la sentencia en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf*, Véase, sobre esta sentencia, Brewer-Carías, Allan R., *El* Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela *ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 277 de 26 de mayo de 2014,* Caracas, EJV, 2014, col. Opiniones y Alegatos Jurídicos, núm. 14.

[72] Véase Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1. En dicho caso, *Velásquez Rodríguez*, la Corte en efecto consideró lo siguiente: "91. La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la inefectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no solo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo".

Por ello, en definitiva, como lo observó el profesor Héctor Faúndez, al referirse al caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, "Curiosamente, la sentencia de la Corte Interamericana, apartándose de su práctica anterior, omitió examinar esta excepción preliminar junto con el fondo de la controversia, a fin de determinar si, en efecto, la presunta víctima había sido ob-

ordenó el archivo del expediente, ignorando que Brewer-Carías sí había agotado el único recurso interno disponible, que era la solicitud de nulidad o amparo penal,[73] negándole su derecho de acceso a la justicia internacional y protegiendo, en cambio, a un Estado corrupto,[74] que además se había burlado sistemáticamente de las propias decisiones de la Corte. Esta, en su sentencia, sin embargo, se abstuvo de juzgar lo que estaba más que probado,[75] que era que en Venezuela no había Poder Judicial ni Ministerio Público autónomos e independientes.[76] En esa situación, ordenar que la

---

jeto del ejercicio arbitrario del poder público, sin que hubiera recursos efectivos disponibles para subsanar esa situación, o sin que la víctima tuviera acceso a esos recursos. Como muy bien observan los jueces disidentes, esta es la primera vez en la historia de la Corte que ésta no entra a conocer el fondo del litigio para decidir si es procedente una excepción preliminar por falta de agotamiento de los recursos internos". Véase Faúndez Ledesma, Héctor, "El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso: Brewer-Carías (sentencia núm. 277, de 26 de mayo de 2014)", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 139, 2014, p. 216.

73 Los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura Robles en su voto conjunto negativo fueron claros y tajantes, al considerar que "[e]n el presente caso, los representantes del señor Brewer utilizaron los medios de impugnación previstos en la legislación venezolana —recursos de nulidad absoluta— para poder garantizar sus derechos fundamentales en el procedimiento penal" (párr. 50).

74 Con el voto favorable de los jueces Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia), presidente y ponente, Roberto F. Caldas (Brasil), Diego García-Sayán (Perú) y Alberto Pérez Pérez (Uruguay). Véase la sentencia *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_278_esp.pdf*. El juez Eduardo Vio Grossi, el 11 de julio de 2012, apenas el caso se presentó ante la Corte, muy honorablemente se excusó de participar en el mismo, conforme a los artículos 19.2 del Estatuto y 21 del Reglamento, ambos de la Corte Interamericana, recordando que en la década de los ochenta se había desempeñado como investigador en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, cuando Brewer-Carías era Director del mismo, precisando que aunque ello había acontecido hacía ya bastante tiempo, "no desearía que ese hecho pudiese provocar, si participase en este caso en cuestión, alguna duda, por mínima que fuese, acerca de la imparcialidad", tanto suya "como muy especialmente de la Corte". La excusa le fue aceptada por el presidente de la Corte el 7 de septiembre de 2012, después de consultar con los demás jueces, estimando razonable acceder a lo solicitado.

75 Dos meses antes de dictarse la sentencia, sobre la situación del Poder Judicial en Venezuela, enteramente corrompido por falta de independencia y autonomía, la Comisión Internacional de Juristas dio "cuenta de la falta de independencia de la justicia en Venezuela, comenzando con el Ministerio Público" que actuaba "sin garantías de independencia e imparcialidad de los demás poderes públicos y de los actores políticos", *http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf.*

76 Véase, entre otros trabajos, Brewer-Carías, Allan R., "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", *XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar, Estado de derecho, administración de justicia y derechos humanos*, Barquisimeto, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2005, pp. 33-174; "La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]", *Cuestiones*

víctima fuera a su país a perder su libertad, para entonces "acudir a esos recursos", como la propia Corte lo había decidido infinidad de veces, no era sino "una formalidad que carece de sentido".[77]

Esa decisión, como lo expresaron los magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, país sede de la Corte Interamericana, pesará "como una sombra en la trayectoria y jurisprudencia de la Corte Interamericana",[78] como quien escribe, personalmente no

---

Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007, Madrid, Centro Universitario Villanueva-Marcial Pons, 2007, pp. 25-57, y *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Caracas, año II, núm. 11, septiembre de 2007, pp. 122-138. Publicado en *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela…, cit.,* pp. 163-193; Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela, a los 12 años de vigencia de la Constitución de 1999 (o sobre la interminable transitoriedad que en fraude continuado a la voluntad popular y a las normas de la Constitución ha impedido la vigencia de la garantía de la estabilidad de los jueces y el funcionamiento efectivo de una "jurisdicción disciplinaria judicial"), *Independencia judicial*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia org.-FUNDEA-UNIMET, 2012, col. Estado de Derecho, t. I, 2012, pp. 9-103; "The government of judges and democracy. The tragic situation of the venezuelan judiciary", *Venezuela. Some Current Legal Issues 2014, Venezuelan National Reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law, Vienna, 20-26 July 2014*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2014, pp. 13-42.

[77] Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1, párr. 68. Como la propia Corte Interamericana lo interpretó en otra ocasión, "no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios", lo que ocurre "cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad". Véase Corte IDH. OC-9/87. Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8o. CADH). Opinión consultiva de 6 de octubre de 1987. Serie A, núm. 9, p. 24. Igualmente, Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70, p. 191; *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, núm. 71, p. 90; *Caso Bayarri vs. Argentina.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, núm. 187, p. 102; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C, núm. 198, p. 61; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 207, p. 129; *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C, núm. 223, p. 75.

[78] Opinión de los magistrados Jinesta Lobo, Castillo Víquez, Rueda Leal, Hernández López y Salazar Alvarado, expresada en la nota separada a la sentencia núm. 2015-11568 de 31 de julio de 2015; sentencia, dictada en el juicio de *habeas corpus* a favor del ciudadano Dan Dojc, en el proceso de extradición que se le seguía en Costa Rica a petición del Estado venezolano, *http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=644651&strTipM=T&strDirSel=direc*

dejaré de recordarlo cada vez que pueda, sobre todo porque con la misma se protegió a un Estado corrupto hasta los tuétanos[79] y se le negó justicia a la víctima, sin razón jurídica alguna.[80]

---

to&_r=1. Véase la noticia de prensa sobre dicha sentencia *http://www.nacion.com/sucesos/poder-judicial/Sala-IV-extradicion-cuestiona-Venezuela_0_1504049615.html.*

[79] *Idem*. En la nota anexa a la comunicación de denuncia de la Convención, el entonces Canciller fue más explícito en cuanto a la campaña de presión política que la misma Venezuela ejercía contra la Corte en relación con este caso aún no decidido, que provocaba precisamente el retiro de Venezuela, donde se indicó lo que sigue: "*Caso Allan Brewer-Carías contra Venezuela*. El 8 de septiembre de 2009, la Comisión admitió la petición hecha el 24 de enero de 2007 por un grupo de abogados, en la cual se alegaba que los tribunales venezolanos eran responsables de la «persecución política del constitucionalista Allan R. Brewer-Carías en el contexto de un proceso judicial en su contra por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución», en el contexto de los hechos ocurridos entre el ll y el 13 de abril de 2002. Cabe destacar que al mencionado señor Brewer-Carías se le sigue juicio en Venezuela por su participación en el golpe de Estado de Abril de 2002, por ser redactor del decreto mediante el cual se instalaba un Presidente de facto, se abolía la Constitución Nacional, se cambiaba el nombre de la República, se desconocían todas las instituciones del Estado; se destituían a todos los miembros y representantes de los Poderes Públicos, entre otros elementos. Al admitir la petición, la CIDH instó al Estado venezolano a «Adoptar medidas para asegurar la independencia del Poder Judicial» con lo cual prejuzgaba que dicha independencia no existía. El 7 de marzo de 2012, la Comisión informo al Estado venezolano que el caso sería llevado a la Corte, a pesar de que no se habían agotado los recursos internos. Este ejemplo es más grave, debido a que el juicio penal contra Allan Brewer no se ha podido llevar a cabo en Venezuela, en virtud de que nuestra legislación procesal penal no permite que el juicio pueda realizarse en ausencia del imputado, y es el caso que el imputado Brewer-Carías huyó del país, como se conoce públicamente encontrándose prófugo de la justicia hasta la fecha". Aparte de que yo no participé en conspiración alguna, ni redacté decreto alguno, ni me fugué en forma alguna, y de que el proceso aludido estaba extinguido desde diciembre de 2007 por una Ley de Amnistía, dictada por el presidente de la República mediante delegación legislativa sobre los hechos ocurridos entre el 11 y 13 de abril de 2002, de lo que no se percató el Canciller de Venezuela, al acusar a la Comisión de haber prejuzgado sobre la inexistencia de independencia judicial en Venezuela, cuando instó al Estado al admitir la denuncia para que adoptara las medidas necesarias "para asegurar la independencia del Poder Judicial", es de que el propio Estado, en esta comunicación dirigida a la Corte Interamericana en relación con un caso pendiente de decisión, prejuzgaba sobre los hechos que originaron la persecución política y daba por culpable a la víctima de lo que injustamente se le acusó, violándose de nuevo su derecho a la presunción de inocencia.

[80] La sentencia fue considerada por los honorables jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura Robles en su voto conjunto negativo, como contradictoria con "la línea jurisprudencial del propio Tribunal Interamericano en sus más de veintiséis años de jurisdicción contenciosa, desde su primera resolución en la temática de agotamiento de los recursos internos como es el *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, creando así un preocupante precedente contrario a su misma jurisprudencia y al derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano" (párr. 47). Considerando, además, dichos jueces que la decisión, era "un retroceso que afecta al sistema interamericano en su integralidad", con "consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia".

Y si no hay justicia, como lo escribió Quevedo hace siglos: "Si no hay justicia, ¡qué difícil es tener razón!"

Afortunadamente, nuevos aires soplan en la Corte Interamericana, al quedar en absoluta minoría la anterior mayoría controlada. Así, la Corte llegó a ser conducida por el honorable expresidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien, junto con el entonces juez Manuel Ventura, honrosamente firmó el voto negativo en nuestro caso.

Toda la situación anterior de corrupción política nacional e institucional, desarrollada tanto a nivel nacional como global y transnacional, que hemos querido ejemplificar con el caso específico de Venezuela, se produjo no como consecuencia de alguna política económica neoliberal ni por la carencia de regulaciones constitucionales, legislativas y convencionales, pues tenemos todas las imaginables para poder implementar los necesarios mecanismos de control sobre la Administración del Estado para lucha contra la corrupción, sino por la degradación de las instituciones democráticas.

En nuestro continente americano no hay país que no tenga leyes anticorrupción con severas sanciones; que no disponga de una contraloría general o tribunal de cuentas para vigilar sobre la disposición de los dineros, bienes, ingresos y gastos públicos; que no tenga leyes sobre protección del patrimonio público; o que no tenga leyes sobre transparencia y acceso a la información; o que no se haya adherido a las convenciones internacionales contra la corrupción, como la de las Naciones Unidas, de 2003, y la interamericana, de 1996.

Es decir, en todos nuestros países americanos tenemos regulaciones concretas para definir las políticas y prácticas de prevención de la corrupción; crear los órganos de prevención de la misma; establecer mecanismos para asegurar la rendición de cuentas; asegurar la probidad en la contratación pública para prevenir la corrupción; en fin, para asegurar la transparencia, los procedimientos administrativos, la información pública y la participación de la sociedad en la lucha contra la corrupción.

En otras palabras, no podemos pedir más normas ni procedimientos; debemos apuntar hacia otro lado y convencernos de que si no se establece un régimen político en el cual las instituciones del Estado y su Administración respondan realmente a los principios de un régimen democrático, sometido a controles,[81] tal como lo postula la Carta Democrática Interame-

[81] Véase, sobre ello, lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R., *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, CIEPROL-Consejo de Publicaciones-Universidad de Los Andes-EJV, 2004.

ricana, nada se podrá lograr contra la corrupción; un régimen político en el cual efectivamente "el poder pueda limitar al poder",[82] pues, en definitiva, solo controlando al poder es posible materializar todos los elementos y componentes fundamentales de la democracia y, entre ellos, la transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno; la rendición de cuentas por parte de los gobernantes, y el acceso a la información administrativa y a la justicia, la cual tiene que estar a cargo de jueces autónomos e independientes que puedan asegurar que no haya impunidad.

Y todo ello en un régimen conducido por partidos políticos que estén determinados, individualmente y en conjunto, a asegurar que los mecanismos de control funcionen.

Si no hay un régimen democrático, y si en el mismo no hay este compromiso, al contrario, todas las normas constitucionales, legales y convencionales que pueda haber se tornarán papel mojado en la lucha contra la corrupción, y volveremos, Congreso tras Congreso, reunión tras reunión, a seguir tratando este tema recurrentemente, como si fuera algo nuevo, que no lo es.

[82] Como lo postuló Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *De l'Esprit des Lois I*, París, G. Tunc, 1949, lib. XI, cap. IV, pp. 162 y 163.

CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE CONSTITUCIONALISMO Y CORRUPCIÓN

Diego VALADÉS*

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Corrupción, democracia, Estado de derecho, transparencia y desarrollo humano*. III. *Derecho al buen gobierno*. IV. *Desconstitucionalizar* vs. *reconstitucionalizar el Estado*. V. *Diseño constitucional y combate a la corrupción*. VI. *Internacionalizar la persecución de la corrupción*. VII. *Conclusión*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Esta obra, que he tenido el privilegio de coordinar junto con mi querido y admirado colega Antonio María Hernández, aborda las experiencias específicas de 12 países, en tres continentes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Guatemala, Italia, México, Perú, Singapur y Venezuela. En este ensayo se formulan reflexiones de carácter general, acompañadas por algunas propuestas para hacer frente al problema de la corrupción.

La corrupción es el vicio más extendido y antiguo del poder. Por esto mismo, para Victoria Camps también es el más sencillo de combatir, por cuanto no es un problema abstracto y tiene nombres propios.[1] La experiencia muestra que no es tan fácil conseguirlo, pues la corrupción tiene una gran capacidad osmótica, de manera que infiltra las esferas del poder incumbidas de combatirla y, además, se camufla de manera hábil y eficaz. En ocasiones, los corruptos mismos adoptan un discurso reiterado y convincente en contra de la corrupción, de suerte que distraen la atención, al

* Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, del Sistema Nacional de Investigadores y del Sistema Nacional de Creadores. Miembro de la Academia Mexicana de la Lengua, El Colegio Nacional y de El Colegio de Sinaloa.

[1] Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, p. 195.

tiempo que medran desde el poder. A veces persiguen a los corruptos *de la competencia*, por lo que reciben reconocimiento y apoyo mientras despejan el camino para sus propios excesos.

La utilización del discurso anticorrupción como estrategia diversiva para ocultar la corrupción propia se ve facilitada en los sistemas políticos cerrados, ajenos a los controles de una democracia establecida. También hay casos en los que el propósito de combatir la corrupción es genuino, pero la sola buena fe tampoco es bastante para alcanzar el éxito si no se dispone de un aparato institucional sólido, fundado en los principios del constitucionalismo. Por estas razones, en las páginas que siguen me interesa subrayar la relación entre constitucionalismo y corrupción.

II. Corrupción, democracia, Estado de derecho, transparencia y desarrollo humano

Es famosa la expresión del historiador inglés John Edward Acton en el sentido de que "el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente". Acton escribió esta sentenciosa afirmación en una carta dirigida al arzobispo Mandell Creighton en abril de 1887,[2] en la que analizaba el principio de infalibilidad papal adoptado por el Concilio Vaticano I en 1870, durante el papado de Pío IX, que otorgaba al monarca eclesiástico un poder absoluto. Luego agregaba que "los grandes hombres [aludía a los hombres de gobierno] casi siempre son malvados".

Acton nunca desarrolló una teoría a partir de su aseveración, pero en ella estaba presente su profundo conocimiento de la historia, en especial de la eclesial. La fuerza de su aserto consiste en señalar que la corrupción acompaña al poder, y que el grado de poder que se alcance determina el nivel de corrupción que se padezca. Ese poder, por otra parte, no es solo el político. Él no hizo la distinción ni tiene por qué hacerse cuando se caracteriza en general el posible comportamiento de quienes disponen de instrumentos para hacer prevalecer sus decisiones. Lo que Acton indicaba es que, cualquiera que sea la forma de ejercer el poder (p. ej., castrense, eclesiástico, económico o político), existe el riesgo de que se corrompa. Repárese en que él decía que el poder "tiende" a corromper, porque no es una fatalidad ineludible. La historia también da cuenta de gobernantes probos.

[2] Acton, J. E., *Lectures on Modern History*, Londres, Collins, 1960, p. 13. Para un análisis actual referido a México véase también Zaid, Gabriel, *El poder corrompe*, México, Penguin Random House, 2019.

Acton vivió en la Inglaterra victoriana. Fue una larga época de transición que permitió consolidar las instituciones constitucionales. Por siglos, la elección de miembros del Parlamento se había visto afectada por tres grandes formas de corrupción: *1)* compra directa de votos; *2)* sobornos mediante la ministración de alimentos y bebidas a los votantes, y *3)* otorgamiento de sinecuras a quienes controlaban a determinado número de electores. A partir de 1832, el Parlamento comenzó a dictar leyes para reducir los efectos de la corrupción, que culminaron con la Ley contra las Prácticas Ilegales y Corruptas de 1863.[3] El axioma de Acton, por ende, tenía una base empírica en la tradición política y eclesiástica de su país. Reducir la corrupción electoral fue un objetivo moral que se pudo alcanzar al complementarse con el objetivo político de fortalecer el sistema parlamentario británico en el siglo XX. En la actualidad se sabe de casos de corrupción, pero el sistema institucional ofrece respuestas eficaces que permiten contener la corrupción en niveles mínimos. Los episodios que adquieren notoriedad siempre son objeto de corrección inmediata.

El constitucionalismo contemporáneo provee instrumentos para limitar la corrupción, como son los sistemas representativos robustos y las libertades públicas que permiten a la sociedad conocer y pronunciarse en contra de las desviaciones del poder. El constitucionalismo también limita el patrimonialismo del poder, para lo cual la Administración pública debe ser profesional, regirse por el mérito y actuar de manera independiente a la política partidista. Conforme a la tesis de Acton, si se evita el poder concentrado, se atenúan los riesgos de la corrupción.

La corrupción no es un fenómeno aislado. En un sistema institucional puede haber áreas más o menos proclives a la corrupción, pero cuando esta es ostensible en algún ámbito significa que también afecta otros, así sean menos visibles. La corrupción desbordada suele resultar devastadora, porque contamina la estructura del poder; la constante histórica demuestra sus efectos desintegradores en los sistemas políticos que no aciertan a reducirla.

En los sistemas donde no está consolidada la democracia representativa el combate a la corrupción tiende a apoyarse en procedimientos persecutorios propios de los sistemas políticos cerrados. El poder concentrado hace que solo se responda ante el personaje situado en el peldaño superior de la jerarquía, hasta llegar al vértice de la estructura, el presidente. En estos casos, la corrupción llega a ser contemplada como un acto de desobediencia. Los esquemas adoptados en regímenes herméticos, como el chino, por

[3] *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, editado por Cocks, Barnett, Londres, Butterworth, 1971, p. 32.

ejemplo, aplican el patrón punitivo de que el poder, para paliar la erosión de un régimen sin sustento democrático, castiga de manera selectiva las desviaciones de conducta. Se mantiene así la disciplina interna y se procura la aprobación externa.

Ese modelo de controles interiores es explicable mientras no prosperan las instituciones democráticas que aportaron instrumentos más dinámicos de control horizontal y vertical del poder. Sostener solo ese tipo de respuesta es insuficiente. En la actualidad, uno de los instrumentos más eficaces para contrarrestar la corrupción reside en la libertad de información. Las investigaciones de los medios de comunicación, el acceso a la información y las redes sociales han servido para contener el flagelo corruptivo; sin embargo, esto tampoco es suficiente.

A lo largo de la historia, la tarea informativa ha sido crucial en la lucha por abrir espacios a los derechos y acortar territorio a la corrupción. Las escenificaciones dramáticas en el mundo clásico griego, el deambular de los juglares en el medievo o la intensidad panfletaria decimonónica contribuyeron a difundir los excesos del poder. La mayor exposición se debe a la conjunción de medios formales, impresos y electrónicos, con los informales, que incluyen a las redes sociales, influyentes por su penetración, mas no poderosas, por estar desestructuradas. Sin embargo, en cuanto a la corrupción, se registra la paradoja de su impunidad cuando se carecía de datos; y ahora que se dispone de evidencias tampoco es mucho lo que se consigue. Lo que antes se suponía ahora se sabe y, aun así, no ha bastado para desterrar la impunidad. La experiencia reciente muestra que conocer la corrupción, sin consecuencias, multiplica su práctica y propicia el cinismo. La información siempre ha sido relevante, pero por sí sola no es bastante para contener la corrupción si se carece de un entramado institucional capaz de reducir la impunidad a su menor nivel posible.

Cuando se conjugan los instrumentos informativos en manos de particulares y sistemas representativos bien diseñados, donde los congresos disponen de instrumentos adecuados de control, el resultado se traduce en una clase dirigente de mejor calidad y mayor honestidad. La británica es una de las democracias mejor construidas y de las más aptas para reducir al mínimo las prácticas de corrupción. Allí comenzó a construirse la más importante aportación a la democracia, desde la antigüedad griega y romana: el sistema representativo. El constitucionalismo inglés no comprimió la función representativa hasta encasillarla solo como *Poder Legislativo*. Por el contrario, mantuvo a los representantes como el eje del sistema de libertades ciudadanas y de responsabilidades políticas. En una magistral síntesis, Bagehot, una de las mentes más brillantes del constitucionalismo, identificó cinco funcio-

nes clave del Parlamento, en este orden: *1)* elegir al gobierno; *2)* expresar la voluntad del pueblo; *3)* enseñar al pueblo el valor de la política y del respeto; *4)* informar a la sociedad lo que hace el poder público y, al final, *5)* legislar.[4] Un sistema representativo con esa magnitud de funciones se convierte en un pilar de la institucionalidad. No es lo único que el sistema ha construido, también cuenta con uno de los más sólidos servicios civiles existentes, pero la base es un Parlamento actuante y un modelo de libertades públicas que pone en sinergia al sistema representativo y al sistema informativo.

La corrupción desprestigia la política. Reducir la corrupción es rescatar al sistema constitucional. Para tener éxito es indispensable modificar el ejercicio del poder. No es un desafío ético que se resuelva solo con actos de voluntad personal ni solo con medidas punitivas. La experiencia prueba que, además de las convicciones democráticas, se requiere de instituciones sólidas entre las que se prevean las responsabilidades políticas. La impunidad no se debe a la falta de normas para castigar la corrupción; lo que suele frustrar la lucha contra la corrupción es la organización del poder en la que prevalece el verticalismo. Si se eluden los problemas de fondo y no se rompe el nudo gordiano de la irresponsabilidad política, los procedimientos administrativos y penales adoptados no variarán los resultados de manera significativa.

Cuando la corrupción alcanza los niveles como los que se registran en la tercera década del siglo XXI solo puede ser vencida con innovaciones institucionales radicales. Mientras el poder siga muy concentrado y se carezca de instrumentos efectivos de control político sobre todos los órganos del poder, la lucha contra la corrupción será infructuosa, pues las medidas de carácter represivo son apenas una parte de la solución, pero por sí solas resultan insuficientes.

La relación entre la corrupción y el sistema institucional se puede apreciar de manera empírica a través de los indicadores que reflejan la situación de diferentes áreas en la vida del Estado. Para tener una imagen de los factores más relevantes, elegí los indicadores relativos a democracia, Estado de derecho, transparencia, desarrollo humano y corrupción, tomando los datos aportados por instituciones cuyas indagaciones son reconocidas por su solvencia técnica. Seleccioné los datos correspondientes a los países cuyos casos son examinados en este volumen. En el cuadro 1 presento los correspondientes a cada país seleccionado y, para facilitar el análisis, en el cuadro 2 identifico el lugar que ocupan esos países conforme a las cifras que constan en el primero. Los resultados son estos:

[4] Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 100 y ss.

Cuadro 1
Indicadores del desempeño institucional

País	*Democracia*[a] *(lugar entre 167 países)*	*Estado de derecho*[b] *(lugar entre 128 países)*	*Transparencia*[c] *(lugar entre 179 países)*	*Desarrollo humano*[d] *(lugar entre 193 países)*	*Corrupción*[e] *(puntuación: la mayor corrupción se acerca al cero)*
Argentina	48	48	78	46	40
Brasil	49	67	94	84	35
Chile	17	26	25	43	67
Colombia	46	77	92	83	36
España	22	19	32	25	58
Francia	24	20	23	26	72
Guatemala	97	101	149	127	27
Italia	29	27	52	29	52
México	72	104	124	74	28
Perú	57	80	94	78	36
Singapur	74	12	3	11	85
Venezuela	143	128	176	113	18

[a] The Economist: Democracy Index 2020.
[b] World Justice Project: Rule of Law Index 2020.
[c] Transparencia Internacional: Índice de percepción 2020.
[d] Organización de las Naciones Unidas: Índice de Desarrollo Humano 2020.
[e] Banco Mundial: Índice de percepción de corrupción 2018.

Cuadro 2
Posición relativa de cada uno de los países

País	*Democracia*	*Estado de derecho*	*Transparencia*	*Desarrollo humano*	*Corrupción*
Argentina	6	6	6	6	6
Brasil	7	7	8	10	9
Chile	1	4	3	5	3
Colombia	5	8	7	9	7

País	*Democracia*	*Estado de derecho*	*Transparencia*	*Desarrollo humano*	*Corrupción*
España	2	2	4	2	4
Francia	3	3	2	3	2
Guatemala	11	10	11	11	11
Italia	4	5	5	4	5
México	9	11	10	8	10
Perú	8	9	8	7	7
Singapur	10	1	1	1	1
Venezuela	12	12	12	12	12

Con el objeto de apreciar la importancia de los lugares y de los puntajes asignados a cada país, a continuación, en el cuadro 3 se presenta el esquema de factores considerados en cada uno de los conjuntos mencionados:

CUADRO 3
FACTORES DE CADA CONJUNTO

Conjunto	*Factores*
Democracia	Procesos electorales y pluralismo; funcionamiento del gobierno; participación política; cultura política; libertades civiles.
Estado de derecho	Límites al poder gubernamental; ausencia de corrupción; gobierno abierto; derechos fundamentales; orden y seguridad; cumplimiento de las normas; justicia civil y penal.
Transparencia	Abuso del poder; acceso a información pública; beneficio privado en el desempeño de funciones públicas.
Desarrollo humano	Esperanza de vida al nacer; tasa de alfabetización de adultos; matrícula en educación primaria, secundaria y superior; índice de pobreza.
Corrupción	Percepción sobre soborno a funcionarios gubernamentales y judiciales; malversación de recursos públicos; escándalos políticos; tráfico de influencias; financiación ilegal a partidos y a medios de comunicación; nepotismo; contratación sin concurso.

Para tener un referente que facilite contextualizar la información anterior, enseguida se presentan los resultados, procedentes de las mismas fuentes, tomando como base de la comparación a los cinco países mejor y peor clasificados en cuanto a democracia:

CUADRO 4
LOS MEJOR CALIFICADOS EN DEMOCRACIA

País	*Democracia (lugar entre 167 países)*	*Estado de derecho*[a] *(lugar entre 128 países)*	*Corrupción (puntuación: la menor corrupción se acerca al 100)*
Noruega	1	2	84
Irlanda	2	-	72
Suecia	3	4	85
Nueva Zelanda	4	7	88
Canadá	5	9	77

[a] El índice consultado no incluye a Chad, Corea del Norte, Irlanda, República Centroafricana ni Siria.

CUADRO 5
LOS PEOR CALIFICADOS EN DEMOCRACIA

País	*Democracia*[a] *(lugar entre 167 países)*	*Estado de derecho (lugar entre 128 países)*	*Corrupción (puntuación: la mayor corrupción se acerca al cero)*
Chad	163	-	21
Siria	164	-	14
República Central de África	165	-	26
República Democrática del Congo	166	126	18
Corea del Norte	167	-	18

[a] El índice consultado no incluye a Somalia, considerado en los demás índices como el Estado con mayor nivel de corrupción.

De manera general, es posible colegir que hay una relación inversa entre el desarrollo democrático y el rezago corruptivo, pues entre mayor es el primero, menor es el segundo. Entre los países analizados, esta línea solo presenta una interrupción significativa en el caso de Singapur, cuya posición como Estado democrático es muy baja (cerca de la mitad de la tabla en el índice consultado), mientras que su desempeño en cuanto a Estado de derecho, transparencia, desarrollo humano y combate a la corrupción es muy favorable. Si se examinan los cuadros 4 y 5, se verá que los datos son consistentes con la tendencia general apuntada con relación al cuadro 1, por lo que el caso de Singapur presenta peculiaridades que lo hacen una excepción dentro de la tendencia dominante.

Singapur se independizó de la Federación Malaya en 1965. Desde esta fecha y hasta 1990 fue gobernada por Lee Kuan Yew. Y su hijo, Lee Hsien Loong, gobierna desde 2004. Entre padre e hijo solo hubo un primer ministro. Según Lee, padre, la democracia consistía en celebrar elecciones periódicas. Durante un largo periodo el Partido Acción del Pueblo (PAP) actuó como partido único.[5] Para paliar el efecto de esta hegemonía, la Constitución dispone la presencia en el Parlamento de hasta nueve diputados designados por el presidente de la República y hasta 12 diputados adicionales al número total de los elegidos, correspondientes a partidos que no formen parte del gobierno (art. 39). Otro aspecto sensible en cuanto a los principios democráticos consiste en la flexibilidad que la propia Constitución asigna a los derechos fundamentales, y en particular a las libertades de expresión y de reunión, sujetas a las restricciones que la ley determine en función del orden, la seguridad y la moral (arts. 9o., 13 y 14). En esta medida el partido gobernante cuenta con un margen bastante amplio para decretar lo que entienda más conveniente para la estabilidad del Estado.

Ese nivel de discrecionalidad hace que la normativa y el funcionamiento del poder político reciban una baja calificación desde una perspectiva democrática. En contraste —y este es un caso excepcional—, el comportamiento de las autoridades se adecua a la preceptiva, y los indicadores de Estado de derecho, transparencia, desarrollo humano y corrupción se encuentran entre los que ofrecen buenos resultados. En los casos restantes, lo mismo del grupo de Estados a los que hace referencia esta obra que entre los de mejor o de peor calificación en materia democrática, la tendencia es bastante homogénea y confirma que a mayor democracia, menor corrup-

[5] Nam, Tae Yul, "Singapore's One-Party System: its Relationship to Democracy and Political Stability", *Pacific Affairs*, Vancouver, vol. 42, núm. 4, 1969-70, pp. 465 y ss.

ción y, viceversa, a menor vida democrática, mayores son también los déficits en los demás índices seleccionados.

El problema más relevante no es enunciar una relación más o menos obvia, sino determinar qué puede hacerse mediante los diseños constitucionales para salvar los escollos que impiden desarrollar la democracia y combatir la corrupción. La interrelación entre corrupción desmedida y exigüidad democrática hace que se produzca un circuito conforme al cual el déficit democrático acentúa la incidencia corruptiva y la proliferación corruptora precipita la caída democrática. Maquiavelo había advertido este fenómeno cuando contrapuso el *vivere corroto* al *vivere político*, significando con el primero la anomia y con el segundo la convivencia organizada por el Estado.[6]

Vistas las cosas así, parecería que no hay solución posible, por cuanto la corrupción asfixia a la democracia e impide que esta se vigorice para reducir aquella. La corrupción se realimentaría mediante una secuencia circular de los déficits institucionales ocasionados por la ausencia de democracia, Estado de derecho y transparencia, que harían imposible salir de la trampa. Sería un ensamble de adversidades que desencadenaría frustración, irritación y escepticismo sociales, integrándose así un escenario inmutable en el que la corrupción se perpetuaría.

Un conjunto de factores de ese género sería paralizante y las sociedades quedarían atrapadas, destinadas a consumir cantidades ingentes de energía y de tiempo sin salir del circuito negativo. Empero, la experiencia muestra que todos los sistemas se han corrompido, y que muchos han podido romper la redundancia de la corrupción. Para conseguirlo, en algún momento debieron romper la inercia que mantenían la circularidad de corrupción y déficits institucionales sistémicos. Ya se dijo más arriba que las solas soluciones coercitivas no son suficientes cuando la corrupción captura a múltiples agentes dentro del Estado y altera el conjunto de la vida institucional.

La corrupción no debe ser desestimada, ya que reproduce un modelo organizativo eficaz. Considerarla como un fenómeno desestructurado es un error que limita las posibilidades de combatirla. Su presencia tiene soporte en instituciones públicas y privadas, y si bien actúa de forma subrepticia, se vale de los recursos organizacionales de los espacios donde encuentra acogida. En los Estados con una capacidad combativa débil, la corrupción se vuelve autopoiética.[7] El concepto implica que la replicación se lleva a cabo

[6] Maquiavelo, Nicolás, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, en *Opere*, Turín, Einaudi-Gallimard, 1997, t. I, pp. 309 y ss.

[7] El concepto de *autopoiesis*, tomado por Luhman de las investigaciones de Humberto Maturana y Francisco Varela acerca de la capacidad celular de reproducirse a sí misma, opera

sin depender del entorno. Cuando el Estado se limita a combatir las exteriorizaciones de la corrupción al tiempo que deja subsistente su acción sistémica, las prácticas corruptas se multiplican como resultado de la impunidad.

Así como se sabe que donde hay sociedad hay derecho, también se sabe que donde hay poder hay corrupción. El ordenamiento jurídico es eficaz para hacer frente a la corrupción, en tanto que el poder esté diseñado de tal manera que no todos sus órganos se vean infiltrados por la corrupción al mismo tiempo y con igual intensidad; en cambio, es ineficaz a pesar de que algunos de sus órganos se mantengan ajenos a la corrupción, pero carezcan de instrumentos para identificar y corregir a los que hayan claudicado. Por este motivo, la sola separación de poderes es insuficiente para garantizar buenos resultados, pues su diseño puede favorecer la concentración de facultades en alguno de ellos, con lo cual los restantes órganos del poder quedan en desventaja. Las asimetrías entre los órganos del poder juegan como factores de potenciación para la corrupción y exponen a los órganos más fuertes a las patologías de la corrupción. Donde el poder no controla al poder, el poder sucumbe ante la corrupción que alcanza una dimensión exorbitante, conocida como *gran corrupción*, cuya irradiación la proyecta también hacia las esferas del poder económico y social.

Si los controles horizontales y verticales del poder están mal diseñados, no podrán dar respuestas eficaces ante la corrupción y será imposible romper el circuito que la sostiene y alimenta. Se hace necesario salir de esa circularidad y la experiencia institucional demuestra que esto solo es posible si se reforma el ejercicio del poder, de manera que primero se establezca el ejercicio controlado del poder para que el poder controlado pueda, a su vez, someter a la corrupción.

Los Estados libres de corrupción primero tuvieron sistemas controlados y luego funcionaron con probidad; lo contrario nunca se ha registrado en la historia de las instituciones públicas. Incluso en casos como el de Singapur, a pesar de sus restricciones a las libertades públicas, se ha diseñado un esquema de organización y funcionamiento que no da lugar al acaparamiento del poder político por parte de un solo órgano, y menos aún de un órgano personal de base plebiscitaria. El Código de Conducta de los Ministros, adoptado en 1954, tomó como base la práctica británica y se vio complementado por un servicio civil "bien entrenado, eficiente y honesto"[8] como factores de mitigación para la rigidez de la concentración

---

en el ámbito interno de los sistemas. Véase Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Universidad Iberoamericana-Alianza Editorial, 1991, pp. 56 y ss.

[8] Yl Tan, Kevin, *The Constitution of Singapore*, Portland, Hart Publishing, 2015, p. 115.

del poder político. Es previsible que esa república evolucione hacia una democracia plena, pues no tiene obstáculos que la dificulten. Este fue el proceso en otros sistemas, como el inglés.

La historia institucional muestra la presencia de la corrupción en todas las etapas de la vida del Estado, y deja ver cómo comenzó a decrecer a partir del surgimiento del Estado constitucional, dando lugar al tránsito de la Edad Moderna a la Edad Contemporánea. Los Estados antiguo, estamental y absoluto transcurrieron en medio de la corrupción. La supresión, o al menos la atenuación de la corrupción, fue posible gracias a que se introdujo una nueva dinámica institucional que se expresó en el constitucionalismo moderno y luego en el constitucionalismo democrático contemporáneo.

No hay posibilidad de errar cuando se recurre al laboratorio de las instituciones, donde se comprueba que las soluciones existen y funcionan. Para esto se tienen que superar las formas de concentración y de ejercicio patrimonialista del poder, lo cual no es sencillo, pues el apetito por el poder completo impide adoptar diseños de equilibrio y control.

También hay otro obstáculo. Las soluciones para la corrupción basadas en diseños institucionales democráticos requieren tiempo para dar resultados, y el combate a la corrupción se ha convertido en un estribillo político rentable en las agendas electorales. Denunciar a los corruptos y ofrecer su eliminación suele generar votos. Los apremios electorales y los ofrecimientos de hipotéticos resultados en el corto plazo permiten el acceso al poder. Si una vez alcanzado no se tienen la visión, la entereza y la congruencia de rediseñarlo, de manera inevitable se ahonda el circuito que favorece la permanencia de la corrupción. Esta solución es eficaz, pero presenta el inconveniente electoral de que no ofrece resultados súbitos; los efectos de la reforma del Estado siempre son progresivos, y esto es difícil de explicar a un electorado impaciente. Por lo general, los dirigentes políticos no asumen los riesgos de proponer soluciones a largo plazo.

El constitucionalismo democrático ofrece un extenso elenco de instituciones aptas para domeñar la corrupción, pero concierne a la política la decisión de adoptarlas y dar el margen de tiempo requerido para que entren en vigor, maduren y alcancen sus metas. Estas instituciones son, en esencia, un sistema de controles políticos intraorgánicos (gobiernos colegiados responsables, servicio civil de carrera robusto), de controles políticos interorgánicos (controles parlamentarios, derechos de las minorías parlamentarias, tribunales de cuentas, federalismo o regionalismo funcionales) y de controles sociales (instrumentos de acceso a la justicia, interdicción de la arbitrariedad, derecho a la verdad, defensa horizontal de los derechos humanos, medios de comunicación libres). El remedio para la corrupción está

en las instituciones, no en el voluntarismo que, en cambio, opera como un distractor provisional para la sociedad y deja intacta la inercia de la gran corrupción.

En materia de servicio civil es posible un esfuerzo de cooperación internacional que permita aprovechar la experiencia de los sistemas mejor consolidados. Está demostrada la relación inversa entre servicio civil y corrupción; pero la implantación del servicio civil genera una importante resistencia, pues afecta el ejercicio patrimonial del poder. En tanto que corrupción y patrimonialismo sigan corriendo por vías paralelas, el discurso anticorrupción no pasa de una simulación. Un servicio civil sólido y potente supone el ejercicio del poder de una manera diferente a la practicada por los sistemas de alta concentración de potestades. La implantación, desarrollo y consolidación de los servicios civiles llevan largo tiempo, por lo que no es una decisión que se traduzca en alta rentabilidad política para quien la asuma. Además, hay severas dificultades para implantar el servicio civil en condiciones de gran corrupción.

Las experiencias son muy aleccionadoras. Por ejemplo, el servicio civil danés comenzó en el siglo XVII, utilizándose como un instrumento para fortalecer la monarquía ante la nobleza. En 1821 fue aprobada una ley conforme a la cual, para ser parte del servicio civil, se requería la licenciatura en Derecho;[9] en Inglaterra, la abolición de las sinecuras y la profesionalización de la Administración pública inició también en el siglo XVII, y en 1840 ya funcionaba un sistema ajeno al tráfico político; en Francia, una exigencia de la Revolución fue sustraer la administración al favoritismo, aunque llevó mucho tiempo conseguirlo; en Estados Unidos, la Ley Pendleton, de 1883, fundó un servicio civil profesional, eficiente y autónomo de la política.[10] Los indicadores de éxito en el combate a la corrupción muestran el impacto favorable de ese tipo de medidas.

En general, las transiciones exitosas a la democracia o a la independencia poscolonial se han visto facilitadas por la presencia de estructuras administrativas solventes, ajenas a los procesos electorales y sustraídas al sistema patrimonialista.

---

[9] Mungiu-Pippidi, Alina, *The Quest for Good Governance. How Societies Develop Control of Corruption*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 71.

[10] En Estados Unidos el presidente designa alrededor de 4 000 personas para cargos administrativos, de los cuales 1 200 requieren confirmación senatorial. Joseph Biden tomó posesión el 20 de enero de 2021; dos meses después, el Senado solo había ratificado 29 nombramientos presidenciales. En ese periodo el presidente expidió 37 órdenes ejecutivas. *The Washington Post* publicó un reporte el 29 de marzo y subrayó que el presidente estaba gobernando con el apoyo profesional del servicio civil, *https://www.washingtonpost.com/politics/interactive/2020/biden-appointee-tracker/*.

III. Derecho al buen gobierno

Podría suponerse que hablar de un derecho al buen gobierno es una fórmula retórica. No lo veo así. La idea de un buen gobierno está asociada al funcionamiento legal, responsable y eficaz de los órganos de gobierno. El tema viene de muy lejos en el tiempo y todas las generaciones de cada espacio estatal han tenido su propia perspectiva.

Si uno de los objetivos del constitucionalismo es asegurar un ámbito de libertades, entre los propósitos de un buen gobierno se inscribe que esas libertades tengan sentido para quienes disfrutan de ellas. El constitucionalismo resuelve los problemas básicos de relación entre gobernados y gobernantes, y de los gobernados entre sí. En el horizonte del Estado contemporáneo, la discusión ya no atañe al elenco de derechos que fueron la bandera inicial del constitucionalismo; ahora es posible avanzar a otros niveles en el desarrollo de esos derechos.

Las libertades tienen sentido cuando su ejercicio depende de un ordenamiento conforme al cual cada persona tiene un rango cada vez más amplio de opciones en condiciones de igualdad, seguridad y regularidad, y dispone de las garantías para hacerlas valer. En la medida en que los órganos del poder obstaculicen las garantías que el ordenamiento establece, sobreviene una situación de desventaja para el gobernado, pues sus libertades se ven restringidas por factores fuera de su control democrático.

Las libertades también tienen sentido en tanto que las personas puedan ejercerlas para alcanzar los fines que el ordenamiento establece como lícitos. Toda transgresión por parte de terceras personas, incluidos los titulares de órganos del poder, que sin derecho coarten, limiten o condicionen el ejercicio de las libertades como resultado de complicidad, ineptitud, lenidad, violencia o por cualquier otra razón, hace que las libertades pierdan sentido, puesto que su ejercicio se vuelve arriesgado, difícil, imposible o improductivo.

Además de gozar de libertades que tengan sentido, otra forma de ver el buen gobierno consiste en identificar su opuesto: es mal gobierno aquel que incumple la ley por omisión o comisión, y el que, aun acatando la ley, actúa de manera deficiente o insuficiente, ocasionando con ello un déficit de gobernabilidad. Esta última y la legalidad son el eje del buen gobierno, y los gobernados tienen derecho a que los órganos del poder actúen siempre conforme a derecho y a los fines del Estado constitucional. La gobernabilidad tiene que ver con los múltiples temas concernidos con el Estado constitucional, como la legitimidad de las instituciones y de sus titulares, la legalidad en el desempeño de sus funciones por parte de los funcionarios públicos; las relaciones entre los órganos del poder; los instrumentos de

control político y jurisdiccional; el sistema representativo y de partidos, y la opinión pública, por ejemplo.

Por eso, en el diseño de las instituciones constitucionales se debe incluir la valoración que la sociedad hace de ellas y de los resultados que ofrecen en cuanto al equilibrio entre los órganos del poder, la prestación de satisfactores para las necesidades colectivas, las acciones jurídicas y políticas para mantener la cohesión social, las medidas para alcanzar y asegurar la justicia, la equidad en las relaciones sociales y la protección del ambiente, y la probidad con la que actúen los funcionarios públicos de todos los niveles. La corrupción, por consiguiente, es un factor que altera el buen gobierno al que tiene derecho la sociedad.

El buen gobierno está obligado a racionalizar el ejercicio del poder. Cuando quienes gobiernan no resuelven los conflictos que afectan la convivencia social por ineptitud, o los exacerban por su propia voluntad, pueden no incidir en hechos punibles conforme al ordenamiento, pero vulneran el derecho de los gobernados a disfrutar de un buen gobierno.

El buen gobierno implica dar a los gobernados la certidumbre de que los órganos del poder actúan de manera *oportuna* y *eficaz* para prevenir y solucionar los problemas que afectan a cada individuo y al colectivo. La oportunidad concierne al uso idóneo del tiempo en las funciones de gobierno, y la eficacia implica utilizar de manera *legal, satisfactoria* y *razonable* los recursos del Estado. Es satisfactoria cuando los recursos aplicados para la atención de las demandas colectivas corresponden a la magnitud de la necesidad atendida, y es razonable cuando alcanza los mejores resultados esperados con el menor sacrificio social posible. Los recursos, *humanos, financieros, materiales, organizativos y políticos,* deben ser gestionados de manera experta, responsable, seria y honesta.

El buen gobierno está obligado a la *previsión* de los problemas, adoptando medidas anticipadas para su atenuación, y a la *prevención* de sus causas, evitando los problemas potenciales. Las acciones previsora y preventiva corresponden al buen gobierno al que tiene derecho todo miembro de un Estado constitucional. La previsión es el conocimiento anticipado de los riesgos potenciales y de las opciones para sortearlos o minorarlos; mientras que la prevención consiste en adoptar acciones precoces, como fortalecer las instituciones y las relaciones entre gobernados y gobernantes.

Todo gobierno se ve en la disyuntiva de optar entre decisiones que suponen costes sociales mayores o menores. Para identificar la decisión menos onerosa, conviene aplicar una fórmula transaccional derivada del óptimo de Pareto. Antes la he utilizado en cuanto al diseño de instituciones aptas para garantizar la gobernabilidad democrática, y he señalado que *hay una si-*

tuación constitucional razonable cuando, para definir la estructura y el funcionamiento de las instituciones, se adopta el criterio de que una situación es mejor que otra, si ninguna de las instituciones resulta afectada de manera desproporcionada y por lo menos alguna de ellas mejora, siempre que el costo político que representa este esfuerzo se vea compensado por el mayor bienestar colectivo, por la mejor garantía de los derechos de los gobernados, por una relación más simétrica entre los órganos del poder o por un ejercicio del poder más responsable y mejor controlado.

En cuanto al buen gobierno, es posible adaptar el óptimo constitucional para entenderlo como aquel *cuya actividad se adecua a los principios y reglas del Estado constitucional, y se lleva a cabo de manera continua, eficaz, honrada, profesional, razonable, responsable y sistemática, para garantizar el ejercicio de las libertades y de los demás derechos que el ordenamiento otorga a los gobernados, maximizando los resultados que se traduzcan en bienestar colectivo y minimizando los costes financieros, materiales y sociales de su funcionamiento y operación*.

El buen gobierno maximiza la convivencia y minimiza el desorden mediante un *proceso de decisiones adoptadas por autoridades legítimas, de manera legal, razonable y eficaz, para garantizar a las personas el ejercicio de sus derechos ambientales, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, en un ámbito de libertades y de estabilidad política, y para atender los requerimientos de la población mediante prestaciones y servicios regulares, suficientes y oportunos.*

La corrupción se sitúa en las antípodas del buen gobierno y, por ende, afecta la gobernabilidad del Estado, las libertades y el bienestar de los gobernados. Con toda probabilidad, el interés por este tema ha acompañado al Estado desde su origen. El diálogo entre Protágoras y Sócrates es un ejemplo elocuente de lo enraizada que estaba la preocupación por la corrupción en la conciencia pública de los antiguos. El sofista de Abdera refería que la sociedad había tenido dos momentos fundacionales. Basado en una fábula, explicaba que en un primer intento Prometeo entregó al hombre el secreto de las artes y el fuego, pero no le otorgó el conocimiento de la política, reservado a Zeus. Como los primeros hombres vivían apartados y, por tanto, expuestos a la furia de las bestias, decidieron unirse y fundar ciudades, pero, dado que carecían de virtudes políticas, su convivencia fue imposible y tuvieron que volver a su condición previa de aislamiento. Zeus advirtió que si los hombres fracasaban en su intento asociativo corrían el riesgo de extinción y entonces envió a Hermes para que los dotara de respeto y justicia para que, con esas virtudes, se volvieran a asociar.[11] Esta original teoría contractual, que contiene los elementos contrastantes que siglos después sostendrían Hobbes y Rousseau de manera respectiva es, asimismo,

[11] Platón, *Protágoras*, p. 322.

una formidable metáfora del poder: ante la ausencia de un buen gobierno, basado en un orden libre, responsable y justo, sobreviene lo que ya en la antigüedad se conocía como *stasis*, la fractura de la convivencia.[12]

El admirable mural de Ambrosio Lorenzetti, en Siena, es una de las mejores representaciones posibles de la imagen del buen gobierno. En el siglo XIV, cuando lo pintó, la idea de buen gobierno estaba asociada a las virtudes individuales del gobernante, que correspondían a la sabiduría y la prudencia, de las que resultaba la justicia y de esta, a su vez, la paz, la concordia y el bienestar. García Pelayo observó que la interpretación iconológica de esta hermosa obra denota un proceso de secularización del poder en marcha desde la baja Edad Media, pues las imágenes centrales de la alegoría del buen gobierno corresponden a una joven y a un anciano, en tanto que solo la del mal gobierno acoge la idea agustiniana del poder diabólico.[13]

Los efectos del buen gobierno también se proyectaban sobre el mundo civil, no sobre el religioso. Las imágenes dejan ver un orden estamental armonizado por la justicia distributiva y conmutativa, en tanto que el mal gobierno se centra en la hegemonía derivada de la soberbia de la que emergen la tiranía, la fractura social, la violencia y la corrupción.[14] La conclusión de García Pelayo consiste en que, entonces como ahora, el buen gobierno solo ha sido concebible desde la perspectiva de su eficacia social y económica.

El buen gobierno se complementa con la buena administración, de la que se cuenta con un esquema en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 41 dispone que toda persona tiene derecho a que sus asuntos sean tratados de manera imparcial y equitativa, y en un plazo razonable. Agrega que ese derecho incluye ser oída antes de una decisión que la afecte; acceder a su expediente; recibir la reparación por los daños que se le causen, y usar su lengua en los trámites administrativos. Además, las administraciones están obligadas a motivar sus decisiones.[15]

El buen gobierno incluye una buena administración. Uno y otra se complementan y forman el núcleo de un derecho esencial para hacer fren-

---

[12] Puede verse una revisión del concepto clásico desde la perspectiva contemporánea en Agamben, Giorgio, *Stasis*, Turín, Bollati Boringhieri, 2015.

[13] García Pelayo, Manuel, "El buen y el mal gobierno", *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, pp. 319 y ss.

[14] Meoni, Maria Luisa, *Utopia and reality in Ambrogio Lorenzetti's Good Government*, Florencia, IFI, 2005, pp. 22 y ss.

[15] El desarrollo doctrinario del derecho a la buena administración puede verse en Matilla, Andry, "Buena administración como noción jurídica y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública", *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, Granada, núm. 16, junio de 2020.

te, con éxito, a la corrupción. Las posibilidades de contar con un gobierno y una administración así se vinculan con diseños institucionales adecuados. El buen gobierno es una condición ineludible para la positividad de los derechos humanos. En este sentido, se cuenta con un análisis empírico muy amplio acerca del impacto negativo de la corrupción en cuanto al ejercicio de estos derechos. Landman y Schudel han demostrado, con evidencia estadística inobjetable, que en los países donde prevalece la corrupción los derechos humanos se encuentran en condiciones precarias.[16]

IV. Desconstitucionalizar *vs.* reconstitucionalizar el Estado

En 1910 Jellinek concluyó su célebre *Teoría general del Estado.* Tuvo resonancia inmediata. En 1911 fue traducida al francés y en 1914 Fernando de los Ríos la vertió al español. Allí aludió a la *fuerza normativa de los hechos*[17] para subrayar la relación entre los órganos del Estado y la sociedad y entre los distintos factores sociales. Décadas más tarde (1959), en una lección inaugural que también se hizo famosa, Konrad Hesse desarrolló una teoría novedosa, cuya génesis está en el pensamiento de Lassalle y de Jellinek: *La fuerza normativa de la Constitución*.[18]

Para los efectos de este estudio, los argumentos básicos de Hesse ayudan a descifrar la relación entre el constitucionalismo y el fenómeno de corrupción que, en algunos sistemas, parece irreductible. Hesse asume las tesis sostenidas por Lassalle en cuanto a los denominados factores de poder. Sigue a Lassalle en la enunciación de los factores que identificaba: la monarquía, la aristocracia, las burguesías grande y pequeña, los banqueros y, en una especie de apostilla y "dentro de ciertos límites", agregó "la conciencia colectiva y la cultura general del país".[19] Entre estos componentes incluye, como es comprensible, al poder castrense. Como último factor, Hesse imprimió un

---

[16] Landman, Todd y Schudel, Carl Jan Willem, "Corruption and human rights: empirical relationship and policy advice", International Council on Human Rights, 2007, *https://www.researchgate.net/publication/238790101.*

[17] Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1914, t. I, pp. 432 y ss.

[18] Véase Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 61 y ss.

[19] Lassalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Roces, Madrid, Cenit, 1931, p. 64. Roces señala que se trataba de la primera traducción al español, con la que quiso hacer una aportación al debate político en los inicios de la Segunda República en España.

sesgo al denominarlo "poder espiritual". Hay un elemento que Lassalle no identificó, porque no era un dato relevante de su época: los partidos políticos y sus facciones. Y hubo otro factor que a, su vez, Hesse no consideró, pues tampoco representaba una amenaza para la vida institucional cuando pronunció su conferencia: la corrupción.

Hesse aludió al poder de la realidad como un condicionante de la Constitución, aunque también insistía en la capacidad de la norma para orientar la realidad. Entendió bien que hay una relación reflexiva, de ida y vuelta, entre realidad y norma. Empero, todas sus consideraciones acerca del mundo fáctico atendían al estándar unidimensional sistematizado por Lasalle. Sus hallazgos fueron útiles en su momento y pueden serlo en el nuestro a condición de desdoblar la facticidad entre factores de poder legítimos y factores de poder ilegítimos. Los primeros pueden imponer criterios y decisiones contraventoras de la Constitución, pero actúan dentro de la legalidad formal. Los factores de poder ilegítimos imponen ese mismo tipo de desviaciones desde la clandestinidad, aunque pueden actuar desde adentro del aparato estatal.

Hesse encuentra que la fuerza normativa de la Constitución reside en su capacidad, así sea limitada, para motivar y ordenar la vida política. El primer efecto de la fuerza normativa de la Constitución se proyecta en el ordenamiento jurídico del Estado, basado en la Constitución vigente. La adopción del conjunto de normas secundarias y de los tratados internacionales implica la positividad de la Constitución. En cuanto al orden político, respecto del cual Hesse elaboró su teoría, la positividad constitucional transcurre en varios planos. Uno, de carácter formal, concierne a la organización del Estado. Toda vez que resulta difícil encontrar ejemplos en los que no coincidan la organización aparente del Estado y la norma fundamental que lo rige, se tiene que concluir que, en el sentido formal, son pocos los casos en los que no rige la Constitución. De esta manera, el ámbito principal en el que se localizan los déficits de positividad constitucional es en el de gobernabilidad.

La tarea de *reconstitucionalizar* al Estado consiste en recuperar la gobernabilidad conforme a los principios, las reglas y los estándares democráticos que integren a la propia Constitución. Aquí entran en juego los factores reales de poder clásicos. A diferencia de lo que sucedía al mediar el siglo XIX y en buena parte del XX, para esos factores es crucial la vigencia y la positividad de un orden normativo que dé seguridad a sus transacciones. Los factores de poder no actúan en esferas aisladas, ajenas entre sí. Por la dinámica misma de sus actividades e intereses, se relacionan, interactúan y en ocasiones se complementan. Su identificación individualizada es válida solo como ejercicio analítico; desde una perspectiva estática que permite hacer la disección de cada factor, pero, en cuanto elementos de la realidad

cultural, económica y social, forman parte de un conjunto en el que cada uno cuenta con canales de entrada y de salida que los pone en comunicación de intensidad variable con algunos o con todos los demás.

El problema de la positividad de la Constitución, de su fuerza normativa, o de la reconstitucionalización del Estado es bastante más complejo de como se le ha visto en la doctrina clásica. La corrupción es un síntoma, no siempre bien entendido, de un déficit de gobernabilidad. Al fallar en cuanto al entendimiento de las causas de la corrupción —error en el diagnóstico—, se han generado expectativas equivocadas para erradicarla —error en el pronóstico—.

Desde las perspectivas monistas tiende a creerse que los estímulos de la corrupción proceden del sector privado, pervertidor del sector público; o que el poder político padece una carga intrínseca de inmoralidad y que la corrupción es una característica del Estado. En ambos casos está presente el desprestigio de la función pública, por lo que la única solución es castigar a los servidores del Estado. Este planteamiento deja fuera el examen de las relaciones entre gobernabilidad y corrupción, lo que dificulta encontrar la salida del laberinto. Es indudable la necesidad de imponer controles a los servidores, y sancionarlos con rigor cuando proceda, pero el fenómeno de la corrupción es más complejo que las conductas individuales de quienes tienen a su cargo tareas públicas.

Donde la corrupción mantiene altos niveles de recurrencia el Estado acumula una multiplicidad de errores, por acción y por omisión. Unos consisten en no reconocer —y por lo mismo, en no remediar— que varias causas están en el arcaísmo de su propia organización y funcionamiento; otros consisten en no haberse percatado de la necesidad de involucrar a los actores privados de una manera más activa. Para el sector privado es crucial actuar como aliado y no como rival del Estado. La acción eficaz del Estado es indispensable para que la población en general disfrute de seguridad jurídica. Solo el Estado de derecho ofrece garantías efectivas para las transacciones legales al margen de corrupción.

Hesse construyó un concepto muy sugerente, *voluntad de Constitución*, para denotar la superioridad de lo normativo sobre lo fáctico y el rechazo a la arbitrariedad.[20] Es posible retomar esa idea y adicionarle nuevos contenidos, dado que la *voluntad de Constitución* no es solo la del poder ni solo la de la sociedad, sino la que resulta del consenso y, en este caso, de un consenso informado, capaz de establecer la gobernabilidad mediante diseños institucionales adecuados.

[20] Véase Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 76.

Constitucionalizar significa introducir una norma, un principio, una práctica o una institución a la Constitución. Una segunda acepción de constitucionalizar corresponde al proceso mediante el cual se construye el Estado constitucional, a partir de un acuerdo fundacional y de sucesivas adecuaciones también consensuadas que generan una dinámica incremental. Pero además son posibles procesos que sigan una ruta inversa, de manera que el Estado constitucional está expuesto a regresiones. La *desconstitucionalización* consiste en la pérdida o en la erosión de los elementos del Estado constitucional. Esto puede suceder merced a modificaciones formales que introduzcan elementos que interactúen de manera negativa con el resto del sistema, o bien por conductas contraventoras del ordenamiento que tiendan a normalizarse como parte de la vida del Estado.

Las interacciones negativas resultan de un mal diseño involuntario o del propósito deliberado de producir colisiones institucionales. Por ejemplo, en un sistema presidencial plebiscitario, toda adición que fortalezca esta modalidad de consulta auspicia los efectos concentradores del poder presidencial y debilita al sistema representativo. En la medida en que los presidentes hegemónicos dispongan de mayores arbitrios para prescindir del aparato representativo y hagan apelaciones directas al electorado con el que se entienden, se tiende a la *desconstitucionalización*.

La normalización de las conductas contrarias a la Constitución tiene dos expresiones principales: una que procede de los propios titulares del poder, otra, de agentes externos. En el primer caso, la distorsión se origina en quienes están obligados a cumplir y hacer cumplir el ordenamiento; en el segundo, en quienes actúan contra el ordenamiento y no son objeto de acciones correctivas eficaces. El resultado en ambos casos se traduce en una gobernabilidad decreciente. Además, los dos factores fácticos pueden coincidir en tiempo, potenciando así el proceso de desconstitucionalización. El déficit de gobernabilidad denota que los factores adversos al ordenamiento van substrayéndose a la acción coercitiva del Estado y que son capaces de imponer sus propios patrones de conducta. Esto sucede cuando una serie de conductas delictivas exceden la capacidad de decisión o de acción del Estado, o cuando la violencia se enseñorea en un territorio. Entre las conductas delictivas se inscribe la corrupción, de suerte que su normalización tiene relación directa con la desconstitucionalización del Estado.

La remediación de ese proceso implica *reconstitucionalizar* al Estado. Esto no siempre se tiene presente, sobre todo cuando el combate a la corrupción se contrae a mecanismos administrativos, penales y procesales. En un Estado constitucional es suficiente con adoptar instrumentos de ese tipo, pero cuando los soportes institucionales están vencidos, así sea en

parte, las medidas propias de un Estado funcional no dan resultados. Esto sucede cuando la corrupción ha alcanzado niveles críticos, identificados por el Banco Mundial con el concepto de *Estado capturado*. Si bien esta no es una categoría técnica, pues, por definición, un Estado del que alguien se apodera deja de ser Estado, sí es descriptiva. El concepto surgió durante el proceso de transición del estatismo soviético a la democracia parcial, para aludir al uso privado del aparato público en una escala superior a la que se suele identificar como *patrimonialismo* a partir de Max Weber. No consiste en la simple apropiación de la función pública, sino en utilizarla como cosa propia y para beneficio personal, transgrediendo la normativa vigente. Este quebrantamiento de la legalidad se lleva a cabo de manera sigilosa, aunque hay casos en los que su ocultamiento es imposible y entonces se incurre en la ostentación cínica e impune del poder como medio de enriquecimiento.

Al llegar a esos extremos, los mecanismos administrativos, penales y procesales dejan de ser funcionales, porque quienes deben aplicarlos están coludidos con los agentes corruptos, o solo los combaten con el objeto de sustituirlos. En una situación así se está ante un caso de desconstitucionalización del Estado, y para vencer la corrupción es necesaria su reconstitucionalización. Esto no significa que por necesidad se tenga que cambiar de Constitución, pues esta podría ser una nueva acción diversiva para tomar un discurso de apariencia constructiva que permitiera seguir medrando con y desde el poder político. *Reconstitucionalizar* al Estado significa suprimir las estructuras verticales, hegemónicas, concentradoras del poder, e introducir instituciones de gobierno abiertas, controlables, funcionales, responsables, transparentes, acompañado por un sistema jurisdiccional y administrativo potente, profesional, ajeno a las prácticas patrimonialistas, y por un sistema representativo sólido, dinámico, en el que las minorías ejerzan los derechos de control que le corresponden en toda democracia, conforme al principio de que la mayoría gobierna y la minoría controla.

V. Diseño constitucional y combate a la corrupción

En agosto de 1928, Bertolt Brecht estrenó su célebre *Ópera de los tres centavos* (*Die Dreigroschenoper*), con la música inconfundible de Kurt Weill. Fue una denuncia de la corrupción que estremeció a la República de Weimar. A casi 100 años, esta obra de arte sigue siendo un referente para identificar la magnitud que puede alcanzar la degradación del poder. Brecht se inspiró en el trabajo

de John Gay, *La ópera del mendigo* (*The Beggar's Opera*), escenificada 200 años antes, en enero de 1728, en el ambiente de intensa corrupción londinense. Gay utilizó la sátira, muy en boga en su época, para exhibir la decadencia que minaba a la vida pública inglesa. Vistas hoy, ambas óperas descuellan por su calidad artística, pero en el contexto de su época implicaron una fuerte sacudida en la conciencia de sus coetáneos.

El personaje que retrató Gay y que llegó hasta Brecht fue Jonathan Wild, un sujeto sórdido que traficaba con personas y con bienes robados, con la protección de políticos encumbrados y de policías que participaban de su lucrativa actividad criminal. Para sostener su posición, de cuando en cuando, Wild ofrecía pistas para aprehender a otros delincuentes, competidores suyos. Al diluirse su red de complicidades su fortuna cambió y fue ahorcado tres años antes de que Gay lo tomara como tema operístico.[21]

La corrupción fue un dato común de la vida pública en Europa y Estados Unidos a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX. Los congresistas de Filadelfia advirtieron temprano que debían cerrar la puerta a las desviaciones éticas del poder; tenían a la vista los estragos causados por la concentración del poder absoluto y, por lo mismo, incluyeron en la Constitución una primera clave para prevenir la corrupción: "Los Estados Unidos no concederán títulos de nobleza, y ninguna persona que desempeñe empleo remunerado o de confianza podrá, sin el consentimiento del Congreso, aceptar ningún obsequio, emolumento, empleo o título de la clase que fuere, y que proceda de ningún rey, príncipe o Estado extranjero" (art. 1o., secc. 9, párr. final). No obstante esto, en el siglo XIX estalló la corrupción en múltiples frentes. La expansión territorial, el esclavismo, la construcción de redes ferroviarias, los monopolios y los apetitos electorales, entre otros muchos pretextos, dieron lugar a que se multiplicaran los actos de corrupción. Muchos fueron descubiertos por una prensa inquisitiva y crítica.[22] La primera gran respuesta en Estados Unidos fue la Federal Corrupt Practices Act de 1910.

El colonialismo, las guerras del opio, el imperialismo económico, el belicismo, el esclavismo, el racismo, la intensa concentración de la riqueza hicieron de la corrupción un fenómeno generalizado, a cuya expansión también contribuyó la debilidad de la democracia. Si aceptamos que solo hay democracia cuando se cuenta con garantías para elegir a los gobernantes mediante sufragio universal, periódico, directo, secreto, donde están ase-

---

21 Véase *Encyclopedia Britannica*, Londres, 1955, vol. 23, p. 595.

22 Brisochi, Carlo Alberto, *Corruption*, Washington, Brookins Institution Press, 2017, pp. 107 y ss.

gurados los derechos de las minorías y donde el poder político se ejerce de manera responsable y controlada, llegaremos a la conclusión de que antes del siglo XX no había Estado alguno que pudiera ser catalogado como democrático. En materia electoral, por ejemplo, no es sostenible hablar de democracia antes de que la mujer ejerciera el voto; en materia de derechos fundamentales no es argumentable que haya democracia donde se practica o se tolera la discriminación o subsiste el confesionalismo y, en cuanto al desempeño del poder, no es posible caracterizar como democráticos a los Estados donde prevalecen la concentración de potestades, la irresponsabilidad política y la ausencia de controles efectivos.

Un recuento de los Estados que han traspuesto el umbral de la duda y que han consolidado la vida democrática deja ver que son los mismos que han conseguido domeñar el fenómeno de la corrupción. Aun así, hay ejemplos recientes de descontrol de la corrupción, como sucedió con la crisis financiera mundial de 2008, o con guerras como las desencadenadas en torno al canal de Suez o al petróleo de Medio Oriente.

Por supuesto, sería ingenuo asumir que la democracia plena es suficiente para reducir la corrupción a los niveles mínimos posibles. También las instituciones de justicia, los medios de comunicación, las organizaciones, los partidos y los parlamentos son objeto de desviaciones. De ahí la importancia de que en ese combate intervengan todas las expresiones sociales, como parte de una red de controles recíprocos que tengan como actor y testigo al pueblo. En este punto es preciso admitir que las idealizaciones contrastan con la realidad. Los grandes contingentes populares también pueden ser objeto de manipulación demagógica, pero la suma de problemas y obstáculos para hacer frente a la corrupción no son un motivo para el escepticismo. Por esta razón, el buen gobierno juega un papel medular en ese combate.

Las utopías desempeñan un papel constructivo relevante, pues identifican objetivos ideales. Nuestro tiempo no ha propiciado nuevas utopías, pero las clásicas son orientadoras en materia de honestidad. Acercarnos a sus metas tanto como sea razonable y posible es una forma de trazar una ruta por la cual encaminar el diseño y la operación de las instituciones constitucionales democráticas. La idea dominante en la construcción de una democracia constitucional es alcanzar la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica en sus mayores niveles posibles, y disponer de las garantías necesarias para hacerlas valer. La corrupción afecta el ejercicio de los derechos y limita la igualdad, las libertades y la seguridad jurídica; por ende, es un obstáculo para le democracia.

Susan Rose-Ackerman y Bonnie J. Palifka,[23] por un lado, y Michael Johnston,[24] por otro, han identificado los aspectos del quehacer democrático que dejan espacios abiertos a la corrupción. Sus obras ofrecen una contribución sistemática para entender el fenómeno corruptivo, marcando entre sí algunas discrepancias.

En lo que atañe a la organización y al funcionamiento político Rose-Ackerman y Palifka señalan tres cuestiones relevantes para la corrupción: la reelección de los gobernantes, el sistema electoral y la financiación de las campañas. Consideran que la reelección expone a los gobernantes a las presiones y a las tentaciones procedentes de grupos económicos, en lo que tienen razón. En cuanto al sistema electoral, examinan los efectos de la elección de los representantes mediante elección mayoritaria y mediante elección proporcional. Desde una perspectiva de mayor o menor exposición a la corrupción, concluyen que el riesgo no solo está en las campañas, sino en el desempeño mismo de las tareas parlamentarias. En este punto advierten —y aciertan— que el sistema proporcional incide más en los partidos, en tanto que el mayoritario se vincula a las personas. En consecuencia, quien tenga que responder de manera directa ante su electorado está más expuesto a que se conozcan sus entendimientos subrepticios que quien concurre a las elecciones en una lista. El lugar que se ocupe en esta lista determina las mayores o menores posibilidades de alcanzar un sitial parlamentario, por lo que la posición depende de una negociación no siempre transparente; los electores solo influyen de manera indirecta, ya que la asignación de espacios en el Parlamento se lleva a cabo conforme a la proporción de votos obtenidos por cada partido, según las reglas aplicables. Las autoras agregan que en este caso se exponen a las presiones corruptivas quienes elaboran las listas, o sea, los dirigentes partidistas. Por lo que atañe a la financiación de las campañas, basan sus argumentos en la dificultad de controlar el monto y el origen de las aportaciones de particulares.

Los argumentos de las autoras son convincentes y las soluciones constitucionales son asequibles. La democracia y el combate a la corrupción se fortalecen cuando existe una prohibición general de reelección para los gobernantes, pues la perpetuación en el poder —máxime si se trata de uno muy concentrado— favorece la formación de camarillas dispuestas a obtener ventajas indebidas. La tesis de que las decisiones mayoritarias deben

---

[23] Rose-Ackerman, Susan y Palifka, Bonnie J., *Corruption and Government. Causes, consequences and reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 341 y ss.

[24] Johnston, Michael, *Corruption, contention and Reform. The power of deep Democratization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 29 y ss.

prevalecer en una democracia en toda circunstancia y que no se debe restringir a los ciudadanos la posibilidad de refrendar su apoyo a un gobernante tantas veces como deseen hacerlo carece de sustento. La periodicidad electoral perdería sentido si se utilizara para perpetuar en el poder a alguien dispuesto a utilizar en su favor los medios de control, influencia y manipulación para una permanencia sin límite en el cargo. Muchas dictaduras han utilizado esa estratagema. La clave para superar las objeciones de Rose-Ackerman y Palifka consiste en regular las opciones de reelección, suprimiéndolas en las tareas de gobierno y limitándolas en las representativas.

En lo concerniente a la representación mayoritaria o proporcional, además de su mayor o menor impacto en la corrupción, hay que valorar su relevancia para al sistema representativo. Las autoras aseguran que son menos vulnerables a la corrupción los candidatos que participan en distritos mayoritarios, porque están sometidos al escrutinio directo del elector. Aun aceptando que esto sea así, también está demostrado que los sistemas mayoritarios generan una desigualdad muy significativa en cuanto a la presencia parlamentaria de las minorías políticas. En este sentido, debe considerarse como una forma de corrupción de un sistema, no de personas en particular, excluir de la representación política a las corrientes políticas no encuadradas en las organizaciones mayores. Para superar las ventajas y las desventajas de cada sistema electoral es posible encontrar soluciones jurídicas. La presencia de sistemas que combinan la integración mediante representación mayoritaria y proporcional, por ejemplo, es una de ellas. En el caso de adoptarse solo la segunda, además de la opción de las listas abiertas a la que aluden las autoras, que en la práctica resulta confusa para los electores y complica la asignación de sitiales parlamentarios, existe la posibilidad de que las listas no estén abiertas, de manera que el elector no escoja a candidatos de las diferentes listas presentadas por los distintos partidos, pero sí estén desbloqueadas, de suerte que la determinación del orden de preferencias dentro de una misma lista la fije con libertad el elector.

Un aspecto adicional a los que señalan Rose-Ackerman, Palifka y Johnston consiste en que una parte de su atención está dirigida a la relación entre los agentes políticos y los económicos. En este caso, la corrupción se traduce en una relación ilegal entre actores legítimos; pero también hay otra fuente de corrupción cuando se produce entre quienes actúan desde una investidura legal y quienes lo hacen desde la clandestinidad delictiva. Puede darse una relación corrupta entre protagonistas de los ámbitos público y privado, pero también pueden darse situaciones corruptas entre los protagonistas de esos sectores y un tercer grupo que actúe en la informa-

lidad al margen del derecho, y que impone o induce a la corrupción por igual a las organizaciones públicas y a las privadas. Este tipo de situaciones se producen sobre todo en el seno de Estados en los que la gobernabilidad y el Estado de derecho registran déficits de diferente magnitud. El déficit de gobernabilidad expone a los funcionarios a corromperse por coludirse con terceras personas, o por la intimidación que ejercen los delincuentes incluso sobre funcionarios probos en un contexto en que el Estado no aplica las respuestas acordes con la gobernabilidad democrática. En estos términos, como ya se ha dicho, se desencadena un circuito donde corrupción y anomia se realimentan.

Otro factor que debe considerarse en cuanto a la caracterización de la corrupción es la intencionalidad. Las relaciones corruptas entre funcionarios y delincuentes pueden darse por la disposición de ambas partes para establecer entendimientos ilegales: el propósito de ambas es obtener beneficios mutuos. Pero existen casos en los que el funcionario se deja extorsionar para evitar un daño en su persona o en la de su familia, de manera que no actúa movido por la obtención de un beneficio, sino para evitar un perjuicio. Aquí no entran en juego los acuerdos o las concesiones ilegales entre actores legales, sino entre uno que es legal y otro que es ilegal. Puede decirse que sí está presente un interés público frente a otro de orden privado, pero lo relevante es que el segundo existe y actúa en contra de la norma en todo momento.

En ocasiones, para un funcionario es menos intimidante la sanción potencial por infringir la norma que el riesgo ocasionado por no acceder a la extorsión del delincuente. En este supuesto, el nudo del problema está en la impunidad delincuencial, que expone a los funcionarios a quedar atrapados en las redes de aquellos a quienes persiguen o de quienes los obligan a servirlos desde los cargos públicos. Este tipo de corrupción muestra la necesidad de que el poder sea transparente, como una forma de defender a los funcionarios mismos.

En esencia, la corrupción tiene vertientes diferentes en los Estados institucionalizados, donde debe procurarse que la relación entre los sectores público y privado transiten de acuerdo con las reglas vigentes y los mejores estándares de un sistema democrático, y en los Estados de institucionalidad precaria. En este último escenario, las relaciones son aún más complejas, pues en el interior mismo de los sectores público y privado pueden surgir desviaciones corruptas. En este caso no se trata de que las pulsiones entre intereses y formas de organización contrapuestas busquen su respectiva preminencia a través de acuerdos o de conductas corruptas.

Cuando la institucionalidad es precaria, aparecen disfuncionalidades intrasectoriales, de manera que dentro de los sectores público y privado

se pueden producir relaciones corruptas. El ámbito más vulnerable es el público, pues si los estilos internos de relación son de alta conflictividad y carecen de reglas eficaces para dirimir sus diferencias, aumenta el riesgo de la corrupción como sucedáneo de la regla o de la buena práctica. Este tipo de fenómeno acompaña a la institucionalidad débil. Johnston examina este fenómeno como parte de la fragilidad en la que se encuentran las sociedades a la salida de una dictadura o de un conflicto mayor,[25] pero el fenómeno también se presenta cuando el aparato institucional no se ha reformado a tiempo o solo lo ha hecho de manera asimétrica, por ejemplo, cuando se avanza en materia electoral, potenciando el pluralismo, pero se mantienen elementos arcaizantes en otras estructuras del poder. Ese conflicto entre pluralismo político y concentración e irresponsabilidad en el ejercicio del poder hace disfuncional lo nuevo y lo arcaico, con consecuencias como la precariedad institucional y la corrupción, que tienden a realimentarse de manera recíproca.

El panorama se complica aún más cuando esa precariedad institucional auspicia el fortalecimiento de organizaciones informales, ilegítimas e ilegales. Un Estado que permite o que no tiene la capacidad para evitar que surja y prospere un entramado de poder paralelo al legal, queda sujeto a presiones corruptoras fuera de su control. En todo Estado existe la latencia de un mundo marginal; si la eficacia de las instituciones no permite absorber las tendencias a la entropía, se produce una ruptura que deja a los órganos del poder regulado en condiciones deficitarias. Cuando el Estado llega a este punto, solo una reforma profunda puede darle los instrumentos propios del Estado constitucional para restablecer la gobernabilidad.

VI. Internacionalizar la persecución de la corrupción

En los países latinoamericanos se advierten numerosos tropiezos para hacer efectiva la persecución de la corrupción. Buena parte de esas dificultades están asociadas a deficiencias en el diseño de las instituciones. El más frecuente consiste en la concentración del poder presidencial, que genera efectos negativos en cadena en cuanto al funcionamiento de las instituciones, pues limita el juego constructivo de los partidos y, por ende, las tareas de control político parlamentario, además de acentuar la dependencia de los órganos

[25] *Ibidem*, pp. 57 y ss.

fiscalizadores y jurisdiccionales. Desde luego, debe evitarse el reduccionismo de ver solo un aspecto como el causante de la impunidad, pero, sin duda, la concentración del poder tiene un impacto adverso en el funcionamiento de la cadena de controles, políticos y jurisdiccionales, que obstaculiza un combate exitoso de la corrupción.

En el caso de las autoridades fiscalizadoras y jurisdiccionales, la concentración del poder conduce a que los titulares de los órganos respectivos sean designados a partir de su relación con el concentrador del poder político, entre cuyos intereses está contar con lealtades que le confieran márgenes de seguridad jurídica mientras ejerce el poder y una vez que lo haya dejado. Por otro lado, le ofrece un instrumento adicional de coerción potencial, que acrece su poderío. De esta manera, la *colonización* de los órganos relacionados con la persecución de la corrupción opera como una forma más de concentración del poder y de la impunidad.

Las soluciones nacionales exigen democratizar el ejercicio del poder, lo que se ve impedido por el círculo vicioso que genera la impunidad: concentración del poder-impunidad-más concentración del poder, y así de manera sucesiva. Para cubrir las apariencias, se opta por introducir normas penales y administrativas de vanguardia, que luego no se aplican e, incluso, se persiguen algunos asuntos de manera selectiva para dar una impresión de efectividad en la lucha contra la corrupción al tiempo que se aprovecha para castigar o intimidar a enemigos políticos.

Lo anterior hace aconsejable acortar el camino y construir instrumentos que permitan llevar asuntos ante la jurisdicción internacional. Esta tesis se apoya en la tendencia creciente en el sentido de considerar a la corrupción como un agravio a los derechos humanos.[26] Esta posibilidad obligaría a un mayor cuidado en los manejos internos de cada Estado, rompiendo las inercias prevalecientes. La modificación del rumbo permitiría rediseñar los instrumentos de control político y jurisdiccional, ponerlos en sintonía entre ellos y abrir el espacio para una evolución que iría cobrando velocidad a medida que las acciones internacionales se vieran como parte de un proceso hacia la democracia plena.

A manera de ejemplo para explicar en qué consistiría ese cambio hacia la internacionalización del combate a la corrupción, presento la siguiente propuesta para un protocolo de adiciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José):

[26] Véase Petters, Anne, "La corrupción como una violación a los derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 10, enero-junio 2020, pp. 123 y ss.

i) Artículo 3o. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

DICE: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

SE PROPONE QUE DIGA: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica Y A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA Y DE CORRUPCIÓN".

ii) Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

DICE: "5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

SE PROPONE QUE DIGA: "5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, RACIAL, religioso O DE CUALQUIER OTRO GÉNERO que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, IDIOMA, origen nacional O FORMA DE PENSAR".

iii) Artículo 23. Derechos Políticos

DICE: "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) …
b) …
c) …"

SE PROPONE QUE DIGA: "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) …
b) …
c) …

d) DE DISFRUTAR DEL DERECHO A LA DEMOCRACIA, QUE INCLUYE LA TRANSPARENCIA DE LAS ACTIVIDADES GUBERNAMENTALES, LA PROBIDAD Y LA RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN PÚBLICA".

Las características de esta propuesta son:

1) En el artículo 3o. se agregan dos elementos:

   a) El primero se refiere a "una vida libre de violencia", procedente del artículo 3o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida como Convención Belém do Pará, adoptada por la Asamblea General de Asamblea de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1994. Se trata, por consiguiente, de extender este principio a la totalidad de la población.

   b) El segundo alude a que esa libertad también se ejerza para disfrutar de una vida libre de corrupción. Es irrebatible que la corrupción afecta el universo de los derechos humanos subjetivos y sus respectivas garantías.

2) En el artículo 13 se introducen los siguientes cambios:

   a) Puntuación después de los vocablos "racial" e "idioma", para agregar otros elementos. Son aspectos de carácter gramatical.

   b) Se agrega la expresión "cualquier otro género", pues la apología del odio puede ser una coartada para encubrir actos de corrupción. Con frecuencia se dirige contra los juzgadores, los medios de comunicación, las organizaciones sociales e incluso contra adversarios políticos, para invalidar sus acciones en pro de un espacio menos corrupto. Además, en la actualidad se registran expresiones apologéticas del odio con motivo de criterios o de posiciones políticas o filosóficas, por parte de autoridades, con lo que se afectan los derechos fundamentales, los principios democráticos del Estado constitucional y de la laicidad del Estado.

   c) Se agrega la expresión "o forma de pensar", que no está comprendida en los enunciados vigentes de *raza, color, religión, idioma y origen nacional*. En virtud de que la Convención tutela la libertad de pensamiento, es razonable que se impida la apología del odio por sustentar ideas diferentes, que incluyen las denuncias de la corrupción.

3) En el artículo 23 se propone la adición de un cuarto párrafo que incorpore el contenido de dos preceptos de la Carta Democrática Inte-

> ramericana, adoptada en 2001 por decisión unánime de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos. La aprobación de esta Carta fue precedida por un amplio periodo de análisis, a partir de un primer proyecto presentado por Perú. Por ende, este par de preceptos ya fueron bien meditados, discutidos y suscritos por los Estados parte del Pacto de San José. En cuanto a la palabra *probidad*, se emplea en el sentido de *honradez, rectitud, integridad en el obrar*, que es lo contrario de *corrupción*. Los artículos vigentes de la Carta disponen:
>
> Artículo. 1o. Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.
>
> Artículo. 4o. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

Con las adiciones propuestas, el Pacto de San José incorporaría principios que darían lugar a un nuevo derecho humano: el *derecho al buen gobierno*. En el orden práctico, al hacer justiciables las conductas corruptas ante instancias internacionales, la elevada tasa de impunidad que prevalece tendería a disminuir.

La corrupción ha generado un fuerte embate contra los sistemas judiciales nacionales, los medios de comunicación, las organizaciones sociales y, en algunos casos, incluso contra los centros académicos. En cuanto a los centros de estudio, el acoso suele darse mediante el recorte de apoyos económicos; a las organizaciones sociales se les ponen trabas y restringen recursos fiscales; a los medios de comunicación se les hostiliza mediante diferentes arbitrios y, en el caso de la judicatura, se intenta desprestigiarlos e infiltrarlos. Ambas formas de acoso han dado resultados parciales en algunos países, por lo que es importante un cambio radical que permita llevar los asuntos no resueltos, o mal resueltos, ante juzgadores internacionales, ajenos a las presiones que se registran en los espacios nacionales como consecuencia de la corrupción.

En materia de instrumentos internacionales, la iniciativa para su adopción o modificación incumbe de manera exclusiva a los gobiernos. Esta limitación afecta al Estado constitucional, ya que se tiende a equiparar las disposiciones constitucionales con las convencionales. Esto contrasta con las formulaciones constitucionales que, al menos en lo formal, obedecen a un proceso democrático en el que siempre intervienen los representantes po-

líticos y, en muchos casos, los electores mismos, de manera directa. En cambio, la elaboración de los tratados es una decisión exclusiva de los gobiernos, y en especial de sus equipos técnicos, y los órganos de representación solo tienen una función limitada pues aprueban o rechazan en su conjunto las disposiciones acordadas por los gobiernos nacionales con otras potencias. Solo de manera limitada se ha permitido la participación de los órganos de representación política en cuanto a la denuncia de los tratados. Respecto a la posibilidad de proponer nuevos instrumentos internacionales, o de sugerir reformas o adiciones, la práctica democrática es casi inexistente. En el caso del Pacto de San José el artículo 77 dispone que los protocolos adicionales deben ser presentados por los gobiernos ante la Asamblea General.

Es necesario que la democracia también prospere en materia de tratados y convenciones internacionales, máxime cuando están involucrados los derechos humanos. Las constituciones limitan la iniciativa legislativa popular a la legislación nacional y, en algunos casos, a la reforma constitucional. Si se tiene en cuenta la importancia creciente de las normas nacionales de fuente externa, se apreciará que esta es una restricción democrática que se acentúa, en tanto que los congresos solo están facultados para aprobar la suscripción, modificación o denuncia de los tratados, pero no para hacer propuestas que los gobiernos deban llevar a los foros internacionales.

Lo anterior explica la propuesta hecha aquí, en el sentido de internacionalizar la jurisdicción en el combate a la corrupción. Los gobiernos nacionales están obligados a prestar atención a la demanda creciente de combatir con eficacia la corrupción, más allá de adoptar normas que no están en condiciones o ánimo de aplicar, o de enarbolar proclamas que en ocasiones solo encubren las prácticas viciosas que aparentan combatir. Erradicar la corrupción obliga a un esfuerzo supranacional; de otra manera el esfuerzo será más tortuoso y prolongado, con daños sociales cada día más profundos por el desánimo generalizado que produce lo infructuoso de la lucha.

Dado que la corrupción lacera al Estado nacional y genera múltiples complicidades internas, es prioritario dejar atrás los enfoques locales y asumir que se trata de rescatar al Estado de un proceso erosivo que ya tiene impacto en el ámbito internacional. Es imposible contener la corrupción dentro de las fronteras nacionales. En un mundo tan interconectado, las distorsiones en el ejercicio del poder nacional se expanden hacia terceros Estados. Los fenómenos asociados a la corrupción, como son el empobrecimiento, la violación de derechos humanos, la violencia delictiva o el tráfico de droga, no tienen efectos selectivos solo sufridos por los habitantes de un Estado; trascienden sus fronteras e impactan a los vecinos e incluso se proyectan a mayor distancia.

A más de deseable, la cooperación internacional para combatir la corrupción nacional es una medida ineludible y posible.

VII. Conclusión

La corrupción ha expuesto a las instituciones estatales a condiciones de extrema vulnerabilidad que pueden culminar en el descarrilamiento de los sistemas constitucionales.

En un reporte que utiliza instrumentos para medir la corrupción y la gobernabilidad, elaborado por encargo del Banco Mundial en 2000, fue acuñado el concepto "Estado capturado". Dicha modalidad del Estado forma parte de los escenarios de la denominada "gran corrupción". Transparencia Internacional define este grado de corrupción como "el abuso del poder de alto nivel para beneficiar a unos pocos en perjuicio de la mayoría, que ocasiona malestar generalizado en los individuos y en la sociedad y que por lo general queda impune".

La gran corrupción se presenta en todos los niveles y órganos de gobierno y corresponde a procesos de alta complejidad en que los intereses privados, lo mismo ilegítimos que legítimos, se confunden con los públicos para obtener ventajas indebidas.

Reitero que, en términos jurídicos, no existe un "Estado capturado", pues si hubiera fuerzas superiores al Estado que lo dominaran, ellas serían el Estado. No obstante, enunciados como "Estado fallido" o "Estado capturado", propios de la ciencia política, tienen una función descriptiva que sirve para localizar los puntos débiles de las instituciones, así como sus potenciales remedios. La combinación de los conceptos "gran corrupción" y "Estado capturado" permite identificar la magnitud de los estragos ocasionados por la primera y definir la magnitud del esfuerzo requerido en la reconstrucción del Estado constitucional.

Para disminuir la corrupción son necesarios la templanza personal, la ejemplaridad de los dirigentes y un elenco de castigos severos, pero esto no es suficiente. El costo de omitir todas las demás decisiones que exige la gravedad del problema llevaría a la acumulación de fracasos, con efectos negativos en cuanto a la eficacia del Estado y en la confianza social.

El poder político organizado, o sea, el Estado, tiene entre sus objetivos centrales evitar la violencia, la inseguridad, la arbitrariedad, la inequidad y la injusticia. Cuando en lugar de resolver estos padecimientos el poder se suma a ellos y hasta los propicia, significa que debe hacerse una revisión completa de las desviaciones del Estado y de las correcciones requeridas.

En el caso del poder municipal, el más próximo a los gobernados, la corrupción se trasforma en violencia, como muestra la multiplicación de actos de intimidación, cohecho y aun eliminación física de alcaldes, candidatos y periodistas. En el ámbito local, el número elevado y en ascenso de exfuncionarios perseguidos, procesados o sentenciados, muestra la profundidad de la corrupción.

Los indicadores internacionales sobre corrupción sitúan a América Latina en rangos críticos. Esto incluye la colusión con intereses privados que corresponden al fenómeno de la gran corrupción.

Abundan los ejemplos del Estado sujeto a los intereses privados, incluidos los ilícitos. El saneamiento del poder exige, a quienes lo ejercen o aspiran a hacerlo, el conocimiento de las carencias, de los recursos y de las potencialidades institucionales. La reconstrucción del Estado es una tarea ciclópea que excede las posibilidades del voluntarismo de los dirigentes gubernamentales, aun aceptando que sea genuino, y exige el concurso coordinado de los liderazgos de la política, de la sociedad, de la academia, de la empresa y de los medios.

En los niveles nacional y local de cada país nada mejorará en tanto subsistan los caciquismos. Hay alivio cuando cambian los estilos de gobierno, pero solo habrá remedios efectivos cuando cambien las instituciones. El Estado capturado y la gran corrupción denotan una patología generalizada del poder que no sanará solo con la elección de nuevos protagonistas.

Conviene tener presente que las soluciones deben procurar amplitud y completitud; de no ser lo más amplias y comprehensivas posible, apenas funcionarán como remedios coyunturales y efímeros cuyos efectos parciales erosionarán la confianza en la capacidad del Estado para dar buenos resultados. Combatir la corrupción con buenas razones para el éxito exige tener presente que la gran corrupción se aloja en el centro del poder. Conocer su ubicación es indispensable para saber cómo reducirlo a su mínima expresión. Esto significa que las medidas a adoptar no pueden ser fragmentarias, aisladas, ocasionales ni oscilantes. Un problema sistémico solo se resuelve en el conjunto del sistema.

La acumulación de frustraciones no obedece a la invencibilidad de la corrupción, sino a que todavía no han sido utilizados todos los instrumentos adecuados que ofrece el constitucionalismo.

La Constitución y el combate a la corrupción, coeditado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, se terminó de imprimir el 7 de enero de 2022 en los talleres de Litográfica Ingramex, S. A. de C. V., Centeno 162-1, Granjas Esmeralda, Iztapalapa, 09810 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470, ext. 364. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 55 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Su tiraje consta de 600 ejemplares.

La corrupción tiene efectos devastadores en la vida pública. Las democracias constitucionales bien diseñadas cuentan con sistemas de pesos y contrapesos eficaces que reducen la frecuencia y la magnitud de las conductas corruptas; pero cuando hay errores o insuficiencias en la construcción constitucional de la democracia, la corrupción se desborda y ocasiona daños profundos al Estado.

Esta obra presenta las experiencias de sistemas constitucionales de América Latina, Asia y Europa en el combate a la corrupción. El objetivo es ofrecer materiales de análisis para perfeccionar los instrumentos que erradiquen ese flagelo, como condición indispensable para la supervivencia del Estado constitucional.

www.juridicas.unam.mx

ISBN 978-607-7822-83-7