

LA CORRUPCION: UN PROBLEMA DE SIEMPRE Y LOS MEDIOS DE HOY PARA ENFRENTARLA

por

Mariana Malet Vázquez

Sumario

1. Nociones sobre la corrupción. 2. Condición especial de la corrupción. 3. Eclósión del problema. 4. Fuentes de propuestas internacionales y nacionales. 5. Dos grandes estrategias contra la corrupción. 6. Mecanismos no penales. 6.1. Injerencias de la Política económica. 6.2. Enfoques interrelacionados. a. Transparencia. b. Controles. I. Su necesidad. II. La denuncia. c. La información. d. Medios de comunicación. 6.3. Un instrumento particular: la Comisión anticorrupción 7. Instrumentos penales. 7.1. Algunos intentos legislativos de enfrentar la corrupción. 7.2. Una previsión reiterada: el enriquecimiento ilícito. 7.3. Las penas. 8. Ambito procesal. 8.1. Organos especiales. 8.2. Breve reseña de algunos rumbos de la investigación. a. Accionamiento privado. b. Inversión de la carga de la prueba. c. Imprescriptibilidad del delito cometido por funcionario público mientras se mantenga en la función. d. Intervención de las comunicaciones. e. La conversión de imputados en testigos y la posibilidad de su impunidad. f. El delito experimental. g. El agente encubierto. h. La cooperación internacional. 9. A modo de reflexión.

1. NOCIONES SOBRE LA CORRUPCION

La expresión corrupción es en realidad una noción genérica antes que un término jurídico preciso, y constituye el uso indebido de los ámbitos oficiales para la obtención de resultados no oficiales (1). En la base está la confusión en cuanto al límite entre lo público y lo privado, límite que sirve para definir los deberes y las obligaciones de todos. Su manifestación más clara es la aceptación de un soborno por un funcionario público (2).

Reconoce en ese caso, la presencia de dos sujetos: el corruptor, la fuerza que corrompe, y aquella persona sobre quien recae, es decir, aquél a quien echa a perder.

La raíz rumpo aún en otras palabras compuestas, encierra el sentido de un acontecimiento que provoca la ruptura de un proceso normal, de algo establecido por la naturaleza o por el hombre. Así en el orden temporal, se habla de *interrupción* y en el espacial de *irrupción*. La idea de corte de un proceso normal está en estas expresiones.

(1) Cf. Klitgaard, Robert: Estrategias a nivel nacional e internacional para reducir la corrupción, en Pena y Estado A. I N° 1 ed. Del Puerto 1996 pág. 252.

(2) Cf. Medidas prácticas contra la corrupción, en Revista Internacional de Política Criminal N° 41 y N° 42 Naciones Unidas 1993 pág. 2

También la corrupción es un corte, un desvío del orden de las cosas. Dado que va contra el orden establecido, debería ser excepcional, ya que influye sobre el otro y opera en su transformación interna (3); sin embargo, en un sistema de corrupción, la expectativa es que aparezca como conducta muy probable, que no será perseguida y menos aún, castigada (4).

En el análisis que privilegiamos en este trabajo de las acciones que afectan la administración pública, la corrupción consiste en todo abuso que el funcionario hace de la autoridad que le fuera conferida, con miras a la obtención de cualquier clase de lucro (5) e incluye el aprovechamiento de esa condición por el particular.

Si bien existió siempre, es en la era democrática que nace el concepto moderno, al darse cuenta la población que quienes manejan los fondos públicos sólo administran aquello de lo que son titulares los ciudadanos (6).

A pesar de esta percepción y por su condición de ataque a intereses difusos mantiene la calidad de delito sin víctimas, lo que acarrea dificultades suplementarias en la oportunidad de su investigación ya que difícilmente el conocimiento del caso concreto llega a la autoridad competente como puede pasar con un delito convencional (7).

2. CONDICION ESPECIAL DE LA CORRUPCION

Moreno Ocampo la define como la venta de autoridad por dinero y señala el mayor riesgo para las cúspides de sucumbir a ella dada la ausencia de controles (8).

Para comprenderla mejor, hay que diferenciar la corrupción directa y la institucionalizada. Cuando actúa la primera, los agentes, las víctimas, el objeto y los móviles pueden identificarse claramente. Ello sucede en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa.

(3) Cf. Simonetti, José M.: Notas sobre la corrupción, en Pena y Estado cit. pág. 176/177

(4) Cf. Moreno Ocampo, Luis :Entrevista en Pena y Estado cit. pág. 211.

(5) Cf. Ibáñez. Perfecto: Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España, en Pena y Estado cit. pág. 36.

(6) Cf. Entrevista a Moreno Ocampo cit. pág. 214

(7) El término acuñado por Schur, delitos sin víctimas (victimless crimes) abarca un elenco de fenómenos muy dispares como la prostitución, el aborto, la corrupción y en general todas las formas de mercado negro; los caracteriza como de naturaleza transaccional o consensual, en los que falta quien se autorepresente en términos reales y psicológicos como víctima. Los define como «permuta voluntaria de bienes o servicios muy deseados prohibida o sancionada por leyes que normalmente no se aplican y tienen además de eso un papel promotor de patologías secundarias o derivadas»

Vé. Da Costa Andrade. Manuel: El aborto en el Derecho Penal portugués en Doctrina Penal Año 7 Depalma 1984.

(8) Cf. Moreno Ocampo, L: Entrevista cit. pág. 220.

La corrupción institucionalizada crea una brecha entre las exigencias de la sociedad y una respuesta insuficiente por parte del Estado. Ello se debe a la actuación de sujetos no identificados que perturban el funcionamiento de los órganos del estado desde la propia estructura institucional, de modo oculto (9).

No debe enfocarse como la conducta desviada de algunos individuos sin ética, sino como el comportamiento económico calculado de ciertos actores de un sistema corrupto (10).

Implica no sólo la lesión del normal desarrollo de la gestión pública sino que incide sobre las economías y políticas de crecimiento.

Zaffaroni puntualiza que aunque los lugares donde se manifiesta cambian a medida que crece la complejidad del Estado, su espacio predilecto sigue siendo el abuso de poder (11).

Como es una clase de criminalidad económica que casi siempre proviene de situaciones de poder, cuya dañosidad social se origina en el poder económico y su abuso, tiene una íntima relación con la política; incluso se vincula más estrechamente con formas determinadas de hacer política y con la estructura misma de la sociedad, que con la crónica policial anexa al delito común (12).

Integra el sistema político oculto que es el que en buena medida gobierna, quedando la persecución estatal a menudo en la retórica del discurso. Cuando no es oculta y la transparencia resulta desmentida abiertamente, aparece al decir de Pizorno, como una burla (13).

Porque afecta el orden económico constituye delitos de daño, en dimensión mediata macroscópica, que se encara frecuentemente en la normativa como la afectación de la propia imagen de la administración. Hoy se tiende a establecer expresamente en las legislaciones que las figuras delineadas no exigen el perjuicio efectivo del Estado, para evitar la atipicidad de conductas en las que no puede percibirse de forma inmediata el daño que efectivamente crean (14).

(9) Cf. Hurtado Pazo, J.: *Corrupción: caso peruano en Pena y Estado* cit. pág. 156

(10) Cf. Klitgaard, R.: *Estrategias...*cit. pág. 252.

(11) Cfr. Zaffaroni, Eugenio: *El virus del poder*, en *El Correo de la Unesco* Junio 1996 pág. 31.

(12) Cf. Simonetti, J.: *Notas...*cit. pág. 168.

(13) Cfr. Pizorno, Alejandro: *Lo scambio occulto* cit en Simonetti, J.: *Notas...* cit. pág. 193.

(14) Vé. la Convención Interamericana contra la corrupción firmada por los Estados miembros de la O.E.A. el 29 de marzo de 1996. Dice el art. XII: «Para la aplicación de esta convención no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.» También, el Mensaje del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo al Senado. Carpeta N° 481 de 1996, distribuido N° 892 de 1996 pág. 4 y art. 3° del proyecto en sí, pág. 23.

En el Mensaje del proyecto de ley que el Poder Ejecutivo presentara al Senado en junio de 1996, se reconoce como característica de este fenómeno su autoalimentación y tendencia a acelerarse, lo que implica la necesidad de tomar medidas desde distintos ámbitos (15).

Presenta la originalidad y al mismo tiempo el drama de la dificultad para su sujeción que indica Hassemer: «la criminalidad apunta hacia un ámbito que debe combatirse él mismo.» (16).

3. ECLOSION DEL PROBLEMA

Se ha llegado a distintas explicaciones en cuanto al rechazo abierto que se da hoy en día a la corrupción y la proliferación de la ideación de instrumentos para atacarla.

Se arguye que se produjo un crecimiento en términos reales que la ha vuelto intolerable. Como factores de ese incremento y globalización de la misma se menciona la mayor facilidad con que circulan personas, bienes y capitales. Flora Lewis se refiere a la mundialización de la economía que da muchas oportunidades para el enriquecimiento lícito e ilícito (17).

En el mensaje del proyecto que referíamos, se señala precisamente, que la liberalización casi general de los movimientos de capitales ha abierto vías más propias y discretas a la corrupción. En el mismo mensaje se dedica un capítulo a la importancia internacional que adquirió por su contaminación de transacciones y contratos públicos internacionales, estableciéndose figuras como el soborno y el cohecho internacionales (18).

Así como la aceleración del comercio y las comunicaciones apareja tentaciones de carácter económico muy importantes, la modificación abrupta de las estructuras económicas de algunos países también influye en su aumento (19).

(15) Vé. Carpeta N° 481/96 cit. pág. 5.

(16) Cfr. Hassemer, Winfried: Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas en una lucha más eficaz contra la corrupción, en Pena y Estado cit. pág. 150.

(17) Cf. Lewis, Flora: Un fenómeno mundial, en El Correo de la UNESCO, Junio 1996 pág. 16.

(18) Vé. Carpeta N° 481/96 cit. pág. 8.

(19) Por ejemplo, la expansión económica de Venezuela gracias al petróleo en la década de los setenta en la coyuntura de la crisis del Medio Oriente. En este caso, una vieja estructura monoexportadora debió adaptarse de pronto, a la dinámica del capital en el ámbito internacional. La burocracia que la caracterizaba no se adaptó a la transformación rápida del nivel industrial, desarrollándose enormemente la corrupción administrativa. La desorganización, la ausencia de una estructura estable y la bonanza petrolera auspiciaron un materialismo feroz que fomentó la corrupción a gran escala y al mayor nivel. Los casos de Sierra Nevada (1978) y la Partida Secreta en el último gobierno de Carlos Andrés Pérez, tuvieron a éste como principal protagonista, El último llevó a su caída y enjuiciamiento. Vé. al respecto Delgado Rosales, Javier: Corrupción en Venezuela: criminalización simbólica e impunidad en Pena y Estado cit. pág. 103.

Aunque se percibió como una garantía de confiabilidad el que se sancionaran estas prácticas por algunos cuerpos normativos nacionales, se creó un verdadero conflicto de competitividad frente a otros países que mantuvieron la práctica del soborno, constituyendo un serio problema comercial, las legislaciones diferenciadas. Por esto, el gobierno de Estados Unidos tomó como uno de los puntos vitales de su política exterior la lucha contra la corrupción, fenómeno que afecta su concepción misma de los negocios internacionales (19bis).

Además, los análisis a que se abocaron distintos países para conocer los perjuicios sufridos por los actos de corrupción, acreditaron millones de dólares perdidos que llevaron a la reacción también de ellos (20).

Por lo tanto, con intereses claramente coincidentes, se alían países del primer mundo y la población de los países subdesarrollados, lo que no ocurre así con muchos de los gobernantes de éstos que pierden una fuente de ingresos ilegítima (21).

Señala Max Weber que el moderno capitalismo industrial racional necesita tanto de los medios técnicos de cálculo del trabajo como de un Derecho previsible y una administración guiada por reglas formales. Sin esto es posible el capitalismo aventurero, comercial y especulador y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la industria racional privada con capital fijo y cálculo seguro (22).

También Zaffaroni advierte que si hoy se le da una atención preferente, ello se debe a que perturba la vida económica y política de los Estados centrales además de los subdesarrollados (23).

Se ha concluido que para lograr una economía mundial sana se requiere el financiamiento del aparato productivo por inversionistas serios que necesitan garantías jurídicas (códigos tributarios claros por ejemplo) que no den oportunidades mayores a los especuladores (24).

(19bis) Desde 1977 Estados Unidos es la primera nación del mundo que estableció que el pago de dinero efectuado por sus ciudadanos a funcionarios públicos extranjeros con el propósito de sobornarlos constituía delito. (LPCE: Ley sobre Prácticas Corruptas en el Extranjero). Vé. Skol, Michael: La política anticorrupción de Estados Unidos, en Archivos del presente Año 2 N° 5, ed. Fundación Foro del Sur 1996 pág. 122.

(20) Cf. Moreno Ocampo, L.: Entrevista cit. pág. 215. En el caso Lockheed, la venta de aviones a Japón y Holanda se logró desviando fondos públicos recibidos del gobierno americano para pagar sobornos internacionales. Se descubrió en plena campaña inoralizadora post-Nixon.

(21) *Ibidem*.

(22) Cfr. Weber, Max: La ética protestante y el espíritu del capitalismo. ed. Península. Barcelona 1969 págs. 15 y 16, cit. por Simonetti en Notas...cit. pág. 188.

(23) Cfr. Zaffaroni, E.: El virus...cit. pág. 32.

(24) *Ibidem*

4. FUENTES DE PROPUESTAS INTERNACIONALES Y NACIONALES

Este interés internacional se trasunta en simposios y congresos de organismos internacionales, con sus recomendaciones, proyectos y convenciones.

Existe un verdadero aluvión de actividades sobre el tema con el efecto subsiguiente en las legislaciones nacionales. Si bien desde los años setenta hubo una comisión en las Naciones Unidas para preparar un proyecto de anticorrupción, se trabajó mucho tiempo en ello pero no se concretó; en general las inquietudes de esos años tuvieron tímidas repercusiones hasta la década siguiente y sobre todo la actual en la que los acuerdos se suceden.

Así, en el año 1994 tenemos tres hitos importantes: en mayo la Organización de la Cooperación Económica y el Desarrollo adoptó una resolución dirigida a los países miembros para prevenir y reprimir la corrupción en las transacciones internacionales (24bis). En noviembre las Naciones Unidas organizaron en Pretoria una reunión ministerial contra la corrupción. Finalmente, en diciembre, en la Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno se refirieron a ella en la Declaración de Principios y Plan de Acción adoptados en la OEA, comprometiéndose a desarrollar un enfoque hemisférico del problema tanto en los sectores públicos como privado. Se concretó con la Convención firmada en Caracas en marzo de 1996.

En 1995 no fue menos intensa la actividad. En febrero el Consejo de Europa creó un grupo multidisciplinario sobre la corrupción donde expertos de diversos países se reúnen para examinar medidas jurídicas y administrativas para combatirla. La Unión Europea adoptó un código de conducta para asegurar la transparencia en las relaciones entre la Comisión y diferentes grupos de interés. También en el ámbito de la ONU se trabajó sobre un proyecto de código de conducta a estudio de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal con sede en Viena. En mayo de 1995 se trató en el Noveno Congreso de la Organización de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y tratamiento del delincuente en El Cairo. En junio se realizó en Jerusalem, la Tercera Conferencia Internacional sobre Etica del Servicio Público; y en Beijing en octubre, un evento impulsado por gobiernos y organizaciones no gubernamentales que incluyó en su agenda este tema.

En las legislaciones nacionales, los nuevos códigos europeos como el de España y Francia encaran especialmente la corrupción (25) y en América tenemos leyes anticorrupción como la de Brasil de 1993, la colombiana reciente y el proyecto chileno.

(24bis) Cf. Skol, M.: La política...cit. pág. 122. Reconoce que algunos de los países de la OCDE siguen considerando aceptable el soborno e incluso digno de subvención, a condición de que tenga lugar en algún país en desarrollo y no en el suelo nacional. Se llega a permitir que lo pagado por este concepto se deduzca abiertamente. En Alemania se conoce por *schmiergeld* (dinero para huntar) y hasta aparece esta expresión en los formularios de instrucciones para la declaración del impuesto a la renta.

(25) Asimismo, crearon organismos especiales para su combate como la Fiscalía especial de la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción que se instituyó en España por la ley 10 de abril de 1995.

A nivel nacional existen dos proyectos de ley anticorrupción en el ámbito del Senado presentado uno por el Poder Ejecutivo y otro por un fracción del partido de gobierno. El primero incluye la obligación de hacer la declaración jurada de bienes e ingresos, que también independientemente como ley autónoma está siendo analizada por las cámaras.

5. DOS GRANDES ESTRATEGIAS CONTRA LA CORRUPCION

Señalábamos antes que la visión del tema no debe ser a través de los individuos que fallan sino de los sistemas corruptos. De esto deriva que sean de efectos muy relativos las respuestas legales y más que insuficientes las específicamente penales.

En uno de los enfoques realizados se ha planteado el enfrentamiento de la corrupción haciendo hincapié en la legislación penal; otra postura entiende que apenas puede tener alguna utilidad la represión en esta área, debiendo cargar las baterías desde otros ángulos.

Incluso se llega a señalar los peligros que puede encerrar la represión penal. Hassemer insiste en la prevención técnica para enfatizar su pretensión de impedir que mediante nuevas figuras, aumento de las penas de delitos ya existentes o nuevos métodos de investigación, se restrinjan aún más los derechos fundamentales. Propone pues, instrumentos efectivos pero no normativos, entendiendo que la vía apropiada está en los medios técnicos y organizativos (26).

Moreno Ocampo, con su experiencia en el tema, ha dicho: «Cinco años de procesar a altos funcionarios, banqueros y empresarios me enseñaron que ése era un camino equivocado, que la corrupción estructural no se resuelve desde el Poder Judicial. La justicia en el mejor de los casos sólo puede aportar soluciones marginales.» (27).

Por su parte, Zaffaroni resalta que desarrollar el aparato represivo del Estado en el marco de instituciones defectuosas, en las que el poder se ejerce sin contrapeso, equivale a multiplicar las posibilidades de abuso y a fomentar la arbitrariedad y la violencia y en definitiva la corrupción (28).

Lo que parece evidente es que no sirven las estrategias puramente reactivas en que el enfrentamiento a la corrupción proviene de una queja o un reportaje de los medios informativos. Ello revela un impulso del momento sin un plan general. Estrategia por omisión que puede llevar al gasto de un número considerable de recursos en casos en que no debió hacerse tal desembolso por ser de fácil investigación o sin envergadura. Generalmente, cuando se opta por las estrategias reactivas, como se enfrenta normalmente un fenómeno intrínsecamente oculto, el que sale a la superficie es el más flagran-

(26) Cfr. Hassemer, W.: Posibilidades...cit. pág. 152.

(27) Cfr. Moreno Ocampo, L.: Entrevista cit. pág. 208.

(28) Cfr. Zaffaroni, E.: El virus...cit. pág. 32.

te y burdo. Se utiliza para aplacar a la opinión pública sin poner realmente al descubierto la corrupción en gran escala (29).

La referencia a la caza de «peces gordos» alentada por ciudadanos que enfrentan la corrupción desde fuera del ámbito estatal, recuerda los chivos expiatorios de un derecho penal simbólico, mera reafirmación de valores sin efectividad real; aunque hay una importante columna de autores que ve en esta persecución una forma de dar señal de que se acabó la impunidad, lo que es fundamental para que una campaña anticorrupción tenga credibilidad (30), nos afiliamos a quienes advierten en ello el peligro de una política demagógica que hace pensar que no enfrenta el problema y sólo pretende dar la sensación de que existe una preocupación real por parte del Estado (31), cuando no se utilizan otros controles de que el Estado dispone.

Si bien la selección resulta inevitable, ella debe provenir de un análisis previo de datos aportados por servicios propios de investigación, que tengan en cuenta la importancia del hecho a indagar, su dañosidad y posibilidades de éxito.

6. MECANISMOS NO PENALES

Un primer nivel no penal de enfrentar la corrupción está en los instrumentos administrativos. Como lo advierte Cagnoni, «en el campo del combate a la corrupción, la incidencia más grande no es la de los Jueces sino que corresponde a la Administración y al Legislador» (31bis).

Por recomendación del Consejo Económico y Social, la subdivisión de Prevención del delito y Justicia Penal preparó un manual para combatir la corrupción paralelo a una recomendación presentada al 80. Congreso de las Naciones Unidas sobre el tema.

Allí se precisa que para mejorar el nivel de integridad de la administración hay que recurrir a mecanismos administrativos reglamentarios, de gestión y de presentación de informes. Señala que las sanciones penales pueden ayudar a lograr la honradez en la administración solamente en una organización correctamente administrada y bien motivada (32).

(29) Cf. Medidas prácticas...cit. pág. 13

(30) Cf. Klitgaard, R.: Estrategias...cit. pág. 256.

(31) Cf. Bustos Ramírez, Juan: Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico, en Revista de Ciencias Penales. Estudios en homenaje a Adela Reta N° 2 1996 pág. 43, en la crítica al Derecho penal como primario.

(31bis) Cfr. Cagnoni, José A.: «La Justicia frente a los fenómenos de corrupción», repartido de la conferencia inédita dictada el 27 de noviembre de 1996 en el Seminario «La Justicia y la Sociedad» organizado por la Fundación Wilson Ferreira Aldunate.

(32) Manual citado en Medidas prácticas ...cit. pág. 4.

6. 1. Injerencia de la Política-económica

Muchas de las propuestas para la prevención surgen de las tiendas de los economistas, aunque a veces, con signos contradictorios, esgrimiendo como elementos anticorrupción sus propias ideas económicas.

Entre los enfoques contrapuestos, se advierte que se ha dicho que fomentan este flagelo las administraciones regionales pues aumenta la libre atribución de contratos por la vía amistosa y la facilidad para sustraerse al control de la administración central (33). Otros en cambio, opinan que para reducir la corrupción debe además de achicarse el Estado y alentar la productividad, tenderse a la descentralización (34).

Se insiste por un lado, en la apertura de la competitividad, de los incentivos sanos, de la información, constituyendo frecuentemente la legislación una traba pues el campo legal multiplica las oportunidades de corrupción cuando restringe el flujo de información y crea mini-monopolios (35).

La orientación intervencionista de las políticas económicas provocó un crecimiento del Estado en muchos países; a ello se opone hoy la consagración de una economía liberal a nivel mundial.

Concomitantemente, ha sido señalado como factor criminógeno ese crecimiento del Estado, de la burocracia, reforzándose con este otro elemento la línea argumental que pretende consagrar políticas económicas en las que se reduzca la participación del Estado.

Coincide pues, en este aspecto, el enfoque de la lucha contra la corrupción con la nueva política económica que podemos ubicar a partir de los años ochenta, cuando se reformula los límites del Estado a favor de las iniciativas privadas, buscándose lo que se conoce como desregulación, desestatización y privatización (36).

Sin embargo, no creemos que sea tanto el tamaño del Estado como su ineficiencia lo que provoca la corrupción. Más que su extensión, que ciertamente en un Estado ineficiente aumenta las oportunidades de corrupción, son circunstancias como la excesiva morosidad de los organismos para atender al público o resolver los asuntos, que conducen a «recompensar» el trabajo del funcionario.

La eficiencia del Estado es una forma de reducir los costos de la legalidad, y para mantenernos dentro de ésta los costos de ella deben ser más bajos que los de la ilegali-

(33) Cf. Della Porta, D.: El lobo en la democracia, en *El Correo de la UNESCO* cit. pág. 18

(34) Klitgaard, R.: *Estrategias...* cit. pág. 258. Transparencia Internacional advierte en un «manual sobre corrupción» presentado a comienzos de octubre de 1996 en Washington que «la discrecionalidad burocrática (que abre las puertas a las decisiones corruptas), puede continuar siendo necesaria para una administración efectiva» (y) «una aplicación estricta de las leyes también es costosa». Vé. *Semanario Búsqueda* de 17 de octubre de 1996 *Sec. Información General* pág. 22.

(35) Klitgaard, R.: *Estrategias...* cit. pág. 252 nota 10.

(36) Cf. Beraldi, Carlos: *Control de la corrupción mediante la desregulación*, En *Pena y Estado* cit. pág. 38.

dad. Ello se logra con relaciones más abiertas, transparentes y simples con el Estado (37).

6.2. Enfoques interrelacionados

Distintos analistas del tema consideran como vías fundamentales para encarar la corrupción varios aspectos que se hallan interrelacionados: la transparencia, los controles y la información o comunicación. Esta última en realidad, se transforma en un mecanismo de control a través de la denuncia en la que también juegan un papel importante los medios de comunicación.

Una característica de la corrupción es que quienes tienen más poder, reciben menos controles y así es más fácil que sucumban a las oportunidades de corrupción. Pero debemos hacer algunas distinciones; así, una diferencia en este aspecto entre países desarrollados y los del Tercer Mundo está en que en éstos la corrupción se advierte claramente en los niveles más bajos, mientras que en aquéllos no surge a simple vista; no se percibe en el revendedor de entradas o en la policía de tránsito; y sólo actúa a escala importante en la forma sofisticada que lo suele hacer en la cumbre (38).

a) *Transparencia.*

La falta de procedimientos claros es un defecto generalizado y que crea serios problemas de organización y método en la gestión administrativa y por ende es susceptible de provocar distorsión en el servicio. Es imprescindible un manual que discipline la actuación de los empleados reduciendo el margen de discrecionalidad y que pueda ser conocido también por los usuarios, sin quedar como una información de unos pocos iniciados que la van transmitiendo por cuentagotas sin permitir una visión global de los pasos que seguirá cualquier tramitación.

La simplificación de las normas, con lineamientos que delimiten lo permitido y lo prohibido ayuda no sólo al funcionario a quien allana el procedimiento de dar cuenta acerca de la propia conducta, sino que favorece al ciudadano, ya que a éste le facilita comprender cómo se espera que trabaje cada sistema de administración pública y su propia respuesta.

Es necesaria la profesionalización de la burocracia con funcionarios que se sientan ligados a la administración por una carrera dentro de ella y con adecuada formación ética. A ello tienden los distintos códigos de conducta que se han redactado en las órbitas nacionales e internacionales. La errónea concepción del poder y la autoridad que se adquiere en el ejercicio de la actividad es un fuerte factor criminógeno que para erradicar se necesita una solidez moral que debe fomentarse sistemáticamente por la propia administración.

(37) Cf. Moreno Ocampo, L.: Entrevista...cit. pág. 225.

(38) Id. págs. 220/221.

Se insiste en la educación ética, en el conocimiento de las obligaciones morales de la función pública con readiestramiento periódico. Para quienes tienen posiciones de privilegio se requieren controles complementarios, límites bien definidos de una ética de poder que no tutela intereses privados sino que asegura valores en los que se evidencia un interés público de primer plano (39).

Se tiende a privilegiar la claridad y para ello se proponen dos caminos: permitir que el funcionario acepte cualquier atención social en forma de comidas o bebidas o prohibirlo de modo tajante; cualquiera de las dos vías es mejor que promulgar normas tortuosas que se fundamentan en el valor, la intención y la índole de la relación, pues sirven para quien actúa con astucia a establecer vínculos muy comprometidos (40).

En el ámbito local, el proyecto del Poder Ejecutivo contiene un mandato a las administraciones estatales para que adopten dentro de cierto plazo códigos deontológicos respecto de sus funcionarios (41). La Comisión Nacional especial que se crea, tiene entre sus cometidos la elaboración de un modelo tipo para ser aplicado –con las adaptaciones del caso– en las diversas ramas de la Administración pública (42).

Se busca un punto de referencia preciso para saber qué puede aceptarse o rechazarse e incluso tener abiertas puertas para consultar en caso de dudas.

Para que estas normas no sufran distorsiones o efectos negativos también se dan ciertas pautas. Tienen que abarcar a todos, jerarcas y funcionarios, con información previa sobre el sentido de estos instrumentos pues se corre el peligro de que se adviertan como un ataque a la libertad de trabajo, como medio de imponer restricciones a los trabajadores.

Si bien se necesita un tronco común de principios y recomendaciones aplicables a todos sus funcionarios, es imprescindible la diferenciación de normas para ciertas categorías por su mayor exposición a la corrupción. Es el caso de quienes intervienen en la contratación o en los movimientos de fondos (43).

Para alimentar la transparencia en la función pública, se impone la declaración jurada de bienes e ingresos de aquéllos que tienen cargos de alto nivel o donde el riesgo de corrupción es mayor por sus cometidos (44).

(39) Cf. Cruz Castro, Fernando: La investigación y la persecución de la corrupción, en Pena y Estado cit. pág. 87.

(40) Cf. Medidas prácticas...cit. pág. 7.

(41) Cfr. Mensaje cit. pág. 11 y art. 4 lit. h. de carpeta N° 481/96 cit.

(42) Cf. art. 4 lit. h y art. 3.

(43) Cf. Mensaje cit. págs. 10/11 de carpeta N° 481/96 cit.

(44) Vé. en nuestro país el proyecto de ley cristal que tiene su antecedente en el Decreto-ley 14.900 de 31 de mayo de 1979. Se da una duplicación de normas, ya que el proyecto (con media sanción) está a estudio del Poder Legislativo. No se advierte por qué se incorporan normas al respecto aquí.

De reciente creación, existe una organización no gubernamental, Transparency International, que tiene por objeto combatir la corrupción en la órbita mundial a través de la incentivación de cambios en las leyes, las instituciones y las políticas (no partidarias) de cada país (45).

b) Controles.

I. Su necesidad

Ha dicho Cagnoni que en el Estado de Derecho tanto el Poder debe considerarse su control, pues no hay poder ejercido democráticamente si no es el poder controlado (46).

Una práctica viciosa es que con el pretexto de obviar procedimientos que enlentecen los trámites, se induce a los funcionarios a emplear medios ilegales para superarlos. Incluso una recta voluntad de simplificar las etapas puede conducir a situaciones ambiguas, como el empleo excesivo de motivos de urgencia o el argumento de la complejidad técnica para dejar de lado la licitación (47).

En las recomendaciones de todos los congresos aparece la constante referencia a los controles a través de mecanismos minuciosos para evitar los fracasos.

La retribución por parte de los particulares de actividad ilícita de la administración proviene sobre todo de la ausencia de controles efectivos sobre los trámites. Esa supervisión no puede dejarse en manos únicamente de un organismo ajeno a cada repartición, —como puede ser el Tribunal de cuentas— sino que desde dentro tiene que existir un núcleo operativo específico encargado de controlar la normalidad del funcionamiento, detectando las infracciones que se cometen.

Se plantea la figura del auditor interno como contacto lógico y punto de selección de las reclamaciones de los ciudadanos que al mismo tiempo estimule y aproveche la corriente de información que es esencial para identificar y combatir las conductas desviadas en la administración.

Se acordó en la Convención de la OEA crear, mantener y fortalecer sistemas para la contratación de funcionarios y la adquisición de bienes y servicios de modo de asegurar la publicidad, equidad y eficiencia (48). Asimismo se previó la creación de órganos de control superior para desarrollar modernos mecanismos (art. III.9) que plasmó en el proyecto en la Comisión Nacional de lucha contra la corrupción que veremos después.

(45) Cf. Elgen, Peter: La creación de coaliciones para generar «islas de integridad», en *Pena y Estado...cit.* pág. 242. Vé. nota 34.

(46) Cfr. Cagnoni, J.: *La Justicia frente...cit.*

(47) Cf. *Mensaje...en Carpeta N° 481/96 cit.* pág. 12.

(48) Cfr. Puntos 5 y 6 del art. III que se titula *Medidas preventivas*

A un organismo penal le resulta imposible analizar por iniciativa propia de modo sistemático, los procedimientos seguidos en las instituciones públicas para aprobar ofertas. Sólo lo hace si recibe una denuncia concreta de ilicitud penal. Parece más adecuado y eficaz que sea dentro de la administración que se realice esa función de modo ágil y permanente, culminando con recomendaciones de medidas preventivas y correctivas, y sólo cuando corresponda, remitir prueba a la jurisdicción penal (49).

II. Denuncia

Una de las formas de poner en marcha el control es a través de la denuncia que recibe en todos los ámbitos una particular atención.

La recomendación a nivel internacional se dirige tanto a la regulación de la denuncia interna, de un funcionario sobre otro, como la denuncia del público respecto del funcionario.

Se ha tratado pormenorizadamente: la mejor forma de presentar informes contra los funcionarios, la oportunidad de la comunicación a éstos, la aceptación de denuncias telefónicas y anónimas. Se llegó a sostener que no puede ascenderse en su carrera a quien está siendo objeto de investigaciones, aún por una denuncia anónima. Esto constituiría un medio ágil para cercenar las aspiraciones administrativas de cualquier rival.

En Colombia, la reciente ley anticorrupción prevé las líneas calientes (hot lines) por las que a través de llamadas telefónicas gratuitas puede cualquier persona hacer denuncias, críticas o recomendaciones, mecanismo ya existente en el país y difundido (50).

Se maneja también la inversión de dinero en incentivos importantes para poner al descubierto la corrupción, dando una recompensa una vez verificada la exactitud y utilidad de la información proporcionada. Aún al sujeto anónimo puede entregársele el premio ofrecido a través de programas con claves o símbolos como única forma de contactarse con el informante.

En cuanto a la protección de aquél que hace la denuncia y de quien investiga existe una tradición de mecanismos muy desarrollados en algunos países que pueden adoptarse en otros. Las represalias a que se está expuesto hacen que en ciertas naciones la continuidad de denuncias e investigaciones se mantengan exclusivamente por el coraje individual. En la Convención de la OEA en el capítulo de la prevención se trata en un ítem la protección de la identidad (art. III.8)

(49) Cf. Medidas prácticas... cit. pág. 7

(50) Cf. Pardo Martínez, Orlando: La participación ciudadana en el control de la gestión pública, en Temas socio-jurídicos. Univ. Autónoma de Bucaramanga Colombia vol. 13 N° 29 dic./1995 pág. 82.

c) La información

Concepto más amplio que el de la denuncia, incluye a ésta y es gravitante en un doble sentido: como comunicación al público, con la influencia de fenómenos tan importantes como la televisión y también como proveniente del público que logra superar el secreto inherente a la práctica de la corrupción, que veíamos recién.

La corriente de información se vincula, obviamente a los controles; ellos provienen de la propia administración que exige técnicas y especialización en el fenómeno de la corrupción, pero también provienen de la sociedad. Para que ésta pueda controlar se considera que necesita, además de las protecciones que garanticen su incolumidad, una preparación que la haga muy activa de modo de saber presionar a quienes toman decisiones. (Se ha llamado «corrupción pasiva» la actitud de quien conoce los hechos pero nada dice.)

Para que se dé la respuesta esperada de que hagan conocer sus reclamos, antes y en la dirección inversa, tiene que haberse dado los medios para la participación ciudadana. Generar y difundir información acerca de los servicios públicos es imprescindible para controlar a éstos (51).

La sociedad activa, por tanto exigente en el control de la corrupción, puede manifestarse no sólo por el voto sino de modo masivo y cotidiano en la encuesta, en la carta a los periódicos, en la televisión (52). La ley anticorrupción colombiana de 1995 establece en el art. 50 la posibilidad de realizar estudios de opinión sobre la prestación de los servicios o el funcionamiento de determinada entidad. Es un mecanismo que ya existía dentro de las funciones administrativas de las instituciones del Estado y que fue tomado de las estrategias mercantiles y conocido como los estudios de mercado (53).

Se fomenta en todas las propuestas el compromiso de los ciudadanos, de los gremios, de las Ongs, de los medios de comunicación pública y de las empresas privadas.

La participación de la sociedad, fenómeno que ha sido definido como una actitud individual, volitiva, de tomar posición en un espacio donde se interactúa, en el que quien participa busca incorporar sus intereses o visiones para determinar cierto tipo de relaciones con los demás, es una posibilidad de incidir en un espacio social, que puede producirse también como un acto colectivo (54).

Entre las distintas clases de participación que se fomulan, –subordinada, delegatoria, etc.– se pretende lograr la emancipadora, donde la sociedad civil asume los instrumentos y recursos, el Estado incluido, para satisfacer las necesidades colectivas

(51) Cf. Klitgaard, R.: Estrategias...pág. 253.

(52) Cf. Moreno Ocampo, L.: Entrevista...cit. pág. 222.

(53) Cf. Pardo Martínez, O.: La participación...cit. pág. 82.

(54) Id. pág. 77.

(55). Sin embargo, frecuentemente puede resultar traicionada, y quedar apenas en la participación subordinada donde se sigue sometido al control institucional. Así entiende Pardo Martínez qué sucede con la creación de la Comisión especial de la ley colombiana (56).

d) Medios de comunicación

Desde el ángulo de las ciencias sociales, el fenómeno de la corrupción, por mucho tiempo, no ha tenido el espacio que debería haber llenado. Quizá, como piensa Simonetti, es una prescindencia sospechosamente funcional, ya que se pierde así el trabajo criminológico que constituye el apoyo invalorable de la planificación de la política criminal estatal (57).

Con características propias, ocupó ese lugar el periodismo que con menos verificabilidad, objetividad o marco teórico, maneja y accede a una información que las ciencias sociales no han adoptado decididamente como objeto.

El mundo periodístico juega un papel esencial, y aún empresas reacias en principio a la comunicación de «situaciones enojosas» para poderosos, se ven obligadas a la publicación por la trascendencia de esas situaciones y la repercusión negativa de un eventual silencio al respecto (58).

Los medios de información tienen una condición ambivalente. Por un lado son útiles al recabar el apoyo del público y ayudan a conformar la opinión pública, controlando algunos de ellos la transparencia y responsabilidad en la labor del gobierno.

Por lo tanto, desde ese ángulo prestan ayuda a la investigación, colaboran en la obtención de la prueba e información y pueden favorecer la inhibición de comportamientos delictivos.

(55) Múnera Ruiz distingue cinco tipos de participación. La subordinada donde la articulación de la sociedad civil en la esfera de lo público es controlada y tutelada por las instituciones estatales; donde la política a seguir está decidida y sólo se debate con apariencia de libertad. La participación delegatoria en la que el Estado delega su responsabilidad en la sociedad civil, pero no privatiza necesariamente los recursos. Tiene el efecto de desestatizar las relaciones sociales en función del mercado y la sociedad civil administra directamente sus crisis socio económicas. En la participación consensual el estado reconoce las diferentes fuerzas políticas y sociales con capacidad de presión sobre sus decisiones. En la concertación ve un camino para la resolución de los conflictos. La participación sustitutiva busca desestatizar con una confrontación directa de unos actores políticos con el Estado. Finalmente, indica la emancipadora en la que es la sociedad que llega al Estado, lo filtra y asume el control de los espacios sociales institucionales y no institucionales. Es un complejo proceso de resocialización de la misma sociedad civil y el Estado, pretendiendo hacer de la política una real práctica ciudadana. Vé. Múnera Ruiz, Leopoldo: Conferencias. Especialización en Instituciones Jurídico-políticas y Der. Públ. Convenio UIS-UN 1993-4, cit. por Pardo Martínez, O. en La participación...cit. pág. 78.

(56) *Ibíd*em

(57) Cf. Simonetti, J.: Notas...cit. pág. 169.

(58) En el mismo sentido, Moreno Ocampo, en la Entrevista cit. págs. 220/ 221.

Pero al mismo tiempo, en el afán de la noticia, de modo frecuente revelan inoportunamente datos que debieron tenerse ocultos para el éxito de una investigación que requiere el enfoque profesional discreto (59).

Además, si bien la información cumple un rol profiláctico para advertir a la población de fraudes, se corre el riesgo de que sólo se practique la incentivación de escándalos para una explotación redituable.

Creemos que hay que ser cautelosos al señalar las bondades de instrumentos tan poderosos y que tan negativos han podido ser para desentrañar la realidad, donde se interinfluyen la opinión publicada y la pública, donde no sólo se refleja el proceso social sobre el cual se informa, sino que se interviene en el proceso social al provocar reacciones a sus noticias y luego informar sobre éstas (60). Recordemos que sin métodos científicos elaboran representaciones de la criminalidad y la justicia criminal que no son contrastados con criterios de evaluación de fiabilidad ni revisados por investigadores criminológicos.

Los medios de comunicación han sabido crear muchas veces «olas de criminalidad», impresiones subjetivas de estallidos o epidemias periódicas de actos delictuosos que no existen en realidad (61).

Tampoco podemos olvidar que si bien la sociedad se manifiesta básicamente a través de los medios de comunicación, éstos a su vez son manejados por grandes empresas con redes de intereses muy extendidas. Dar exagerada relevancia a la opinión pública, fenómeno que se interrelaciona tan estrechamente con los medios de comunicación, es olvidar que éstos pueden manipularla y transferir una cuota suplementaria de poder a esos medios.

Aún no se ha logrado frente a los medios masivos de comunicación un adecuado sistema de garantías para la sociedad, por lo que no se puede sostener que son un remplazo oportuno de la administración de justicia estructuralmente ineficaz e inoportuna. Es una solución fácil con la que se corre el peligro de afectar el sistema de garantías individuales (62).

En síntesis, puede admitirse que los medios de comunicación desempeñan un papel importante para lograr el apoyo del público y hasta para obtener recursos. Apuntalan la transparencia y la responsabilidad de los funcionarios, pero sus intereses no coinciden con los de los investigados, fiscales o jueces, lo que siempre se debe tener presente.

(59) Cf. Medidas prácticas...pág. 14.

(60) Cf. Schneider, Hans: Medios de comunicación de masas, en *Doctrina Penal Año 12* Depalma 1989 pág. 78.

(61) Cita de Mark Fischman por Schneider; H.: *Medios...cit.* págs. 76/77.

(62) Cf. Editorial de Pena y Estado cit. pág. 20.

6. 3. Un instrumento particular: la Comisión anticorrupción

Se considera como condición indispensable para enfrentar la corrupción una figura de poder dedicada a investigar con independencia una acusación, que proteja de presiones indebidas a la autoridad encargada de luchar contra la corrupción o que le deje margen de maniobra para adquirir una solidez orgánica suficiente, con el apoyo público e institucional para resistir las amenazas de represalias profesionales y hacer caso omiso de ellas. Se entiende que puede potenciarse esa solidez mediante un servicio de carrera (63).

La recomendación en los ámbitos internacionales es la de crear una comisión independiente de lucha contra la corrupción sobre el modelo de la de Hong Kong o una figura anticorrupción que coordine un esfuerzo generalizado en todo el gobierno en ese sentido (64).

En Hong Kong se creó en 1970 la Comisión Independiente de lucha contra la corrupción, cuya única función es la lucha contra este flagelo. Es independiente de toda autoridad, salvo la revisión judicial y el apoyo presupuestario.

La ley francesa del 29 de enero de 1993 creó un órgano central para esta lucha con la doble finalidad de la prevención y la represión. Sus funciones no concurren con las de los jueces; sin poderes de instrucción, persecución ni sanción, típicos de la función jurisdiccional, queda inhibido de actuar una vez que un asunto concreto sobre corrupción es tomado por la justicia penal. Esto es sin perjuicio de que puede colaborar por encargo y a solicitud del juez o fiscal interviniente (65).

El Mensaje del proyecto uruguayo alude a ese antecedente y menciona la creación de la Comisión Nacional de transparencia, «órgano independiente y dotado de autonomía técnica al que se confieren diversos cometidos específicos para la prevención y la represión de la corrupción pública.» (66). De integración colegiada para evitar personalismos y reducir posibilidades de error, centraliza las informaciones, investigaciones y asesoramiento a organismos públicos y asistencia a autoridades judiciales, así como recibe las declaraciones juradas (67).

Se conforma como una «comisión de notables», buscando el prestigio de sus integrantes con plena autonomía y designados con venia del Senado.

En el derecho comparado, la ley colombiana anticorrupción creó dos comisiones. Una se conforma por personas que se extraen de los cuadros estatales, constituida por

(63) Cf. Medidas prácticas...cit. pág. 10.

(64) Cf. Klitgaard, R.: Estrategias...cit. pág. 257.

(65) Cf. Mensaje ...en Carpeta N°481/96 cit. pág. 12.

(66) *Ibídem*

(67) Cf. Mensaje...en Carpeta N°481/96 cit. pág. 14.

representantes de las principales instituciones del Estado; es la Comisión Nacional para la Moralización con funciones muy vagas. La otra, la Comisión Nacional Ciudadana, pretende ser el referente civil de participación social que se articula en el Estado para enfrentar la corrupción. Se le confieren funciones complejas que exigen una infraestructura técnica muy completa para tareas que van desde las asesorías, estudios, inicio de investigaciones, hasta la vigilancia y fiscalización de la gestión pública, repitiendo funciones que ya tenían otros organismos. Reconoce la ineficacia que tuvieron los viejos, por lo que para muchos sólo se pretende imputar a este nuevo ente las responsabilidades de aquéllos (68).

Para Pardo Martínez la creación de comisiones especiales tiende a la burocratización del control mismo del Estado. Instituciones y mecanismos jurídicos ya existen y lo que se requiere es que operen haciendo cumplir las leyes. En la clasificación que adopta, se inclina por considerarlas una participación subordinada pues se las incorpora para avalar las decisiones gubernamentales. Se estatiza la sociedad civil, tratando de ganar legitimidad, y se genera en la ley el efecto simbólico, porque ella produce mejores resultados por aquello que hace creer y no por lo que se hace o permite hacer (69).

Por otro lado, se siente la ausencia de las organizaciones no gubernamentales, de las que se recomendó la presencia en la Convención de la OEA (art. III 11). No se las hace jugar como actores coadyuvantes en los procesos de fiscalización y control de la gestión pública, más próximos a la participación de la sociedad civil (70).

El proyecto del ejecutivo nacional enseguida de definir la corrupción, a lo largo del capítulo III, se refiere a la creación de la Comisión Nacional de Transparencia Pública, sus extensos cometidos, integración, recursos.

El delicado tema de la designación de sus miembros se resuelve disponiendo que es el Presidente de la República en acuerdo con el Consejo de Ministros quien los designa —entre personas de reconocida solvencia moral— requiriendo la venia del Senado por mayoría absoluta. Su destitución se efectúa también por el jefe máximo del gobierno con el Consejo de Ministros por resolución fundada y sólo dando cuenta a la Asamblea General (71). En un primer análisis, aparece como un protagonismo excesivo del Poder Ejecutivo en la designación de quienes precisamente, la mayoría de las veces deberán investigar denuncias contra ese Poder del Estado.

(68) Cf. Pardo Martínez, O.: La participación ...cit. pág. 82.

(69) *Ibidem*

(70) *Ibidem*

(71) Art. 6° del Proyecto en la Carpeta N° 481/96cit.

7. INSTRUMENTOS PENALES

En la esfera penal se ha manejado y efectivizado un abanico de posibilidades: desde la pretensión de atacar la corrupción con el aumento de las penas en delitos ya existentes a la creación de nuevas figuras y procedimientos penales algunos de los cuales que menoscaban garantías caras al Estado de Derecho.

Aún quienes estampan soluciones penales reconocen que sólo se incorporan como un elemento más de la lucha propuesta. Pero lo más perjudicial de ella es el apartamiento de los principios referidos.

Tipos abiertos, presunciones, delitos sin conducta se abaten desde normas penales sobre toda la población y no exclusivamente sobre aquéllos contra quienes formalmente se dirige la amenaza. Como se señala en el editorial de la publicación *Pena y Estado* dedicada a la corrupción: «ninguna responsabilidad político criminal es válida si evade el sistema de garantías, aunque se trate de un problema social grave.» (72)

En el ámbito local, el Mensaje del Poder Ejecutivo, que reconoce que «la lucha contra la corrupción requiere un vasto cúmulo de medidas en distintas áreas que se complementan», también agrega que «cabe afirmar que la legislación penal puede ser el más poderoso elemento disuasivo.» (73). Se aumenta la pena de algunas figuras, se amplía el alcance de otras y se crean nuevas, siguiendo algunas de éstas los recientes códigos penales español y francés.

7. 1. Algunos intentos legislativos de enfrentar la corrupción

En el Reino Unido, la ley de prevención de la corrupción de 1916 dispone que si se prueba que un funcionario pagó, entregó o recibió dinero, regalos o cualquier otro beneficio por medio o de parte de una persona o agente de una persona, que obtuvo o espera obtener un contrato con cualquier organismo público, se presume que el dinero, regalo o beneficio fueron pagados o entregados y recibidos en forma corrupta y que corresponden a la inducción o recompensa a que hace referencia dicha ley, a menos que se pruebe lo contrario. Las críticas que conocemos no se dirigen a cuestionar la presunción como técnica legislativa, sino que se refieren al alcance de la norma. Se ha visto como una dificultad de esta previsión el que no queden incluidos en la presunción los concejales y al referirse a contratos se excluya también las meras autorizaciones (74).

Cuando en Venezuela la opinión pública reaccionó ante la desembozada corrupción que se desarrolló en la década de los setenta, se promulgó la ley orgánica de salva-

(72) Cfr. *Pena y Estado* cit. pág. 19

(73) Cfr. *Mensaje...en Carpeta* N° 481/96 cit. pág. 11.

(74) Cf. Monty Raphael. O.: *Panorama de los delitos previstos en el «derecho legal» y en el «derecho de precedentes» en el Reino Unido*, en *Pena y Estado...cit.* pág. 263.

guarda del patrimonio público. Es un cuerpo único que recoge tipos delictivos dispersos en anteriores leyes; también aparecen algunas nuevas tipificaciones sin muchos cambios. Su rasgo distintivo fue el casuismo y la falta de una adecuada técnica legislativa, además de severizar las penas (75). En realidad, no se aplicó significativamente al funcionario público de alto nivel.

En los movimientos de Derecho comparado para enfrentar la corrupción, un grupo de Fiscales en Italia, propuso una serie de medidas en 1994. Entre otras, se apuntala la supresión del delito de concusión para dejarlo incluido en la corrupción, que tampoco distingue la propia de la impropia (76).

Esta parificación legal de concusión y corrupción fue muy criticada pues se severiza la situación de quien es inducido a prometer o a depositar la suma de dinero indebidamente pedida con aquél que espontáneamente la ofrece. No es un argumento válido los intentos de moralidad y de interés de la economía pública que se manejaran; que la distinción entre corrupción y concusión pueda ser difícil muchas veces, que el corruptor trate de hacer creer que fue inducido a depositar y que es víctima de la concusión, así como el autor de la concusión pretenda demostrar que se trató de corrupción, es una dificultad que siempre debieron enfrentar los jueces. Pero esto no autoriza la supresión legal de una distinción ontológicamente existente, que ignorarla implica la injusticia frecuente en la aplicación de la ley.

7. 2. Una previsión reiterada: El enriquecimiento ilícito

En Brasil, a impulsos del clamor ante las denuncias de actos de corrupción que habían pasado a formar parte de lo cotidiano en la escena política, se dictó una ley, la No. 8429 de 2 de junio de 1992. Estableció las sanciones aplicables a los agentes públicos «en los casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de mandato, cargo, empleo o función en la administración pública directa, indirecta o fundacional» (77).

En nuestro país, se prevé en el proyecto del Poder Ejecutivo la investigación por la Comisión Nacional del posible acto de corrupción que se halla detrás de la ausencia de explicación o la explicación no convincente sobre la aparición de signos exteriores de riqueza «manifiestamente desproporcionados con la situación económica». (art. 26, art. 4 lit. c.)

(75) Cf. Delgado Rosales, J.: Corrupción administrativa en Venezuela: criminalización simbólica e impunidad, en *Pena y Estado* cit. págs. 103/104.

(76) Cf. Vassalli, Giuliano: Emergencia criminal y sistema penal, en *El Derecho penal hoy* cit. pág. 450

(77) Cf. Gatto, Rey Alberto: A atuação do Ministério Público em face da Ley Nº 8.429/92 (Lei anticorrupção) en *Justitia Orgao do M.P. de Sao Paulo* Vol. 161 jan.-mar. 1993) Se define la corrupción como «ato de improbidade», por lo tanto, se la encara como la violación del deber de probidad que todo administrador tiene. Surgen figuras típicas genéricas, con listas ejemplificadoras.

La Convención de la OEA establece que los Estados miembros, con sujeción a la Constitución y las leyes, adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito el incremento del patrimonio. (art. IX) La redacción del proyecto del Poder Ejecutivo adoptó una postura más garantista que la que siguiera el otro proyecto presentado. Este último implica la consagración de una presunción en contra del funcionario por el hecho del enriquecimiento. Bajo la denominación de enriquecimiento ilícito impone la presunción de su ilicitud pues al no justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial, «posterior a la asunción de un cargo o empleo público, siempre que el hecho no constituya otro delito más grave será castigado con» (art. 3o.) (78).

Surge de la propia redacción que basta el enriquecimiento no justificado para configurarse el delito en la primera modalidad mientras que en la otra, la del enriquecimiento «de persona interpuesta para disimularlo» se agrega un elemento que deberá ser probado, la disimulación del enriquecimiento con el empleo de un hombre de paja.

De todas formas, se quiere consagrar una previsión con fuente inmediata en el art. 268 del C.Penal argentino incorporado por el art. 9o. de la ley N°16.648 y que aparejó poca importancia práctica y críticas como la de Sancinetti (79).

La filosofía de la disposición está en la sospecha: la existencia de una situación de mejoramiento económico no explicado lleva a deducir un delito detrás. Configura precisamente uno de los conocidos como «delitos de sospecha», delitos sin conducta que en nuestra legislación son escasos y varios de ellos se han consagrado como meras faltas.

Esta previsión vulnera las garantías del Estado de Derecho, pues afecta la presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba sin siquiera además, referirse a hechos concretos.

Como indica Sancinetti, enriquecerse no es un comportamiento, sino el resultado de la comparación del estado patrimonial de una persona en dos momentos distintos, por lo que se sanciona algo que puede producirse sin conducta (80).

También se afecta la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo (principio *nemo tenetur*.) No puede argüirse que si explica el origen del enriquecimiento declara a su favor, porque resolver qué dice o calla es una opción que corresponde al indagado (81).

En Italia, en 1992, todavía bajo la emoción causada por los asesinatos de los jueces Falcone y Borsellino, se sancionaron una serie de disposiciones en materia penal,

(78) Vé. carpeta N° 469 de 1996, distribuido N° 868 de 1996.

(79) Cfr. Sancinetti, Marcelo : El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268(2) del C.P. argentino, en *El Derecho Penal hoy. Homenaje a David Baigún* Editores del Puerto 1995 pág. 289 y ss.

(80) Cf. Sancinetti, M.: El delito de enriquecimiento... cit. pág. 298.

(81) Cf. Sancinetti, M.: El delito de enriquecimiento... cit. pág. 306.

procesal penal y penitenciaria, contra las asociaciones mafiosas. El art. 12 ley No. 356 de 7 de agosto de 1992 establece la figura autónoma de posesión injustificada de valores para sujetos determinados (sometidos a proceso penal por un delito de contrabando, de mafia, o conectado, extorsión, etc.) (82).

Contra esta figura se plantearon objeciones de inconstitucionalidad. Por sentencia No. 48 de 19 de febrero de 1993, la Corte constitucional decidió su ilegitimidad constitucional al afectar el principio de la presunción de no culpabilidad. La Corte apuntó fundamentalmente a que el sujeto activo de un delito no podía ser determinado sobre la base de status procesales que por su naturaleza son inestables como la condición de imputado o investigado (83).

7.3. Penas

La tendencia es a elevar las penas, y en el proyecto del Poder Ejecutivo se añaden a las penas privativas de libertad las de multa, con acentuados guarismos. Se pretende con ello la desinsensibilización, haciendo variar la ecuación costos-beneficios.

Las sanciones económicas son una recomendación generalizada a nivel internacional, que se extienden —sin la naturaleza de pena— a las empresas involucradas en estas prácticas (84), las que automáticamente se incorporan a los costos del negocio.

8. AMBITO PROCESAL

8.1. Órganos especiales

En Alemania, a pesar de su desarrollo político y jurídico, el Ministerio Público por su dependencia del Poder Ejecutivo ha demostrado una incapacidad absoluta para ejercer la acción penal frente a personas con poder político y económico. El poder político puede interferir el desarrollo del proceso, ordenando según los casos el archivo, la sustitución de fiscales, etc. En la mayoría de los países hispanoamericanos tampoco el ente acusador posee la independencia que exige la investigación de hechos impropios y abusivos de funcionarios públicos (85).

La reciente reforma constitucional argentina eleva el Ministerio Público a la categoría de otro Poder del Estado, pero la permanencia de la designación de sus integrantes por el Poder Ejecutivo, quita relevancia a esa proclama (86).

(82) Cf. Vassalli, Giuliano: *Emergencia criminal...* cit. pág. 449.

(83) Cf. Vassalli, G.: *Emergencia criminal ...* cit. págs. 449/450.

(84) Cf. *Medidas prácticas ...*cit. pág. 1.

(85) Cf. Cruz Castro, F.: *La investigación...*cit. pág. 83.

(86) Cf. Vanossi, Jorge: *Estado de Derecho y corrupción*. Conferencia inédita, dictada en el Colegio de Abogados del Uruguay el 16 de julio de 1996.

En Estados Unidos existe una forma de asesoramiento letrado independiente desde poco después del escándalo Watergate (1972-1974) en el que estuvieron envueltos altos funcionarios públicos. El Congreso Federal aprobó en 1978 una ley que permite la designación de un fiscal especial e independiente para que investigue y persiga la corrupción política. Ya existían antecedentes al respecto. El gobierno federal designó fiscales especiales para investigar tres grandes escándalos políticos, dos que tuvieron lugar en 1921 y 1951, y en el caso Watergate se designaron cuatro. La ley de 1978 se originó en este último. El Poder Ejecutivo no era considerado en ese momento como el Poder más confiable para hacer las designaciones. En base a los principios de imparcialidad y confianza, se entendió que en un Estado de Derecho nadie puede ser su propio fiscal o su propio juez.

En todo caso que afecte cargos del Poder Ejecutivo que la ley enumera, y especialmente de la campaña para la elección presidencial, el Ministerio de Justicia debe informar a un tribunal especial que luego nombra a un fiscal también especial para que investigue e inicie actuaciones procesales de ser necesario. No debe pertenecer al gobierno y actúa sin la supervisión del Ministro de Justicia (87).

Este tipo de organismos suelen ser polémicos, creados para ser independientes de la estructura de poder y con autonomía operacional, entrañan costos importantes tanto desde el punto de vista financiero como para el reconocimiento por las otras dependencias existentes para la aplicación de la ley.

En Estados Unidos, como vimos, prevaleció el criterio de entender que se necesitan autoridades autónomas capaces de actuar contra sus principales figuras políticas, fuera de los cauces ordinarios cuando se ha llegado a un grado muy importante de corrupción.

La alternativa está en recargar o no la responsabilidad de la lucha contra la corrupción en un órgano independiente o en una repartición de una estructura ya existente. Pero en general se recomienda que cualquiera sea la opción respecto a quién deberá llevar a cabo la investigación, la jurisdicción posterior debe ser exclusiva. Se entiende que si se dedica determinada suma del presupuesto sólo para asuntos de corrupción, conviene en aras de la claridad de la gestión, dar a esa entidad que maneja esos activos un monopolio sobre todas las investigaciones en la materia. Las demoras endémicas de la administración de justicia con la sobrecarga de causas, favorecen la opción por una jurisdicción exclusiva incluso a nivel judicial (88).

(87) Cf. Bovino, Alberto: Delitos que perjudican al Estado en los Estados Unidos, en *Pena y Estado* cit. pág. 74. Esta regulación aparejó impugnaciones de inconstitucionalidad, entre otras razones, por la disposición de rango constitucional que exige que sea el Presidente —y no un Tribunal— quien designe a un funcionario ejecutivo superior.

(88) Cf. *Medidas prácticas...* cit. pág. 4

Sin embargo, el poder de la corrupción, con las tentaciones y oportunidades que acompañan a la autoridad, son argumentos en contra de la lógica de la competencia exclusiva (máxima: quis custodiet ipsos custodes?)

En Chile se creó la Comisión Nacional de Ética pública, a la que se asignó el cometido de dar un informe sobre ética pública. Propuso como medio de fortalecer la eficacia investigativa y punitiva, acoger la experiencia internacional que sugiere la creación de un Ministerio Público o Fiscalía especializada. En 1995 consideró ante el Consejo de Defensa del Estado, que una Fiscalía anticorrupción era un buen instrumento (89).

En la ONU se ha evaluado la creación de una dependencia especializada, entendiendo que cuando ante un escándalo, la opinión pública se siente ultrajada, el único medio de satisfacerla es con la creación de entidades que se consideren inmunes a las influencias corruptoras.

También se ha dicho que la duplicación y hasta la competencia puede ser un sano antídoto para revelar la corrupción si la autoridad principal de lucha contra la corrupción no lo hace; pero con el equilibrio suficiente para no permitir una exagerada duplicación que haga que el flujo de información u oportunidades de investigación y enjuiciamiento disponibles para la autoridad principal se reduzca desproporcionadamente (90).

En nuestro país, conocemos sólo la opinión de un Ministro de Tribunal a favor de la especialización de la justicia porque entiende que en delitos de cuello blanco, el juez debe avocarse a estudiarlos sin interferir el tiempo que deba dedicar a otros asuntos; también surge de su exposición que deben conferírsele medios especiales para su actuación (91).

8. 2. Breve reseña de algunos rumbos de la investigación

a) *Accionamiento privado*

Uno de los mecanismos a nivel de derecho penal federal que existen en Estados Unidos para enfrentar la corrupción es el accionamiento privado.

La acción que también puede ejercerse por cualquier persona contra otros particulares que defraudan al Estado federal. Con la particularidad de que está prevista en la legislación como un sistema de persecución privada fundado en la acción popular, y es considerada de carácter penal, pidiéndose comúnmente, en nombre del Estado, una suma mucho mayor que el daño causado (92).

(89) Cfr. Pena y Estado cit. págs. 312 y 328.

(90) Cf. Medidas prácticas...cit. págs. 3/4.

(91) Reportaje al Dr. Dardo Preza en la publicación Estado de Derecho, junio de 1996 pág. 12.

(92) Cf. Bovino, Alberto: Delitos que perjudican... cit. pág. 56.

b) *Inversión de la carga de la prueba*

La Convención de la ONU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988) sirvió de referencia en el tratamiento a nivel internacional de la corrupción, estrechamente vinculada a aquél, lo que se reconoce también en los distintos documentos. Se propone por muchos juristas, mantener el criterio de la Convención de 1988 en cuanto a procurar invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito de bienes pasibles de decomiso (93). Este elemento procesal es el motivo informador de la presunción de enriquecimiento ilícito que ya comentáramos.

c) *Imprescriptibilidad del delito cometido por funcionario público mientras se mantenga en la función.*

Así se evita que los privilegios que otorga el poder permitan al infractor neutralizar la investigación o manipular las pruebas. (93bis)

d) *Intervención de las comunicaciones*

En países como Italia donde existe la consagración a nivel constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones, con la salvedad de poder intervenirlas por orden judicial, se pudo establecer la autorización de intervenir las comunicaciones orales para obtener manifestaciones o declaraciones autoinculpatorias. Pero se cuestionó su licitud con el argumento de que constituye una violación a la prohibición de declarar contra sí mismo. En contrapartida, se esgrimió que el derecho al silencio se limita a la situación en que el sujeto se encuentra en contacto directo con la autoridad judicial, fiscal, o policial, por lo que se mantuvo el permiso legal (94).

e) *La conversión de imputados en testigos y la posibilidad de su impunidad*

Cada vez es más frecuente en las legislaciones que se otorgue a partícipes en hechos delictivos el beneficio de no ser acusados, cuando ayudan a esclarecerlos, convirtiéndose en testigos del Ministerio Público

(93) Cf. Medidas prácticas... cit. pág. 3

(93bis) Cruz Castro, F.: La investigación...cit. pág. 94.

(94) Cf. Cruz Castro, F.: La investigación...cit. págs. 92/93. En Italia se manejó frecuentemente el recurso del pentitismo («arrepentimentismo»), consistiendo precisamente en la colaboración de quienes habían formado parte de la asociación mafiosa y también se recurrió a los «arrepentidos» en la lucha contra el terrorismo. En España también se hizo así respecto del terrorismo, permitiendo al Juez rebajar la pena si el sujeto abandona voluntariamente la actividad delictiva, se presenta a la autoridad, confesando y además colabora activamente para impedir el delito u obtener pruebas decisivas.(art. 579 del C.Penal actual) Se cambió el texto de 1973 que llegaba a autorizar la remisión total de la pena.

Así sucede con la Ordenanza Procesal alemana 153-E y es moneda corriente en el régimen legal americano donde se fomenta la «transacción» con importantes reducciones de pena, tratamiento procesal privilegiado, beneficios penitenciarios, sistemas de protección (95).

El art. 230 del C.Procesal Penal Modelo para Iberoamérica permite ora limitar la pretensión punitiva, ora calificar más levemente la conducta desarrollada e incluso no acusar, si el agente facilita la persecución penal (96).

Mecanismo ideado para romper el círculo de silencio que rodea la corrupción, se aplica tanto en el caso del sujeto que meramente dio «propinas» para incentivar al funcionario como en situaciones mucho más graves en las que el colaborador queda exonerado de la pena de delitos importantes en que estuvo involucrado.

Se le ve alterando el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, al prescindir de la posibilidad de persecución de un hecho punible o a un partícipe en él, para conseguir el éxito en la persecución de otro partícipe (97); constituyendo además, un instituto típicamente inquisitivo (97bis).

f) El delito experimental

Se ha delimitado como el delito provocado por la autoridad con la finalidad de atrapar al delincuente sospechado (98). Se vincula al mecanismo del agente provocador ya que no sólo admite su intervención sino que se da frecuentemente.

Al margen de los problemas dogmáticos que se suscitan y exceden este trabajo (99), cabe distinguir los casos en que interviene el agente provocador en la formación de la voluntad delictiva o realización del hecho delictivo (delito experimental en sentido propio) y las situaciones en que alertada la autoridad, evita con su intervención la lesión del bien jurídico por el sujeto a quien se permitió continuar con su accionar.

(Se le ha denominado impropio) (100)

(96) Cf. Cruz Castro, F.: La investigación ...cit. nota 26. al pie de pág. 94.

(97) Id. nota 27 con referencia a la obra de Julio Maier: Derecho procesal penal argentino T.1b Hammutabi 1989 pág. 559.

(97bis) Cf. Vassalli, G.: Emergencia...cit. pág. 439.

(98) Cf. Terán Lomas, Roberto: Derecho Penal P.G., T.2 Astrea pág. 141, cit. por García Vitor, Enrique: Planteos Penales Univ. Nal. del Litoral 1994 pág. 58.

(99) Se ha planteado si se está frente a situaciones de tentativa o delito imposible y si ello varía según haya existido o no agente provocador. Se ha señalado que la simple intervención del agente provocador y del funcionamiento de los resguardos por él tomados no pueden conducir inexorablemente al delito imposible ya que a veces pueden fracasar. Cfr. García Vitor, E.: Planteos...cit. pág. 65.

(100) Id. pág. 60.

g) El agente encubierto

También aquí corresponde hacer diferenciaciones. Es muy clara la situación del agente provocador en sentido estricto, que Baigún define como el sujeto que alienta o provoca la realización de la conducta delictiva con fines de investigación y prevención, es decir, sin plan delictivo» (101), y se distingue de aquél otro que también estando de incógnito se limita a entrar en la red del delito sin haber provocado su realización.

La Corte Suprema argentina no consideró contraria a las garantías constitucionales la actuación del agente encubierto cuando aprovecha las facilidades que le otorga quien ya está decidido al delito, y en cambio la descalificó si la actividad delictiva era su creación o instigación, pues en lugar de cumplir la ley en la prevención del crimen y la aprehensión del criminal, se tergiversa la función al alentar a personas inocentes la violación de la ley (102).

También cabe preguntarse si no se vulneran los principios del estado de derecho, cuando, introducido en una organización delictiva para desbaratarla es necesario que el agente a su vez, cometa delitos.

Se ha admitido la comisión de algún «delito menor» cuando está en juego la salvación de alguien por ejemplo en un caso de secuestro, pero en situaciones como las que generalmente incumben a la corrupción, el hecho de buscar la aprehensión de un delincuente no parece justificar la comisión de delitos por la propia autoridad.

Esta posición ha llevado que códigos como los de Grecia de 1950 y Polonia de 1969 consideren punible el comportamiento instigador un delito con la finalidad exclusiva de sorprender al delincuente u obtener pruebas contundentes en su contra (103).

En el enfrentamiento del principio fundamental del derecho penal liberal de la protección de bienes jurídicos y la estrategia de fomentar en la autoridad encargada de hacer cumplir la ley que provoque delitos en lugar de reprimirlos, debe prevalecer el primero para evitar precisamente la corrupción del propio sistema penal.

h) Cooperación internacional

Señalábamos al principio que la eclosión de la corrupción proviene sobre todo de sus efectos en las economías nacionales a través de su desarrollo en el ámbito internacional. Obviamente, las recomendaciones de congresos y convenios internacionales apuntan a la cooperación entre los Estados, lo que se refleja en las leyes nacionales.

(101) Cfr. Baigún, David: Tentativa de extorsión en Nuevo Pensamiento Penal N° 5 Depalma 1976 pág. 349.

(102) Cf. García Vitor, E.: Planteos... cit. pág. 68.

(103) Id. pág. 69

El art. XIV de la convención interamericana contra la corrupción se refiere a la asistencia recíproca entre los Estados a efectos de la investigación y juzgamiento de actos de corrupción.

El art. XVIII articula la autoridad central en cada Estado para recibir y formular solicitudes de asistencia.

También en el proyecto se trata este tema, así como otros vinculados a esa cooperación internacional como el blanqueo de dinero, el secreto bancario y la extradición, temas en los que queda un largo camino por recorrer si se pretende un trabajo mancomunado a nivel mundial contra el fenómeno que estudiamos.

9. A MODO DE REFLEXION

La tendencia a ser dominados los sistemas penales por las exigencias de la defensa social contra la criminalidad, con el sentimiento de que los «culpables deben pagar» lleva el peligro de que cambios iniciados para delitos específicos como el terrorismo y el tráfico de drogas se extiendan a un elenco cada vez mayor de ilícitos con una reforma en las reglas de la adquisición de la prueba que vuelvan al proceso penal menos garantista.

En el conjunto de delicados problemas que encierra la corrupción quizá sea el más relevante, el que subyace en la elección de los caminos para lograr la meta de una mayor efectividad en una lucha desigual. El afán por enfrentar eficazmente este verdadero flagelo no debe llevarnos a olvidar el rumbo que fijan los principios del Estado de Derecho; y es necesario rechazar riesgos suplementarios para los derechos individuales, bajo la justificación del dictado de una legislación de emergencia.