
ARTÍCULOS

I.- ASPECTOS CONCEPTUALES Y ÉTICOS DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CORRUPCIÓN Y SU PREVENCIÓN

OSCAR GODOY A.*

Corrupción y democracia

El tema de la corrupción ha adquirido una gran difusión en los últimos años. La verdad es que no se trata de un fenómeno nuevo. La corrupción ha existido siempre, en todos los tiempos y bajo los más diversos regímenes y circunstancias políticas. Por eso no extraño que día a día nos informemos sobre acciones de corrupción en las más distintas latitudes y en nuestro propio país. En los últimos diez años, los medios de comunicación nos han informado sobre cambios de gobiernos, a causa de la corrupción, en países distantes del nuestro como Japón y Corea del Sur, la destitución y condena de los presidentes Collor de Mello de Brasil y Pérez de Venezuela, graves cargos contra un ex-presidente peruano y otro mexicano, la crisis política en Italia y España, etc. Por otra parte, durante el mismo período, en nuestro país se han hecho denuncias y están en curso investigaciones y juicios en los tribunales que comprometen a funcionarios públicos de distintos sectores del aparato estatal. En breve, los fenómenos de corrupción tienen una fuerte presencia pública.

Este tipo de fenómeno, aun cuando se da en todos los regímenes políticos, porque su lugar natural es la esfera pública, es más visible en los sistemas democráticos. Las causas son variadas. Los agentes públicos democráticos, por su propia naturaleza y por su origen en el voto universal o en normas constitucionales, están obligados a rendir cuenta pública de su desempeño,

* Doctor en Filosofía. Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Teoría Política. Instituto de Ciencia Política. P. Universidad Católica de Chile. Miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.

para conservar su legitimidad y validar el ejercicio de la autoridad. Y esto ocurre porque las instituciones democráticas y las personas que las ejercen están sujetas a un escrutinio público periódico y a una evaluación permanente por parte de la sociedad civil. Una parte sustancial de las decisiones que adoptan los gobiernos democráticos se toma en procesos deliberativos abiertos y participativos, porque el sistema les exige dar respuestas a los problemas de la gente (*responsiveness*) y cuenta de los resultados de su gestión (*accountability*). Aun cuando este doble deber pertenece al orden normativo de la democracia y no siempre se cumple, su mera vigencia formal constituye un principio de transparencia, al que los ciudadanos pueden apelar.

La corrupción en los regímenes autoritarios, donde la sociedad civil carece de medios de control sobre el poder político, es invisible. Más aún, dado que todas las acciones gubernativas, en ese tipo de gobiernos, no son el producto de procesos de deliberación pública, sino de la decisión secreta o cuasi-secreta de la autoridad, es imposible que el acto corrupto pueda ser detectado y castigado, por un espectador o investigador tercero y objetivo. Solamente el mismo gobierno puede hacer esta tarea. Si un régimen autoritario es honesto, la garantía de que no se cometan acciones de corrupción es sólo el propio gobierno; nunca la existencia de un parlamento con facultades de control, o jueces independientes o la sociedad civil a través de la libertad de prensa y de opinión, porque ninguna de esas instituciones o instancias existe en ese tipo de régimen. Por esta razón, incluso en este caso, los gobiernos autoritarios no difunden las acciones de corrupción descubiertas y castigadas por sus propios servicios de fiscalización: temen al desprestigio y a la pérdida de legitimidad.

Incluso más. Algunos analistas sostienen la tesis de que la corrupción existe solamente en las democracias, porque solamente en ellas se consagran normas de derecho participadas por todos. Esta afirmación puede ser mal interpretada. Lo que se afirma es que allí donde no hay Estado de derecho, hay discrecionalidad y anomia. En consecuencia, todos los actos del poder político son legalmente válidos, aun cuando no exista una norma constitucional positiva que establezca las bases jurídicas de la legalidad. O sea, dicho de otro modo, en ausencia del Estado de derecho y la participación de todos en el establecimiento de la ley, no puede haber trasgresión a la función pública regulada o normada por la ley. Solamente hay sujeción a la voluntad del que manda. Y, *a contrario sensu*, es en el Estado de derecho donde se da la posibilidad de alterar, corromper o violar la ley y la institución regulada por la norma jurídica.

La visibilidad de la corrupción es un elemento positivo para su prevención y control. Sin embargo conviene apuntar a dos aspectos conexos con este tema. El primero se refiere a que la denuncia pública de acciones corruptas muchas veces se entorpece por el afán desmedido de protagonismo público de políticos y periodistas, que transforman prematuramente las apariencias, las

presunciones en realidad. En algunos países democráticos, donde el ejercicio de la libertad de información es amplia, existe la tendencia a transformar el escándalo público en un negocio altamente rentable. En este sentido, un mínimo ético exige que toda denuncia sea seria y responsable y que el honor y la dignidad de las personas afectadas estén eficazmente protegidos. Otro aspecto que debe considerarse con cuidado, se refiere a la especial consideración que debe prestarse a la estabilidad de las instituciones. La corrupción, en general, se refiere a acciones individuales y a circunstancias que pueden facilitar su ejecución. Por esta razón, inferir de ellas que una institución es corrupta es sacar una conclusión falsa y precipitada, que termina por causar un grave daño a la legitimidad del sistema político. En Chile, en los últimos años, incluso los mismos parlamentarios han usado este recurso, con el propósito de destruir la imagen pública de miembros de su propio partido o coalición. No obstante estos riesgos, es preferible la denuncia pública al secreto autoritario.

Extensión y profundidad de la corrupción

Pero la visibilidad de la corrupción no es suficiente para iniciar y mantener una política de prevención de la corrupción. También es necesario tomar conciencia de su existencia y conocer el grado de su extensión y profundidad. En este sentido hay que tener presente que el estudio de los fenómenos de corrupción son un excelente recurso para esa doble toma de conciencia.

Estos estudios son necesarios para determinar qué tipo de corrupción afecta a una sociedad determinada y cuál es su difusión. Se sabe, en efecto, que hay países en que la corrupción afecta a la totalidad del sistema político: desde sus límites geográficos (aduanas) hasta las más altas dirigencias políticas (gobierno). El caso mexicano es un lugar común, para ejemplificar este tipo de corrupción extensa y cualitativamente profunda, llamada corrupción sistémica, que va desde la "mordida" del policía de tránsito hasta los más altos niveles de la clase gobernante, y que incluye el enriquecimiento ilícito cuantioso de sus miembros e incluso el crimen político. Se ha sostenido, como argumento legitimador, que en casos similares al señalado, la corrupción actúa como un engrase de los mecanismos del sistema, que mejora y hace más eficiente su funcionamiento, trabado por los intereses y las regulaciones impuestas por el grupo gobernante. No obstante, está claro que la corrupción sistémica puede producir el colapso de un régimen político, como ha ocurrido en muchos países en los últimos cinco años, o amoralizar la esfera pública, transformándola en el escenario de una banda de delincuentes.

Hay otros países en que la corrupción no tiene estas características totalizantes, pero, sin embargo, afecta a subsistemas del aparato público. Por ejemplo, a la policía, al aparato judicial, los órganos encargados de hacer contratos de obras públicas, a las aduanas, etc. Y otros en que solamente hay

acciones dispersas y aisladas de corrupción (*corrupción dispersa*). En Chile sabemos que no hay una corrupción sistémica y conocemos hechos aislados, pero carecemos de estudios empíricos que permitan definir exactamente el tipo de corrupción que podemos padecer. La información existente solamente permite afirmar que hay indicios de *corrupción subsistémica*. Tales indicios afectan la justicia, los municipios y algunas empresas de servicios. Sin embargo, lo más prudente es plantear este juicio como una mera hipótesis, no corroborada por información empírica confiable.

El control democrático de la corrupción

Ya hemos dicho por qué, en términos generales, la corrupción es más visible en los regímenes democráticos. Pero, al mismo tiempo, en las democracias, por la misma razón, la corrupción puede ser combatida más eficazmente.

Tal visibilidad acontece porque en todas las democracias los órganos públicos están sujetos a los poderes contralores formalizados. En estos regímenes los parlamentos ejercen facultades fiscalizadoras y la administración pública está controlada por órganos ad hoc (es el caso de nuestra Controlaría General de la República). Pero, además, en todos ellos se desarrolla una gran capacidad de control ciudadano sobre el poder político, que se ejerce a través de los medios de información -potenciados por la libertad de prensa y de opinión- y otros recursos informales que la sociedad civil genera sobre la base del derecho de asociación. El bien público que la democracia intenta realizar es la transparencia de sus propias instituciones y de la función pública. En cambio, es propio de los regímenes no democráticos el carácter confidencial y secreto de la gestión gubernamental, pues siguen la tradición absolutista de los *arcana imperii* y de la doctrina de la razón de estado

En nuestro caso, hay que señalar que el Parlamento tiene escaso poder de control y fiscalización sobre el aparato del Estado. La Constitución le confiere la facultad de fiscalizar los actos del Gobierno a la Cámara de Diputados, pero sin que sus decisiones, acuerdos o sugerencias, afecten la responsabilidad política de sus miembros¹. Las Comisiones que se han creado para conocer presuntos actos de corrupción han defraudado a la opinión pública, porque no han llegado a juicios concluyentes y carecen de todo efecto administrativo o político.

En Chile, los medios de comunicación han sido, hasta la fecha, los principales agentes de vigilancia sobre la conducta de los agentes públicos. A pesar de que no existe el periodismo de investigación, los medios están atentos a las acusaciones de corrupción que cada cierto tiempo surgen en el escenario público. Sin embargo, los criterios que aplican para juzgar las acciones corruptas son muy tradicionales y obedecen a estereotipos sobrepasados por las actuales modalidades de la corrupción y prevención de las mismas, vigentes en los sociedades

¹ *Constitución Política de la República de Chile* (Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993); artículo 48, 1; p. 43

avanzadas. Un buen ejemplo, es la carencia de sensibilidad de los medios ante el conocimiento del paso de la función pública a la privada, en aquellos casos en que ese cambio involucra o que el ex-agente público que regulaba un sector se transforma en agente privado del mismo sector o que, presumiblemente, el ex-agente público ha sido contratado por una empresa privada para facilitar su acceso al Gobierno, adquiriendo así a un buen traficante de influencia.

Por otra parte, como ya se dijo, la democracia es un régimen en que la legitimidad y la confianza en la autoridad están sometidas al escrutinio periódico del voto y a la evaluación continua de la función pública. La confianza es una de las bases de la gobernabilidad democrática. Y ella descansa en la responsabilidad de los actos de sus agentes ante la sociedad civil. Tal responsabilidad no puede ser demandada sin una gran transparencia, o sea, sin una perfecta visibilidad de las acciones emanadas en el ejercicio de sus funciones. En este sentido la aplicación del principio de publicidad de la función pública es la condición necesaria para ejercer el control ciudadano sobre ella y, correlativamente, para que quien la ha ejercido pueda dar cuenta de su gestión en forma clara y expedita.

¿Se puede definir a la corrupción?

El carácter elusivo de la corrupción hace difícil su definición. Ya sabemos, que por su propia naturaleza, es secreta y que intenta ser invisible a cualquier espectador. Ello explica que existe una gran variedad de perspectivas para intentar hacerlo. Por esta razón, hay definiciones centradas en la función pública, en el mercado, en la noción de interés general y también en la percepción cultural de lo que es corrupción². A las cuales no nos podemos referir, por razones de extensión.

Un informe preparado por el Consejo de Europa para la Decimonovena Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, que tuvo lugar durante el verano europeo de 1994, señala que las nociones de corrupción no están armonizadas en las legislaciones penales europeas. Y que, por otra parte, en general, la opinión pública usa el término corrupción en un sentido lato (extendiéndolo a la actividad privada y pública, como la adquisición de una ventaja indebida por parte de personas investidas de una función y en el cumplimiento de la misma)³. Incluso más, los códigos penales no definen con rigor ni usan la expresión corrupción, pues recurren a un procedimiento funcional para tratar el tema. En efecto, definen separadamente delitos tales como soborno, tráfico de influencia, uso indebido de información privilegiada, y otros, sin integrarlos en una forma criminal común. Todos ellos constituyen trasgresiones que manifiestan

2 Arnold J. Heidenheimer, Michel Johnston and Victor Levine (ed), *Political Corruption. A Handbook* (Transaction Publisher, New Brunswick and London, 1993); p. 8-11.

3 Hans G. Nilsson, *Substantive Crime Law, Corruption and Money Laundering* (Conference on the Political Processes, Institutions and Corruption in States of Transition in East-Central Europe, Budapest, 1994)p. 2.

corruptas, pero no pueden ser considerados como especies de un género común, que los englobe en un concepto universal. La palabra corrupción, fuera de su uso popular y en la literatura especializada, es un término genérico que abarca varios delitos en los comentarios a los códigos penales o en los manuales de derecho penal. Solamente en los últimos dos decenios, en las ciencias sociales, se ha empezado a discernir un significado más técnico.

Esta perspectiva funcional, a pesar de su ausencia de unidad y coherencia, no obstaculiza el establecimiento de algunas categorizaciones, que ordenan las acciones constitutivas de corrupción o que pueden conducir a actos corruptos. Un buen ejemplo, que nos ayuda a conceptualizar este complejo fenómeno, nos lo procura el *Manual de Medidas Prácticas contra la Corrupción de Naciones Unidas*⁴. Allí, en efecto, se incluyen las siguientes acciones y circunstancias que constituyen corrupción o la facilitan:

1) Delitos de robo (el robo, conversión y otras formas de apropiación de propiedades estatales para el uso privado) cometidos en el ejercicio de una función pública y que afecta a los bienes del Estado.

2) Abusos cometidos desde una posición de autoridad; que consiste en la planificación, tentativa, demanda o transferencia exitosa de un beneficio privado como resultado de una explotación injusta de la posición o función oficial o pública.

3) Conflicto de intereses entre las obligaciones públicas u oficiales -y relacionadas con el bien común- y el interés privado.

4) Obligaciones de transparencia que obligan a informar sobre bienes y relaciones financieras anteriores a la ocupación de una función oficial, cuando las violaciones a estas obligaciones están penalizadas con sanciones; o sea, cuando la no-transparencia o la falsificación de información está criminalizada.

5) Una forma especial de transparencia, relacionada con el financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales, también puede estar protegida por fuertes penalidades contra su trasgresión⁵. En casi todas las culturas democráticas la no-transparencia, en este campo, es éticamente inaceptable, sin embargo no siempre está jurídicamente penalizada. Si se supone que el financiamiento desconocido o secreto de partidos y campañas constituye un área de corruptibilidad, es preferible crear disposiciones jurídicas que exijan su transparencia y castiguen la no-transparencia. De este modo se asegura la penalización de acciones de corrupción que hoy día, en muchos países, carecen de sanción.

El tratamiento funcional de los fenómenos de corrupción indica que su sentido restringido se refiere a la alteración o desnaturalización de la función

4 *Document of de Eight UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* (Havana, 1990, doc. A/Conf. 144/8).

5 Hans G. Nilsson, op. cit., p. 3 y 4.

pública. Por esta razón, las definiciones centradas en esta última son las que mejor caracterizan al fenómeno. En efecto, basta dar una mirada a la literatura académica, para encontrar algunas ideas básicas sobre el tema. Así, por ejemplo, Joseph S. Nye define a la corrupción como “una conducta que desvía de sus obligaciones normales a una función pública por motivos privados, pecuniarios o de “status”; o viola reglas contra el ejercicio de cierto tipo de influencias cuya motivación es privada. Esto incluye conductas tales como el soborno (uso de una compensación para pervertir el juicio de una persona en una posición de confianza), el nepotismo (otorgamiento de patronazgo por razones de relaciones privilegiadas personales en lugar del mérito) y la apropiación abusiva de bienes públicos o ilegal de recursos públicos por motivos privados”⁶. En sentido estricto ésta no es una definición, sino una descripción. Por esta razón, quizás es conveniente discernir los elementos que son condiciones necesarias para que una acción sea en rigor corrupta:

1) Son actos realizados por un agente público. Este puede ser elegido (Presidente, parlamentarios, alcaldes, concejales) o designados de acuerdo a disposiciones constitucionales (ministros de Estado, jueces, etc.) o legales (en general, miembros de la administración pública).

2. La conducta del agente público debe constituir una acción o una omisión secreta oculta o solapada en un acto derivado de una facultad propia de su función oficial. Por ejemplo, si en un acto de licitación el agente público responsable revela información de uno de los licitantes a otro, que compite con el primero, para darle una ventaja indebida.

3. El agente público debe buscar la obtención de un beneficio privado, que puede consistir en un valor, presente o futuro, monetario u otro. Siguiendo con el ejemplo anterior, cuando el agente público responsable hace esa revelación para recibir un soborno, consistente en una comisión del 2% del monto del contrato.

Estas tres características relacionan la conducta del agente corrupto, que es siempre un agente público, al secreto, la apariencia de legalidad y la alteración de la función pública para conseguir una ventaja privada. *El aspecto medular de esta conducta radica en que el agente realiza la acción corrupta cumpliendo una función que cae dentro de la esfera de atribuciones que le compete de acuerdo a normas legales o administrativas vigentes*. En la alteración de la función pública, bajo su forma corrupta, se pueden cometer distintas trasgresiones, penalizadas o no. Por esta razón la corrupción solamente se realiza cuando la *potestas* atribuida legal o reglamentariamente a una determinada función pública para realizar un fin también público es ejercida con un fin privado.

6 Arnold J. Heidenheimer, Michel Johnston and Victor Levine (ed.), op. cit., p. 9.

Extensión y áreas de corruptibilidad

Distintos estudios sobre la corrupción en otros países indican que la corrupción cubre un elenco de acciones específicas muy amplias. Entre las de mayor envergadura se anotan por ejemplo, la provisión de información clasificada por dinero o apoyo político; la aceptación de comisiones de grupos beneficiados por contratos o préstamos estatales; el cambio de regulaciones para facilitar, apoyar o proteger actividades privadas e incluso criminales y la evasión de impuestos. Los problemas se acrecientan cuando tratamos de extender al máximo nuestra capacidad analítica para discernir formas diferenciadas de corrupción. A este respecto, me parece interesante una referencia a dos estudios que recogen experiencias de política comparada. Por una parte, se trata del documento de Hans G. Nilsson, ya citado anteriormente, y, por otra, de un documento publicado por el *Commonwealth Secretariat*.

En el primero de los trabajos citados, a raíz de la diversidad de legislaciones penales vigentes en los países miembros del Consejo de Europa, se enumeran las figuras de corrupción criminalizadas en cinco países de Europa Central y del Este. La enumeración, que reduciremos a cuatro países, contiene las siguientes trasgresiones ⁷:

PAIS A

1) Extorsión. 2) Abuso de confianza. 3) Fraude. 4) Abuso del servicio público contra el interés de terceros (especialmente usuarios). 5) Soborno pasivo. 6) Soborno activo. 7) Aceptación de ventajas indebidas. 8) Tráfico de influencias.

PAIS B

1) Corrupción (soborno). 2) Corrupción indirecta. 3) Abuso de poder por parte de agentes públicos. 4) Abuso negligente de poder. 5) No respeto a las reglas respecto de las tecnologías y los bienes controlados por el Estado. 6) Abuso respecto de normas relativas a las relaciones económicas. 7) Abuso de información en las relaciones comerciales. 8) Delitos de obtención de ventajas públicas indebidas. 9) Intervención de la independencia de los tribunales de justicia. 10) Delitos en relación con quiebras y liquidación de deudas.

PAIS C

1) Soborno: demandar o aceptar una ventaja o estar de acuerdo con aceptar una ventaja privada. 2) Soborno activo: dar o prometer ventajas privadas. 3) Tráfico de influencia. 4) Soborno en la esfera económica o en relación con organizaciones sociales. 5) Demanda o aceptación de una ventaja a cambio de una publicación o del ocultamiento de la publicación de algún hecho o acto en la prensa pública. 6) Abuso de poder.

⁷ Hans G. Nilsson, op. cit., p. 4 a 5.

PAIS D

- 1) Abuso de la autoridad oficial.
- 2) Participación ilícita de funcionarios en empresas comerciales y actividades financieras privadas.
- 3) Negligencia en el cumplimiento de las funciones oficiales.
- 4) Aceptación y solicitud de soborno.
- 5) Aceptación de regalos.
- 6) Falsificación de documentos públicos.

Otro modo de tener una visión de conjunto de esta diversidad es analizando los estudios sobre las fuentes de corrupción o zonas de corruptibilidad. El informe citado del *Commonwealth Secretariat*⁸ contiene una excelente sistematización de esas fuentes, que han sido detectadas en los países miembros de esa comunidad de naciones, y que incluye países tan distintos como la India y Australia, o Cook Islands y Canadá:

1. En general el soborno -tanto su aceptación como su oferta- aparece asociado a las siguientes actividades o funciones estatales: (a) contratos gubernamentales y licitaciones impropias; (b) licencias, permisos y visas; (c) aprobación de intercambios internacionales; (d) licencias de importaciones y exportaciones; (e) asistencia financiera gubernamental; (f) obtención de votos del parlamento (g) elecciones; (h) obligaciones administrativas menores: exámenes (por ejemplo, de conducir), permisos (por ejemplo, técnico para autorizar la circulación de vehículos) y gestiones oficiales (mover documentos al interior de la administración).
2. Adquisición o uso privado de tierras estatales por funcionarios públicos en términos favorables para éstos y en desmedro del patrimonio público
3. Adquisición por funcionarios públicos de otras propiedades estatales o de contratos en términos favorables para ellos mismos.
4. Uso impropio de bienes estatales (por ejemplo, el uso de vehículos del Estado en actividades privadas)
5. Apropiación indebida de fondos públicos, incluyendo mal uso de estipendios parlamentarios y otros servicios
6. Nepotismo
7. Malas prácticas electorales

La simple enumeración de estas figuras trasgresoras nos pone delante de la diversidad de formas que distintos países le atribuyen a la corrupción. Esta diversidad se funda en factores culturales, políticos, sociales y económicos que diferencian a las sociedades entre sí. Las enumeraciones extraídas de los países

8 Gerard Carney, *Conflict of Interest; A Commonwealth Study of members of Parliament* (Legal Division. Commonwealth Secretariat, 1992, London); p. 116-119.

del Este de Europa, que recién vienen saliendo de un sistema totalitario, incluyen de modo persistente el abuso de poder y el soborno como un medio para obtener favores administrativos. No aparece, en cambio, el soborno como recurso para ganar elecciones o contratos, en una licitación impropia. En cambio ambas formas de corrupción aparecen en el estudio sobre los países miembros de comunidad británica.

En el último documento citado se analizan los factores que más contribuyen a la corrupción en los países de la *Commonwealth*. El informe advierte que la lista de tales factores no es exhaustiva. El primer factor contribuyente son los *bajos ingresos de los agentes públicos*. La *ausencia de supervisión y de formación profesional* aparece también como un factor relevante, porque crea condiciones ambientales que incitan a la corrupción y la conducta indebida. La falta de formación profesional incluye la debida instrucción de los funcionarios públicos -a todos los niveles- de las normas que rigen sus funciones y las responsabilidades que asumen al hacerse cargo de las mismas. Otro factor importante son las *fallas en los procedimientos contables*, pues ellas no solamente impiden detectar apropiaciones indebidas, sino que facilitan la ocurrencia de las mismas. También contribuye a la corrupción el *incremento de la burocracia gubernamental*, especialmente en los países en vías de desarrollo. El informe dice que dada la extraordinaria expansión de la burocracia en la mayoría de los países durante este siglo, el aumento de las regulaciones estatales de la actividad productiva y la amplia incorporación del gobierno en las actividades económicas y sociales de los países, se han multiplicado las oportunidades de corrupción. Este fenómeno, expresa textualmente el informe, "ha hecho particularmente vulnerable a la corrupción a los nuevos países independientes y a los países en vías de desarrollo"⁹. También hay que considerar como factores contribuyentes: la falta de contadores y auditores; las prácticas corruptoras de las corporaciones multinacionales; los conflictos entre la modernización del Estado y los valores tradicionales (situaciones en que se producen contradicciones entre la igualdad de oportunidades y las posiciones privilegiadas y el favoritismo, una de cuyas modalidades es el clientelismo político); y la falta de autoridad y de respeto a la ley.

¿Existe corrupción en Chile?

Al comienzo de este trabajo se dice que parece evidente que en nuestro país no existe una corrupción generalizada o sistémica; forma extrema, que algunos autores también califican de epidémica, pues suponen que en todos los sistemas políticos la corrupción es una endemia, pues existe en estado latente y habitual, dado que su *locus* natural es justamente el poder político y sus órganos. Por esta razón, un especialista en este tema ha dicho que cuando se combate a la corrupción no se trata de hacerlo para lograr un grado ¹⁰, sino

9 Gerard Carney, op. cit., p. 118.

10 Robert Klitgaard, *Controlando la Corrupción* (Editorial Quipus SRL, 1992, La Paz, Bolivia); p. 47.

para minimizar su extensión. Se pretende evitar que la corrupción adquiera caracteres de epidemia. Siempre habrá acciones de corrupción y en nuestro país se han comprobado casos esporádicos.

Esos casos, ¿constituyen un estado de corrupción subsistémica? Hasta la fecha no hay evidencias empíricas que demuestren la existencia de este tipo de corrupción, intermedia entre la generalizada y los hechos aislados, que normalmente afectan a áreas específicas de la actividad pública. En los medios de comunicación y en círculos bastante extensos de la comunidad se afirma que hay áreas de la vida pública chilena donde se da ese tipo de corrupción. En cierta medida, hay entonces una presunción de que ella existe. Pero, dado su carácter evasivo y secreto, y la carencia de investigaciones ya mencionada, resulta difícil llegar a una conclusión técnicamente válida. En este sentido hay que decir que ésta es una situación transitoria, porque ya están en curso trabajos de investigación que permitirán en el futuro establecer la verdad sobre este tema.

Por otra parte, a nivel de la cultura política del país se dan contradicciones que también necesitan debatirse. Un autor norteamericano, Arnold J. Heidenheimer, ha desarrollado una tipología de la corrupción basada en las percepciones éticas de la clase política y la opinión pública¹¹. Esta tipología permite comprobar que entre ambas hay percepciones coincidentes, pero también diferentes, y muchas veces contradictorias, acerca de lo que se entiende por acciones corruptas. Este autor sitúa ciertos actos en una zona negra: son aquellos que claramente la clase política y la opinión pública consideran corruptos. Es el caso de las acciones de corrupción más patentes y universalmente aceptadas, tales como el soborno. La corrupción así conceptualizada recibe el nombre de *corrupción negra*.

Al otro extremo, existen trasgresiones que son aceptadas como males necesarios e ino cuos tanto por la opinión pública como por las cúpulas políticas. En esta zona se instalaría la *corrupción blanca*, producto de la tolerancia de la sociedad civil. Se dice, por ejemplo, que en algunos países la corrupción en los niveles inferiores de la administración de la justicia es aceptada, a causa de las bajas remuneraciones de los funcionarios públicos de ese sector. Ahora bien, según Heidenheimer, entre la corrupción negra y la blanca se ubica una zona gris o *corrupción gris*, en la que se incluyen todas aquellas conductas acerca de las cuales las elites y la opinión pública discrepan al momento de estimarlas corruptas o no. Recordemos un ejemplo histórico en Chile: el cohecho electoral. La compra y venta del voto, antes de su penalización y de las reformas a la ley electoral, era practicada masivamente en nuestro país. Mientras las dirigencias políticas, durante un largo período, fueron tolerantes con esta forma de corrupción, la opinión pública tenía un juicio negativo claro al respecto. La *corrupción gris* es extraordinariamente compleja, porque refleja diferencias culturales y éticas importantes al interior de la sociedad civil y las elites políticas.

11 Arnold J. Heidenheimer, *Perspectives on the Perception of Corruption*; en A.J. Heidenheimer, M. Johnston and V.T. Levine, op. cit., p. 149-163.

Hay que advertir que la corrupción gris no quiere decir “desacuerdos entre dos bloques homogéneos”, sino fisuras graves entre sectores importantes de la elite política y las tendencias de la opinión pública.

Así como se puede afirmar que existe en Chile un amplio acuerdo sobre los actos que caen dentro del concepto de corrupción negra, la situación es más compleja cuando se trata de las otras modalidades de percepción de la corrupción. La práctica difundida de la tolerancia para aceptar las conductas corruptas menores, y que pueden ser incluidos en ese espacio considerado como corrupción blanca, parece estar determinada por factores culturales muy complejos. Sin embargo, hay que considerar que la cultura política democrática cambia con bastante rapidez. Ciertos usos de la autoridad, aceptados por las elites y la sociedad civil como parte integrante de costumbres administrativas, pueden fácilmente transformarse en abusos. En teoría, en cualquier democracia, por ejemplo, la información sobre los procedimientos para procesar una gestión es obligatoria, dado su carácter público. En Chile, en la práctica, esa información es discrecional: el funcionario decide si la da o no. Otros ejemplos. La pequeña dádiva, para conseguir acelerar una gestión, está ampliamente aceptada, para obtener una eficiencia administrativa que en caso contrario sería imposible. La gestión de un superior, sobre su subordinado, para concederle un pequeño favor a un tercero, es ampliamente tolerada. Y así, se podrían describir otros casos, que podrían multiplicarse si se hiciese un contraste entre prácticas condenadas en otros países y ampliamente aceptadas en el nuestro. En EE.UU. está penalizada la aceptación por parte de un funcionario público de un regalo o una serie de regalos cuyo monto sea o sume más de \$ 100 dólares, incluso si se trata de almuerzos o comidas, en el transcurso de un año¹². Esta prohibición vale para el Presidente de la República, quien debe considerar como una donación al Estado todo regalo que exceda ese monto. En América Latina, la opinión pública y las elites, solamente coinciden en juzgar negativamente la aceptación de un regalo de este tipo cuando se trata de un bien cuantioso (un caso muy publicitado fue el regalo de un auto deportivo de lujo al Presidente Menem, quien ante la reacción de la opinión pública y la clase política, transfirió su propiedad al Estado). En Chile, todas estas prácticas están aceptadas, solamente se castigan socialmente los grandes excesos.

La corrupción denominada gris también puede explicarse, entre otros factores, desde un punto de vista cultural. En los casos de la corrupción negra y blanca hay percepciones compartidas entre las elites y la sociedad civil. En la corrupción gris, como ya se dijo, hay desacuerdos. Estos se explican por diferencias en la calificación moral de los actos que podrían considerarse corruptos. Durante muchos años, las cúpulas políticas y la opinión pública italiana consideraron el cobro de comisiones en los contratos fiscales con bastante laxitud. Se alegaba que eran contribuciones para las campañas de los partidos políticos. Posteriormente, se produjo una división entre esas dirigencias y la

12 *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch* (United States Office of Government Ethics, Washington D.C., 1992). Sobre los regalos, ver subparte B de estas normas.

opinión pública, pues esta última llegó a la conclusión que tales comisiones constituían acciones corruptas. Finalmente, el enfrentamiento entre las cúpulas y la gente común llevó a una gravísima crisis del sistema político que redujo al Partido Demócrata Cristiano a una minoría. En síntesis, de la corrupción blanca, se pasó a la gris y de ésta a la negra.

La experiencia comparada es útil para demostrar que en este tipo de corrupción la cultura política juega un rol decisivo. El caso Watergate -espionaje aprobado por el Presidente Nixon a una oficina del opositor Partido Demócrata- no fue juzgado del mismo modo por sociedades y elites políticas de otros países. En Francia, por ejemplo, la opinión pública consideró que la reacción de la opinión pública norteamericana, que condujo a la renuncia del Presidente Nixon, era puritana y exagerada. En cambio, importantes sectores de la clase política francesa no compartieron ese juicio. En nuestro país, el caso del espionaje político Piñera-Matthei dividió a la clase política y a la opinión pública. ¿Hubo acuerdo generalizado, entendiéndose consenso, para considerar como un acto de corrupción el uso indebido de una función militar para espiar e informar a particulares la conversación de un político? No, porque se produjo un desordenado debate sobre asuntos diversos, tales como si era delito o no. Y, para algunos, el hecho que no fuese un acto criminalizado por la legislación penal fue suficiente para quitarle toda connotación de trasgresión ética.

Mencionemos otro caso interesante, que permite advertir cómo junto con el cambio de escenarios se van produciendo cambios en la cultura ética. Hasta hace algunos años atrás, existía un concepto laxo de intereses incompatibles entre la actividad pública y la privada. El conflicto entre el interés público y el privado solamente se aplicaba coetáneamente y no secuencialmente. Un agente público podía dejar de serlo y actuar inmediatamente en su antigua esfera de acción, pero ahora en el sector privado. Caso extremo: un agente público a cargo de la privatización de una empresa pública en un día x, podía aparecer como agente de la empresa privatizada en un día y; bastaba que mediase un simple giro de la puerta rotatoria: su renuncia a la función pública que desempeñaba hasta ayer. En la actualidad, en democracias avanzadas, la incompatibilidad se prolonga por años e incluso de por vida¹³. Hoy, en Chile, aunque no existen prohibiciones legales penalizadas, al menos empieza a existir la conciencia de que un acto de esta índole es indebido.

13 En Estados Unidos la ley denominada *Relevant Criminal Law* prohíbe que un agente público participe "personal y sustantivamente" en un asunto particular en el cual haya una transacción que afecte al Estado, beneficiando a un privado, y lo premie con un beneficio futuro, consistente en un "empleo prospectivo". Para evitar esta relación indebida y hacer realizable esta prohibición, la ley impone tres restricciones muy severas a las actividades de los agentes públicos, posteriores al caso de sus funciones. La primera es una prohibición de por vida de representar a otra persona delante de cualquier organismo estatal, agencia o corte en cualquier materia en cual el gobierno sea parte o tenga un interés substancial y en la cual el ex-agente público haya participado personal y substancialmente como agente oficial del Estado. La segunda es una prohibición por dos años, similar a la primera, cuando dándose las circunstancias anteriores, la gestión estaba pendiente bajo la responsabilidad del ex-agente público durante el último año de su actividad como representante del Estado. La tercera es una prohibición de un año para representar, ayudar o asesorar a cualquier persona, en negociaciones de tratados, sobre la base de información privilegiada o clasificada acerca de materias en las cuales el ex-agente haya tenido participación directa y substancial durante el último año de su actividad pública. A estas prohibiciones se agregan otras que por razones de espacio no reseñamos.

Pero, respecto de otro tipo de incompatibilidades la sensibilidad ética de la opinión pública chilena está muy atrasada. Hoy día, creo que hay opiniones divergentes, y en consecuencia zonas grises, cuando se discute el hecho de que la Constitución permita que miembros del parlamento junto con ejercer sus funciones públicas puedan seguir administrando sus fortunas privadas. En efecto, el texto constitucional restringe la incompatibilidad, y establece inhabilidades limitadas en los casos de que la actividad privada del parlamentario involucre contratos con el Estado o el ejercicio de directorios de bancos o de sociedades anónimas o cargos similares, sea por sí o a través de terceros¹⁴. Las modalidades para evitar incluso estas inhabilidades son variadas y no existen recursos para evitarlas con eficacia. En otros países, como por ejemplo en los Estados Unidos, los cargos electivos y otros no pueden ejercerse sin una renuncia expresa y formal a administrar los propios bienes. Para ello se ha constituido la figura del “mandato ciego”, cuya violación está fuertemente penalizada. De este modo, jamás se da la figura del “doble de cuerpo” chileno: el parlamentario-empresario, que es exitoso en ambas esferas. Y la razón es que se prefiere evitar que el parlamentario pueda incurrir, por las facilidades que le otorga su posición, en un acto de corrupción. Es una medida preventiva, porque así como es difícil descubrir el traspaso indebido de información privilegiada a un tercero, es prácticamente imposible, en muchos casos, hacer algo similar con esa misma transferencia en el fuero interno de una persona desdoblada en dos: parlamentario y empresario.

También pertenece a la zona de la corrupción gris la debilidad de la legislación que penaliza la violación de los procedimientos de contratos con agencias o instituciones públicas. Nuevamente es conveniente recurrir a ejemplo de la legislación extranjera para que el lector haga las comparaciones que corresponde. En 1988, la administración del Presidente Reagan, a raíz de investigaciones sobre acusaciones de fraude, soborno y transferencia de información privilegiada, que involucraba a contratistas privados, consultores y agentes públicos, logró la aprobación de una ley contra el fraude en los contratos gubernamentales. Las acusaciones que suscitaron la creación de esa ley estaban relacionadas con contratos del gobierno para la compra de equipamiento militar. La ley, denominada *Major Fraud Act*¹⁵, creó un nuevo delito llamado *procurement fraud* para cualquier fraude cometido a raíz de un contrato gubernamental cuyo monto excediese un millón de dólares. Las personas convictas por este nuevo delito, por ejemplo, pueden recibir multas superiores a un millón de dólares o la sanción de cárcel por más de 10 años o ambos castigos simultáneamente. El monto de la multa puede subir a más de cinco millones de dólares si las pérdidas para el gobierno o las ganancias para el acusado son de 500.000 dólares. Sería largo reseñar todas las penalidades establecidas por esta ley, extraordinariamente severa, que además provee protección a las personas que den información referente a este tipo de fraude.

14 *Constitución Política de la República de Chile* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993), arts. 55, 56 y 57; p. 48 y 49.

15 Catie Meyer, Michell Norton, William J. Zaak, Jr., *Government Contract Fraud* (American Criminal Law Review, vol. 29), p. 430-463.

En Chile no existe una legislación similar, aun cuando con alguna periodicidad los medios informan sobre fraudes cometidos en contratos de privados con el fisco. Para que se llegue a precisar las conductas que abarca la comisión de este tipo de trasgresión y se las transforme en delitos fuertemente penalizados pasará algún tiempo. Es en este sentido que se entiende la corrupción gris: la ausencia de consenso acerca del contenido de la falta y su castigo, paraliza la acción de la sociedad civil y el Estado y permite la impunidad de actos que con toda seguridad, andando el tiempo, constituirán graves delitos.

Estrategias para prevenir y combatir la corrupción

Las estrategias para prevenir, controlar y combatir la corrupción son múltiples. Tal como se concluye de los argumentos expuestos es imposible erradicar completamente a la corrupción. Creo que cada vez hay mas conciencia de que la modernización del Estado debería traer consigo una disminución de los factores que contribuyen a la existencia de conductas, prácticas y acciones corruptas. La reducción misma del aparato estatal debería tener ese efecto (más calidad técnica, mayor eficiencia, mejores remuneraciones). Sobre este tema es necesario un amplio debate nacional, aún pendiente. Sin perjuicio de las demandas y motivaciones que surjan de una futura discusión pública, ya se ha avanzado en la dirección correcta.

En efecto, existe bastante claridad y acuerdo sobre insuficiencias de nuestra legislación penal para prevenir y castigar la corrupción. La legislación aplicable a este dominio es antigua y debe ser actualizada. Es probable que a raíz de su perfeccionamiento se siga un criterio de fuerte penalización de las conductas corruptas. Entre las novedades jurídicas que podría contener en el futuro la legislación chilena, si se adoptaran figuras penales existentes en leyes extranjeras, se pueden anotar las siguientes: (1) La declaración jurada de bienes e intereses antes de asumir una función pública y la consiguiente penalización del no-cumplimiento de esta acción y de su falsificación. (2) Penalización del tráfico de influencia, o sea, la criminalización del comportamiento de toda persona que use de su influencia real o supuesta para obtener o intentar obtener de un agente público, sea de una institución o servicio colocado bajo su autoridad, una ventaja o beneficio privada. (3) Penalización del uso indebido de información privilegiada (ya existente en la legislación que regula los mercados financieros). (4) Control del enriquecimiento ilícito durante el desempeño de una función pública (para cuyo control es esencial la declaración jurada de bienes). En la Comisión Nacional de Ética Pública se ha discutido además la legislación extranjera que crea incentivos y protección para las personas que denuncien acciones corruptas. Se advierte que en Chile existe una tendencia a considerar negativamente este tipo de denuncia.

También parece necesario perfeccionar las normas vigentes sobre conflictos de intereses, que nuestra legislación aborda bajo la forma de inhabilidades e

incompatibilidades. En este orden parece necesario un debate, cuyo objeto sea discernir con mayor claridad la esfera de la vida privada y la vida pública, las condiciones de acceso a esta última y las prohibiciones que puedan establecerse en el ejercicio de funciones públicas, para que los bienes comunes no se vean afectados por los intereses privados.

Más atrás se ha señalado que se dan fenómenos de corrupción en el financiamiento de la actividad política. Acerca de este tema no existe mucha conciencia a nivel nacional. El financiamiento actual de los partidos y las campañas es absolutamente opaco. No hay transparencia alguna; se supone que se financian de tal o cual modo, pero no hay certidumbre sobre la verdad de tales suposiciones. El problema central radica en que las fuentes de financiamiento pueden restar libertad para ejercer cargos públicos sin interferencia de intereses privados (corporativos, gremiales, ideológicos u otros). Pero, además, el desigual y excesivo gasto electoral en que incurren las campañas indica que la igualdad de oportunidades para acceder a una función de representación está seriamente vulnerada. Los tres problemas anotados deberían inducir a la opinión pública a aceptar la necesidad mínima de dar un financiamiento público y regular al gasto de las campañas electorales. Es probable que haya que asumir un criterio gradualista, en el sentido de empezar por este tipo de financiamiento, para avanzar a otras modalidades de financiamiento de los partidos, cuando el crecimiento económico del país lo permita.

Sin embargo, la prevención y el combate de la corrupción no es solamente un problema de reformas legales. Principalmente es un asunto cultural. El perfeccionamiento de la legislación penal es solamente un instrumento. A la sociedad civil le corresponde desarrollar recursos morales e instrumentos de acción para poner límites a la corrupción. La difusión de valores y el uso de los derechos ciudadanos constituyen dos vías para lograr este propósito. El informe de la comisión francesa para la prevención de la corrupción, pone un gran énfasis en la importancia que tiene la generación de códigos éticos o deontológicos en todos los niveles de la actividad pública y privada¹⁶. Para esta comisión no se trata de que el Estado imponga esos códigos, sino que cada órgano público y cada rama de la actividad privada los establezcan "desde abajo", o sea, con la más extensa participación posible de aquéllos a los cuales se van a aplicar. Por otra parte, es evidente que la sociedad civil chilena aún no sabe usar todos los derechos ciudadanos que le asegura su propia Constitución. Las libertades democráticas y los derechos constitucionales establecen un amplio espacio para crear instrumentos formales e informales de control ciudadano sobre las actividades y conductas de los agentes públicos. La libertad de opinión, de prensa y de asociación, por ejemplo, pueden aplicarse con mucho más eficacia que en la actualidad a la prevención y control de la corrupción. Esta es una tarea pendiente.

16 *Le Rapport de la Commission pour la Prévention de la Corruption présidée par Robert Bouchery* (La Documentation Française, 1993, Paris); p. 24-26.