

# CORRUPCIÓN vs. GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

José María Balcázar Zelada

Vocal (p) de la Corte Suprema de Justicia de la República,  
Catedrático universitario. Magíster en Ciencias Penales.

“La ley es tela de araña,  
En mi inocencia lo explico.  
No la tema el hombre rico;  
Nunca la tema el que mande,  
Pues la rompe el bicho grande  
Y sólo enreda a los chicos.  
Es la ley como la lluvia:  
nunca puede ser pareja.  
El que la aguante se queja,  
Pero el asunto es sencillo:  
La ley es como el cuchillo:  
No ofende a quien la maneja.”

(La vuelta del Martín Fierro, cap. XXX, “El Moreno”)

## 1. CONCEPTOS PREVIOS

Para muchos, entre los que podemos citar a periodistas, abogados, políticos y opinión pública, el término “corrupción”, no les resulta de fácil comprensión. Nuestra experiencia judicial de haber conocido los más sonados casos de corrupción del gobierno del ex – Presidente Fujimori nos permite corroborar tal confusión puesto que alcanza no solo al discurso jurisprudencial penal, sino que se proyecta incluso a las propias ciencias sociales.

Hemos podido advertir asimismo que en la realidad cotidiana hay una suerte de entendimiento maniqueo del concepto de “corrupción” cuando se lo confronta con el análisis jurídico – penal llámese prevaricación, malversación de fondos, falsedad de documentos, tráfico de influencias, concusión, peculado, asociación ilícita para delinquir, etc. Pero, tal entendimiento se diluye cuando se examina actos como de falsificación de padrones electorales y firmas, compra de votos, “cambios” domiciliarios para asegurar una elección, concesión de favores políticos al clientelaje, etc.

La experiencia cotidiana también enseña que el término corrupción suele confundirse, por sobreponencia con otros términos, como el de crimen organizado, negociaciones incompatibles, etc., debido a que todos ellos responden a hechos históricos sociales ocurridos en la realidad concreta.

Por ello se dice que hay necesidad de “limpiar” tal concepto, a efecto de que los análisis hagan confluir en propuestas dogmáticas y políticas claras y entendibles.

## 2. GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA Y CORRUPCIÓN.

Los esfuerzos políticos y judiciales en Perú para sancionar la corrupción, el enriquecimiento ilícito y otros delitos cometidos principalmente por los más altos funcionarios y empleados públicos, ha sido y es objeto de polémica. Y es que, además de su innegable perjuicio social, existe un gran debate en el ámbito probatorio dada las especiales evidencias: la incautación de filmaciones y grabaciones hechas por el principal protagonista y Jefe del SIN mientras delinquía con sus cómplices. El tema es pues, si dichas evidencias son sinónimo de *infragancia delictual*.

En estos debates se ha recurrido al concepto riguroso de la *prueba prohibida*, que desde *Beling (1903)* y el posterior derecho eurocontinental, se considera como una garantía de rango constitucional en pro de la presunción de inocencia, como ocurre con lo previsto en el Art. 2. 24, it. e, de la Constitución del Perú. La *doctrina del fruto del árbol envenenado (the fruit of poisonous tree-doctrine* = el vicio de la planta se trasmite a todos sus frutos), o la “*doctrina del efecto reflejo, indirecto o expansivo*”, ha tenido que recurrirse, entre otros parámetros, a la doctrina de prevalencia de los bienes jurídicos en conflicto y/o del principio de proporcionalidad (“clearing de valores” y “balancing test”).

La gran pregunta que se debe absolver desde luego es si el concepto de *corrupción* es compatible con la de democracia o si, por el contrario, supone para ésta un riesgo y amenaza. Si bien la respuesta típica, en primer lugar corresponde a la ciencia política, también lo es que las ciencias jurídico-penales están dogmáticamente habilitadas para hacerlo, puesto que a nivel del poder judicial se viene afrontando sendos procesos por corrupción; y es que este fenómeno se ha producido tanto al



interior del sistema del control formal como informal. Los esfuerzos por combatirla tienen desde luego un costo muy alto que alcanza y afecta la gobernabilidad del país.

La corrupción como acto ilícito es perversa, porque niega y daña la representación política de la sociedad por parte de los funcionarios y empleados públicos. No es un signo positivo para el sistema democrático soportar una "contra-cultura corrupta", por más que se recurra para justificarla, a los viejos argumentos de que el Estado y la Ley son entelequias inaccesibles y ajenas al quehacer democrático.

Durante el gobierno de Fujimori, se trabajó la idea de que la verdad es una y absoluta, que provenía de la revelación genial de un iluminado o Mesías, que los partidos políticos y los sindicatos no eran idóneos para una real intermediación entre el poder y la sociedad; consecuentemente, quienes se opusieron fueron proscritos con el estigma de enemigos del régimen (se utilizó incluso una forma de intimidación que podríamos calificar como "cultura del miedo", dirigida desde el SIN - Sistema Nacional de Inteligencia: "para mis amigos, todo; para mis enemigos, la ley"). Jorge Luis Borges, con la ironía e inteligencia de todo gigante, luego de conocerse lo que se llamó "cultura corrupta" que propició la IBM en Argentina, dijo: "*el argentino no consideraba delito robarle al Estado por que ve al Estado como entelequia ajena; quien le roba al Estado es considerado un vivo, un bacán, no es un criminal ni delincuente*".

### 3. FUNCIONALISMO Y CORRUPCIÓN

Hay paradigmas o enfoques como el *Funcionalismo* para el cual la *corrupción y el crimen en general* cumplen un papel positivo para el funcionamiento y la estabilidad de todo sistema político social<sup>1</sup>. Este punto de vista es discutible; estamos mas bien con quienes apuestan por un enfoque cultural - jurídico político, para garantizar una mejor comprensión de estos fenómenos puesto que es algo que se da en una red de relaciones, que se sustancia en ideas y valores, en formas culturales autoritarias o de arbitrariedad antes que en culturas de servicio a la sociedad, en símbolos y normas, en mitos y ritos compartidos de una sociedad multicultural como la peruana que fragua una

1 Cfr. Caciagli, Mario: *Cientelismo, Corrupción y Criminalidad Organizada (experiencia italiana)*. Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1996; pág. 13.

2 Perelli, L: *La Corrupción política en la antigua Roma (La currusione políticas nell' antica Roma: Milán, Rizzoli, 1994)*. En la introducción el autor afirma: "la corrupción de la vida política y de la administración en la Roma antigua tenía dimensiones enormemente superiores a las actuales". También, en el mismo sentido: Cfr. K. Popper: *La Sociedad abierta y sus enemigos*: Edit. Paidós, Argentina, 1967; R. Merton: *Patrones de influencia: los cosmopolitas y los*

peculiar mentalidad de sus integrantes. Que se expresa en comportamientos concretos, bajo estructuras, redes y códigos materiales y psicológicos para transmitir una cultura que interacciona con relaciones sociales y económicas, con formas de poder y maneras de su ejercicio, con relaciones formales e informales de poder, etc. (como sabemos, la cultura influye sobre la manera de vivir la política, el derecho, etc., y hasta para realizar sus prácticas consecuentes).

### 4. IMPACTO DE LA CORRUPCIÓN

La *corrupción* a no dudarlo, tiene un impacto sobre la democracia y la gobernabilidad. *Corrompe* un sistema político. Disintiendo de las posturas funcionalistas - integracionistas podríamos afirmar que, los *corruptos* no han sido menos útiles como aprendizaje para la democracia pluralista, que como soporte de un sistema de gobierno fundamentalmente contrario al proceso democrático. En el caso del Perú donde la democracia es aún imperfecta, la corrupción le resulta más dañina y perversa puesto que no permite, conjuntamente con otros factores negativos, que sus principales instituciones de soporte (poder judicial, ejecutivo y congreso) puedan legitimarse en la sociedad con la celeridad deseada.

### 5. CORRUPCIÓN POLÍTICA

Sobre esta temática hay poca teoría y análisis científicos, abundando mas bien opiniones difusas y genéricas acerca de lo que debe entenderse por *corrupción política*. Los funcionalistas lo conceptúan un fenómeno consustancial a todos los sistemas políticos, sin posibilidades de eliminación; que en todas las épocas y en todos los sistemas hubo y habrá corrupción política, por lo que en propiedad, puede decirse que no tiene historia ni evolución, percibiéndose su manifestación solo con los mismos rasgos<sup>2</sup>. En el Perú se ha presentado y descubierto una enorme corrupción en las más altas esferas del poder político, sin embargo, aún no se ha teorizado pero científicamente sobre ella no obstante contarse ya con abundante información periodística, videos y grabaciones incriminantes, y procesos judiciales muchos de ellos con sentencias consentidas y ejecutoriadas<sup>3</sup>.

locales. F. Hayek: *Los fundamentos de la libertad ¿por qué no soy conservador?*; J. Meynaud: *Los grupos de presión*, Bs. As. 1966; M. Faucault: *La microfísica del poder*, Barcelona, 1980.

3 El catálogo de la *Library of Congress de Washington* (la mayor biblioteca del mundo), registraba que los títulos bajo la voz "corrupción", a mayo de 1994 eran de 1,006. La primera antología sobre países del Tercer y Primer mundo lo podemos encontrar en *A.J. Hidenheimer (Comp.): Political corruption. Readingin comparative analysis*. Usa, 1970.

Robert Merton y sus seguidores dicen: "la corrupción es un medio para la integración de la minorías y para el equilibrio de los sistemas presionados por ciudadanos que permanecen todavía al margen. En los sistemas sub-desarrollados la corrupción, al favorecer la articulación de las demandas y la distribución de los favores, tendría las mismas funciones que la *machine politics* (maquinaria política) de las ciudades americanas. La corrupción servía de auxilio a sistemas escasamente institucionalizados, asimilando a los grupos que no disponen de canales legítimos y constituyendo a menudo la única alternativa a la violencia<sup>4</sup>. En esta línea de pensamiento, es atinente considerar las ideas de Emile Durkheim -y también del propio Merton- acerca de la teoría de la *anomia social*, así como las revisiones que de ella han hecho Cloward, Ohlin, Cohen, etc. En igual sentido, la

moderna teoría sistémica de Niklas Luhmann, Amelung, Otto, Jakobs, y otros. Es menester puntualizar que, el funcionalismo no solo aporta una teoría macrosociológica sobre la génesis de la sociedad, sino también una reflexión

profunda en torno a las "funciones positivas" que cumple el delito y su "normalidad"; es decir, la otra cara de la convivencia reglada. En cambio, como sabemos, para el pensamiento tradicional, se parte de la nocividad intrínseca de la conducta desviada, síntoma inequívoco de una peligrosa patología individual y social.

## 6. DOCTRINA EXTRANJERA

Los científicos sociales admiten que no hay consenso para definir lo que es *corrupción*. Otro tanto ocurre con los hombres de derecho, empero, la doctrina existente nos convoca hacer preferencias en esta materia como la expuesta por M. Johnston: "la corrupción...es todo uso indebido (abuso) de una posición oficial pública (de cargos y recursos públicos) para fines y ventajas privados"<sup>5</sup>.

4 Una de las más conocidas interpretaciones con este enfoque y consiguiente apreciación del papel de la corrupción, es la de S. Huntington: *Political Order in changing societies* (Orden político y cambio social) Univ. de Yale, USA, 1968. (Corrupción política. Estudio y análisis comparativo).

5 M. Johnston: *The political consequences of corruption*. Usa, 1986.

6 Pasquino, Gianfranco: "Corruzione", en: Norberto Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino (Comp.): *Dizionario di Politica*, Turín, 1976. Edic. española: *Diccionario de Política*, México, s. xxi, 1981.

Aplicándolo a nuestra realidad diremos que hay corrupción, si un titular de derechos y deberes públicos los aprovecha para ganar una posición o *status*, para una ventaja personal o financiera privada para sí mismo, para su entorno familiar, para su grupo con quien se asocia, para satisfacer el clientelaje, para el partido, etc. Lo fundamental aquí es que las decisiones, además de ser *políticas*, se intercambian con *dinero*: también con otros recursos, pero que tengan valor equivalente.

Sin dejar de reconocer al clásico Gaetano Mosca (*Corruzione e scienza politica*. Turín, Utet), nos parece idónea la definición que sobre *corrupción* nos da el *Diccionario Italiano de Política* - traducido y utilizado en la lengua española -: "fenómeno por medio del cual un funcionario público es inducido a actuar de manera distinta a

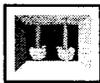
los estándares normales del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una *remuneración*. Corrupto es, por tanto, el comportamiento ilegal de aquél que ocupa un rol en la estructura estatal... manera de ejercer influencia ilícita e ilegítima<sup>6</sup>. Como se

podrá advertir, lo relevante en esta definición es la necesidad del ejercicio de una función *pública*, de un rol en la estructura estatal. Es mas, se dice que no hay corrupción, propiamente hablando, en las transacciones privadas, lo cual resulta pertinente y útil para delimitar dogmáticamente los términos, aunque esta conceptualización no sea del agrado y entendimiento de la prensa y del discurso común como lo anota Gianfranco Pasquino<sup>7</sup>.

## 7. CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

Sobre las causas de la corrupción existe criterio compartido, que son las económicas, político - institucionales, moral y cultural; para fines metodológicos se estima que habría que distinguirlas, entre causas a largo y a corto plazo;

7 Silvano Belligni, destacado científico social italiano, sostiene que es menester reconocer la importancia del criterio de legalidad, al decir que: "la corrupción es una forma particular de crimen, y corrupto es aquél que - político o burócrata - se desvía de los deberes formales, jurídicamente definidos, vinculados a su cargo o viola las reglas establecidas para el ejercicio de la autoridad pública. Propone la integración del criterio de legalidad con el criterio de moralidad, por el cual la transgresión afecta *no solamente* a las normas jurídicas y, tal vez, *no tanto* a las normas jurídicas, sino a las normas éticas que regulan el ejercicio de la profesión político-burocrática" (*Corruzione e scienza politica*, Turín, 1987).



que las primeras suelen tener una larga duración por que son estructurales a todo sistema político, y la segunda por que comprende periodos gubernamentales concretos. Empero, las condiciones comunes a todas ellas son indudablemente de carácter macropolítico. Las causas o condiciones a largo plazo, tratándose por ejemplo de Perú – gobierno de Fujimori – sería por haber detentado el Poder por muchos años con el propósito de no permitir la alternancia a los otros partidos políticos; trasuntábase una especie de motivación histórico-ideológica de contenido autoritario – dictatorial que no les preocupaba temor alguno a un castigo por parte de los electores – por que controlaban el Poder electoral principalmente, al Poder Judicial y al legislativo -, lo que les permitía aprovecharse de del privilegio de la impunidad política y luego esperar la impunidad penal.

También se señala como causa de la difusión de las prácticas corruptas la *intervención del Estado en la economía*. Esta intervención se ha visto extendida en casi todo el mundo, a tal punto que la corrupción ha convertido exactamente en una variable dependiente de la expansión de los gastos públicos – el caso peruano ha demostrado la propagación del intercambio corrupto en todas las áreas de la administración pública, que parecía “ordinaria”, con la cual se cubría los gastos normales de las obras públicas, haciendo intermediación ilícita: políticos y funcionarios vivieron de las “coimas” por favorecer a empresas privadas y públicas. A esto debemos agregar las llamadas intervenciones “extraordinarias”, en las que el Estado tenía que socorrer departamentos o provincias enteras debido a las emergencias que traían los terremotos, lluvias e inundaciones; de ellos se aprovecharon a menudo los corruptos en el poder para escamotear los controles y no respetar las reglas formales.

También se cuenta como causa macropolítica de largo plazo los *procedimientos burocráticos*, lentos, complejos e ineficientes, que permite al político intervenir ofreciendo las grandes soluciones vía por la cual se llega fácilmente a la corrupción. Della Porta, ha señalado que “la ineficiencia de la administración pública se transforma en ocasiones para la corrupción... La ineficiencia parece favorecer la corrupción haciendo aumentar los poderes discrecionales de los políticos..., ofreciendo justificaciones para las gestiones contra las normas y con ello logrando las “comisiones”<sup>8</sup>. Estos puntos vista que presenta el citado autor extraídos de la

realidad italiana son fácilmente aplicables a la casuística peruana, argentina, mexicana, etc.

## 8. LA CORRUPCIÓN EN PERÚ. ENFOQUE DOGMÁTICO

Toda la historia republicana ha estado llena de episodios de corrupción, que no siempre encontraron una respuesta en el poder judicial para contrarrestarla. Entre los años 1992 al 2000 se ha registrado un impresionante cuadro de corrupción nunca antes sospechada. Después del estallido televisivo del video Kouri, han sido emplazados y procesados: congresistas, empresarios, políticos, futbolistas, periodistas, empresarios de prensa, principalmente de televisión, modelos, animadoras de TV., cómicos, militares, jueces, banqueros y hasta clérigos. Muchísimos aún son investigados por jueces y fiscales, otros, ya purgan condenas.

La exigencia funcionalista de asegurar la confianza institucional en el sistema, comporta una profunda revisión de los pilares del Derecho Penal liberal (conceptos de “delito, pena, bien jurídico, culpabilidad”, etc.). Aquí, el delito interesa más como expresión simbólica de infidelidad hacia el Derecho que como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. El concepto tradicional del bien jurídico se diluye, sustituido por una ambigua referencia a las “funciones sociales” o necesidades del sistema. La función del Derecho penal no se agota en esta tutela, sino que la trasciende: al Derecho penal le corresponde preservar el funcionamiento del sistema y la confianza de sus coasociados en el mismo.

Existe en estas teorías una tendencia de signo conservador endémica, orientada al mantenimiento del statu-quo y a su deliberada y sistemática legitimación. Hay pues, un trasfondo conservador y despersonalizado que subyace en la doctrina funcionalista que sugiere una valoración más cautelosa. En términos político-criminales, ello significa la crisis de uno de los axiomas más delicados: la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, dice con acierto el catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, Antonio García- Pablo de Molina<sup>9</sup>

La frecuente intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (enriquecimiento ilícito, peculados, cohechos, etc.),

8 D. Della Porta: Lo scambio occulto, Bolonia, 1994.

9 García-Pablos de Molina: Tratado de Criminología, 2ª. edic. Valencia, 1999, pág. 708. También, Cfr.: Alessandro Baratta:

Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. Turin; pag. 537.

ha sido el antecedente principal para que el legislador nacional, en caso de Perú, tipifique penalmente estas figuras en agravio del Estado, aunque sintomáticamente previéndose penas benignas. Seguramente se entendió que un Código penal que incrimina el dato fáctico - funcionario o empleado público que registrase un incremento patrimonial -, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por él declarados, se haría "fácil" probar el hecho delictivo. Incluso, existen muchos que sostienen por ejemplo que el delito de enriquecimiento ilícito es un delito de corrupción

más fácil de probar, con lo cual quedaría resuelta la deshonestidad pública, devuelta a la comunidad la confianza perdida en el sistema democrático en su conjunto, y sería protegido también el buen nombre de los funcionarios probos<sup>10</sup>.

La tipificación penal de estas figuras delictivas recién se pusieron a prueba con la caída del régimen de Fujimori, puesto que las denuncias que se hicieron durante su mandato, o no se investigaron o fueron objeto de sentencias absolutorias. Existieron suficientes razones para ello: manipulación política y corrupción de los jueces. 

10 Sancinetti, Marcelo: El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público; edit. Adhoc, Argentina, 1994, pág.18.