

Armando Rafael Aquino Britos

DEMOCRACIA,
DERECHOS FUNDAMENTALES
Y CORRUPCIÓN

LA NECESIDAD DE UN CAMBIO PROFUNDO

 **Espacio
Jurídico**

 **Librería
De La Paz**

Aquino Britos, Armando Rafael

Democracia, Derechos Fundamentales Y Corrupción

/ Armando Rafael Aquino Britos. - 1a ed. - Corrientes: Librería de la Paz, 2014.

242 p.; 23x15,5 cm.

ISBN

1. Derecho. I. Título Democracia, Derechos Fundamentales Y Corrupción
CDD 340

Corrector Literario

Carlos Leonelli

Diseño de Tapa

Nilsa M. Bernachea

© **Librería de la Paz, 2014**

Mendoza 597. W3400CCC. Corrientes. Corrientes. Argentina

Tel: 0379. 4438732. Correo electrónico: lapazcorrientes@hotmail.com

ISBN

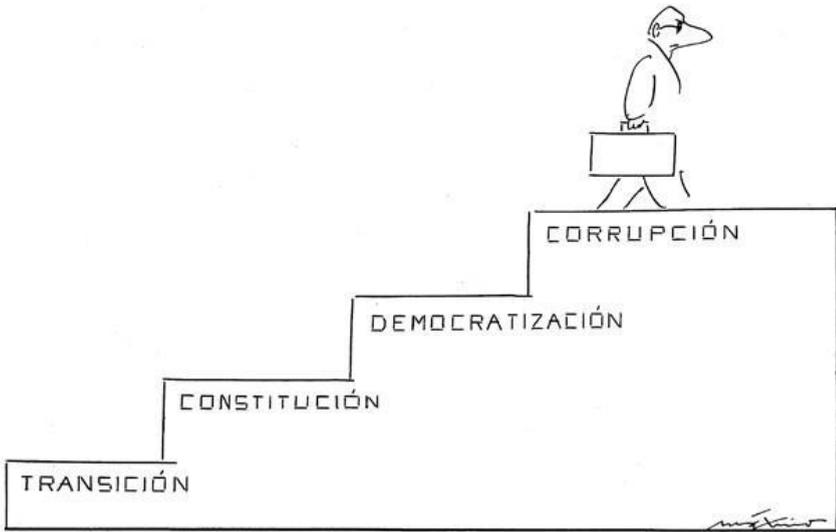
Libro de edición Argentina.

Queda hecho el depósito que indica la ley 11.723

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, conservada en un sistema reproductor o transmitirse en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación o cualquier otro, sin previa autorización del editor.

PRÓLOGO

¿Por qué nos sentimos así? ¿Qué se puede hacer para salir de esta situación? ¿Hay solución a esta crisis?



Es que intentamos analizar las cosas que nos pasan en estas páginas que brotan con ayuda inestimable de tantos libros que tratan de encontrar respuestas al mismo problema; desde distintas ópticas o fuentes, se proponen distintas alternativas y ninguna parece efectiva aunque todas estimulantes.

Claro que no hay solución en las formulaciones de los libros, pero sí esperanzas, sueños, anhelos. Nos guían los mismos deseos, pero nos carcome la preocupación ya que el problema cada vez es más agudo.

Tenemos la sensación que no hacemos lo suficiente. Parece hoy un mal endémico, lo que antes era el profundo autoritarismo del

desprecio sobre la ley y las instituciones, con la pérdida de las virtudes cívicas, también perdimos las virtudes morales.

La constitución nacional fue ultrajada por los sectores dominantes, aunque minoritarios, apoyada por los factores de poder y grupos de presión quienes sometieron a la democracia como forma de vida y sistema de gobierno, por largo tiempo, en la Argentina.

Se hicieron tabla rasa con los derechos políticos y civiles; se desconocieron hasta la negación a los derechos sociales. Esa crisis pendular, cíclica y repetitiva desde 1930, al parecer, se empezó a superar desde la gesta de la recuperación democrática de 1983. Nos costó mucho aprender: luto y llanto por doquier; sangre y prisioneros sin condenas, ni juicios; con torturas y la triste irrupción de la figura del desaparecido como evidencia nefasta de un pasado sombrío. Fue lo que dejamos atrás en aquel entonces.

Con pasos lentos, pesados y subiendo el escarpado camino de la transición democrática, fuimos consolidando el funcionamiento formal de la democracia. La sustancia medular del sistema está pendiente de cumplimiento; no obstante que el abanderado de esa epopeya señalaba el camino cuando dijo [...] una savia común alimentará la vida de cada uno de los actos del gobierno democrático que hoy se inicia: la rectitud de los procedimientos.

Hoy convocamos a los argentinos, no sólo en nombre de la legitimidad de origen del gobierno democrático, sino también del sentimiento ético que sostiene a esa legitimidad [porque] el objetivo de construir la unión nacional debe ser cabalmente interpretado a través de la ética”¹.

¹ Alfonsín Ricardo Raúl, discurso asunción 10 de diciembre de 1983.

Hoy atentan contra los derechos humanos enemigos sin rostro y sector. No tienen uniformes sino que adquieren siluetas que como espejo la sociedad nos devuelve nuestra propia imagen. Por acción u omisión somos actores o cómplices de un estado que conspira contra los derechos fundamentales de los sectores más vulnerables.

Asistimos al triste espectáculo de antes con otro escenario y otros actores. Nos preguntamos ahora si ¿somos protagonistas o espectadores? Se cambiaron las balas por decretos, resoluciones o contratos; la sangre por la tinta de los funcionarios; el cadáver inerte es el de la ética pública y en el féretro van las instituciones republicanas, pero también los derechos fundamentales. Si, hoy la corrupción es a la democracia lo que la violencia institucionalizada desde la ilegitimidad del poder en los años 70 y 80, era a la vida y la libertad de los argentinos. Es tiempo de levantarse y rebelarse.

La corrupción, cual cáncer, carcome los cimientos de la sociedad y corroe las bases del sistema democrático. Pasó a ser su principal enemigo; nos obliga a actuar en defensa propia y para que no haya impunidad debemos ejercitar nuestros derechos como legítima defensa.

La corrupción es también la opresión silenciosa de estos tiempos. Nos obliga a una resistencia activa contra la misma. Está en juego nuestro presente y futuro. No es esto una apelación nostálgica a tiempos idos.

No sirven leyes, prisiones, amenazas o sanciones, si no damos la batalla cultural en el alma de cada ciudadano apelando a sus virtudes más profundas en una necesidad de convergencia ecuménica de principios, valores, creencias religiosas variadas y expresiones más sentidas que expresen una ética social y colectiva distinta en pos de un país mejor.

Es también una necesidad. Hay que actuar por conveniencia porque no sabemos en qué instancia viramos de corrupto a corruptor, y viceversa; por vivir en una situación que causa agobio moral y una crisis social que tiene una fuerza irresistible donde la amenaza no solo es grave e inminente sobre el sistema colectivo, sino sobre la calidad de vida de cada uno de nosotros. Sí: estamos obligados a actuar. Se necesita de una convocatoria universal, a todos los sectores para este esfuerzo común que termine con un gran pacto de estado para afrontar este problema.

En otras épocas ello fue posible aunque insuficiente para perdurar. Tenemos la íntima sensación que tuvimos épocas muy efímeras donde nos gobernó un santo; que ello sea ejemplo, aunque no el único. Vaya dedicada esta preocupación a quienes como este, desde su más modesta función y labor quieren y se esfuerzan por dar valor a la vida y la llenan de valores pretendiendo la perpetuidad de los mismos como un mandato implícito, que se legará a generaciones venideras para que nunca más se vuelvan a distorsionar democracia derechos fundamentales, en un mismo sentido y dirección que haga a la igualdad ante la ley y los ojos de Dios.

Esto es un aporte "in memoriam" de Arturo Umberto Illia y Raúl Alfonsín, porque sus conductas fueron la educación colectiva más clara, y sus virtudes un mandato, que sin banderías mezquinas debemos enarbolar de manera cotidiana.

El humor que siempre estuvo en pugna con el poder político cuestionando características, conductas o situaciones, refleja lo que no se puede expresar con palabras pero que es posible. Depende de nosotros.

¡¡ AL ÚNICO PRESIDENTE CAPAZ DE
DEMOSTRARNOS QUE TODO ES QUE NOS
ENSEÑAN EN LA ESCUELA PUEDE
SER VERDAD!!



a Raúl Alfonsín
con gratitud y
afecto
QUINO
31-10-'88

Dedicatoria en el ejemplar de Mafalda inédita obsequiado al Presidente Alfonsín aludiendo al famoso dibujo publicado al día siguiente del golpe de junio de 1966, incluido en ese libro.

CAPÍTULO I

1.- La democracia: concepto y evolución: desde los orígenes de la civilización cuando las sociedades buscaron formas de gobierno que conjuraran la libertad con la igualdad, surgieron formas de asociación que perfilaron modelos orientados a receptor ambas finalidades con la indudable pretensión de que el poder sea detentado por todos los ciudadanos, o al menos, controlado por estos.

La pretensión fue la organización del poder de base consensual, con marcados límites, que trocara la fuerza por la razón y la venganza por la justicia, rompiendo con ello costumbres autocráticas.

Bueno es recordar que desde aquellas primigenias formas de autogobierno hasta las representativas siempre tuvieron presente aquellas finalidades; aunque los modos, formas y procedimientos dieron a este sistema organizacional un alcance y significación diferente según las épocas.

La participación colectiva en la formación del gobierno y el control sobre el mismo fueron las claves para el diseño de formas democráticas.

Resaltamos que en la noción sustancial de la democracia siempre estuvieron contenidos los conceptos de isogonía “igualdad de todos para intervenir en la administración; “isocracia” es el gobierno de los iguales, una forma de gobierno en el cual todos los ciudadanos poseen poderes políticos equivalentes; “isonomía” mismas leyes para todos, como principios sobre los que descansa el sistema de gestión pública. Fue el trípode ante el cual se asentó el funcionamiento de esta

forma de gobierno con una constitución que delinea estos propósitos. Lo contrario no sería democracia, y la falta de algunos de estos presupuestos generaba la “anomia”: esto es la falta total del respeto por las leyes.

Obvio es que en aquellas culturas primigenias no existía la diversidad y el pluralismo propio de estas épocas, ni estaba signada por conflictos sociales, políticos, culturales o económicos que conocemos en la actualidad.

El origen etimológico de su nombre es claro “demos” pueblo” y Kratos “autoridad o poder”, no fue óbice para que siempre surgieran dificultades para establecer una definición precisa del término, ora por las aplicaciones prácticas, ora por la falta de uniformidad en la determinación teórica del mismo.

Nun² con claridad admite la dificultad de encontrar un significado desde el inicio de la civilización, “(...) aunque cuando se utiliza el término democracia se da siempre por supuesto, como mínimo, que el poder estatal tiene como fundamento último el consentimiento libremente expresado por los ciudadanos...”

Es la célebre caracterización de la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, realizado por el presidente de los EE UU Abraham Lincoln en un discurso pronunciado en la Dedicatoria del Cementerio Nacional de los Soldados en la ciudad de Gettysburg (Pensilvania) el 19 de noviembre de 1863; se la utiliza comúnmente a modo de una definición del concepto.

Lo hizo, tal vez, con un hilo conductor en la obra de Tucídides “la historia de la guerra del Peloponeso” cuando este señalaba que

² Nun, José “Democracia – Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos” Ed. Fondo de Cultura Económica Bs As. 2000, pág. 19.

(...) La administración del Estado no está en manos de pocos, más del pueblo, y por ello la democracia es su nombre. En los asuntos privados todos tienen ante la ley iguales garantías; y es el prestigioso particular de cada uno, no a su adscripción a una clase, sino su mérito personal, lo que le permite el acceso a las magistraturas; como tampoco la pobreza de nadie, si es capaz de prestar un servicio a la patria, ni su oscura condición social, son para él obstáculo. La libertad es nuestra pauta de gobierno en la vida pública, y en nuestras relaciones cotidianas no caben los celos, ni nos es ofensivo que quieran vivir nuestros vecinos del modo que les plazca, sin que se dibuje en nuestro rostro aire alguno de reproche que, sin constituir un castigo, no deja de ser vejatorio. Y mientras vivimos nuestra vida privada sin ser molestados por nadie, nos guardamos muy mucho, por el respeto que nos merecen, de transgredir las disposiciones del Estado, obedientes en todo momento a las autoridades y a las leyes, no sólo, y de un modo especial, las que han sido dictadas para protección de los que sufren ofensas, sino también aquellas que, sin estar escritas, comportan, con su transgresión, general menosprecio (...)"³

A las limitaciones propias de épocas remotas, las notas de pluralismo, tolerancia, respeto, diversidad, le dieron una amplitud significativa; pero como la historia de la humanidad está signada por épocas de progresivo avance para el género humano, también es este el que contribuye en generar conflictos, incertidumbres colectivas y peripecias que las sufren el conjunto de una sociedad.

Lejos se estuvo de suponer siquiera los extremos de la degradación de la humanidad que se llevaron a cabo en épocas de mayor "civilización, evolución o progreso social", sencillamente porque la democracia es incompatible con una forma de relaciones

³ Tucídides, El discurso fúnebre de Pericles, publicado por Ediciones Sequitur, Madrid 2007

sociales e intersubjetivas que no comprendan, valoren y busquen la materialización de la dignidad del hombre.

Así, la Segunda Guerra Mundial y el horror del holocausto, entre otros nefastos acontecimientos, parecen hitos de espanto que alertaron al mundo civilizado que había que asegurar un sistema de gobierno que buscara la siempre inalcanzable dignidad humana, y para ello entonces cartas, pactos (declaración universal de los derechos del hombre) y otros tratados universales y regionales trataron de dar pautas y compromisos entre los estados para hacer de la convivencia planetaria un mundo mejor.

Abal Medina⁴ ilustra que “la idea central de la democracia clásica era la de erigirse en el gobierno del pueblo o autogobierno, como su nombre lo indica, las nuevas formas políticas se basaron centralmente en la idea de representación a la hora de diseñar sus instituciones políticas”.

Lo que antes fue una nostálgica quimera, se transformó en un idílico sueño, más tarde en una convocante posibilidad, y nos encontramos hoy en la necesaria e inevitable convocatoria a una probabilidad cierta, que nos exige, nos constriñe, y nos convoca a contribuir con nuestro esfuerzo a edificar un mundo mejor por y para la dignidad del hombre y sus derechos como límite al ejercicio del poder, el que debe ser un instrumento de satisfacción de necesidades y expectativas colectivas.

2.- La dignidad humana. Esta noción conceptual, sus definiciones, contornos y perfiles doctrinarios, como su contenido sustantivo, son aún materias de debate y estudio; pero ninguno de los iusfilósofos, juristas o científicos sociales entre otros que están

⁴ Abal Medina, Juan Manuel “Manual de ciencia política” Ed. Eudeba Bs. As. 2010 pág. 129

abocados a su estudio buscan menoscabar o limitar su contenido; por el contrario, bregan por el especial valor del ser humano, más allá de las razones en que el valor se funde, ya que la dignidad humana significa , en suma, la exigencia de respeto incondicional al ser humano.

Häberle⁵ ha dicho con acierto que" (...) la dignidad no es sino una premisa antropológica cultural cuya consecuencia organizativa es la democracia...". Es que se considera a la dignidad humana como una razón fundamental de todos sus ulteriores derechos; es la razón última, algo ínsito en el ser mismo, lo que lo diferencia respecto de otras especies, y en cuya virtud, se garantizan sus derechos contra todos.

Es que el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio. Tiene valor en sí, por el solo ello de ser tal.

Ahora bien, el reconocimiento de esta exigencia plantea la cuestión de ¿cómo se materializa el respeto? Y la respuesta se encuentra precisamente en los derechos fundamentales. Estos pueden contemplarse como "un conjunto de bienes básicos para que los seres humanos desarrollen libremente su personalidad en el marco de una determinada sociedad"⁶. No se trata sólo de proteger algunos aspectos de la personalidad con la abstención estatal, sino con la igualdad básica real y concreta de todos los ciudadanos ya que el sistema del Estado social y democrático de derecho obliga a la síntesis de un precioso equilibrio de libertad e

⁵ Häberle Peter. El Estado constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007 pág. 318

⁶ Martínez Pujalte, Antonio Luis - Tomas de Domingo "Los derechos fundamentales en el sistema constitucional Teoría general e implicaciones prácticas. Ed. Palestra, Lima Perú, 2010 pág. 18

igualdad para garantizar la vida, paz social, orden, seguridad, justicia, progreso, etcétera.

De allí entonces que los mandatos constitucionales, como normas concretas de derecho público de aplicación directa, sumado al mandato axial de la dignidad del hombre como finalidad cardinal de todo el sistema institucional, son motivantes y fundantes de la actividad del Estado que en todas sus formas, no solo con su abstención; sino con su acción, está obligado a concretar y garantizar a fin de conjugar el enlace entre la libertad e igualdad.

La reformulación de los estados nacionales fue vertiginosa en todo el planeta, más después de la Segunda Guerra Mundial; el proceso del mismo haciendo hincapié en metagarantías, o súper garantías que van desde la rigidez constitucional, la limitación al legislador, el principio de legalidad limitador y limitante de sí mismo, para los ciudadanos y el propio estado, que genera una situación del derecho sobre el derecho, ya que no sólo se trata de una expresión positiva de voluntad estatal sino de irradiación –y necesario control- de sus contenidos vinculados a principios de justicia, que buscan garantizar la libertad, concretar la igualdad, asegurar la paz y la tutela de los derechos fundamentales.

Todos los derechos naturales reconocidos por las constituciones se traducen en normas de derecho positivo de rango constitucional, mutando sus paradigmas, ya que cambian sustancialmente el modo de producción de las leyes. Estas ya no valen solo por imperio de la voluntad estatal, sino por el contenido compatible con los derechos fundamentales.

La dignidad humana, pues, está estrechamente vinculada a la democracia; al respeto de la autonomía personal; a los límites de la democracia, que como expresión de las mayorías, no desconozcan

los derechos de las minorías, entre otros temas, constituyen los problemas que reclaman la atención de las democracias modernas.

3.- La sistematización de la democracia: la conceptualización de la democracia ateniense a la fecha, y más cercana a nuestros días, ha obligado a esfuerzos por sistematizar esta forma de vida y organización de gobierno; algunos autores han hecho el esfuerzo por ordenar los contornos conceptuales de la democracia, así Schumpeter⁷ entiende que ello se define como "...el método democrático es el instrumento institucional para llegar a decisiones políticas, en virtud del cual cada individuo logra el poder de decidir mediante una competencia que tiene por objeto el voto popular...". En efecto, esta definición pone su acento, en primer lugar, en el carácter central de la competencia, en segundo lugar, en los elementos esenciales que debe existir en un régimen democrático: la existencia de una oposición, la existencia de minorías y el papel clave del voto popular.

Con marcado escepticismo refiere a que las formas y modos de ejercicio conspiran contra la altruista finalidad ya que "la democracia se reduce a un método de selección de liderazgos que le da la posibilidad al electorado de elegir a los hombres y mujeres que han de gobernarlos pero que se encuentra lejos de reflejar sus preferencias".⁸

Igual pesimismo se advierte en Przeworski⁹ cuando expresa "...la democracia puede ser la mejor forma de gobierno que jamás

⁷ Schumpeter, Joseph. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Harper. N.Y. 1947.

⁸ Schumpeter, Joseph. Ob cit.

⁹ Adam Przeworski, "Rendición de cuentas Social en América Latina y más allá", en Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz (Eds.), *Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas Editorial, 2002, p. 75.

haya sido inventada, pero es congénita y estructuralmente débil como mecanismo de control popular sobre los funcionarios. Simplemente, así es la vida...”.

En tanto el esfuerzo de Karl Popper¹⁰ busca una argumentación por analogía tomando como referencia clara la epistemología; tomando y descartando teorías e hipótesis falsas, acercándose al conocimiento objetivo por la vía negativa (la falsación permanente de creencias hipotéticas) por lo que infiere, que el pueblo de igual manera, tiende a realizarse de manera indirecta, descartando los gobiernos inconvenientes.

D’Auria¹¹ acota que “si el pueblo no puede gobernarse por sí mismo, si puede mediante el régimen demo-representativo, deshacerse de los gobiernos que se hayan mostrado contrarios a su voluntad, y ahí radicaría, según Popper, la democracia de los regímenes representativos”.

Giovani Sartori,¹² destaca que “la "democracia" es una abreviación que significa Liberal-democracia y claramente distingue tres aspectos: La democracia como principio de legitimidad, la democracia como sistema político y la democracia como ideal”.

De la democracia como principio de legitimidad surge que el poder deriva del "demos", el pueblo, y se basa en el consenso verificado, comprobado y palpable, no presunto ni remoto, de los ciudadanos. La democracia no tolera presupuestos preestablecidos que alteren la igualdad, ni tampoco que el poder derive de la

¹⁰ Popper Karl “la sociedad abierta y sus enemigos” Ed. Orbis Hispanoamérica Bs. As. 1985.

¹¹ D’Auria Aníbal “Teoría y crítica del Estado” Ed. Eudeba Bs. As.2012, pag.140.

¹² Sartori, Giovanni. Elementos de teoría política. Cap. 4 Democracia. Alianza Editorial. Madrid. 1987

fuerza. En las democracias el poder está legitimado, además de supeditado y condicionado y es revocado, por elecciones libres y periódicas. Más claramente señala este autor que el problema actual de las democracias no es su origen ni la titularidad, sino el ejercicio de la misma.

En otro sentido poliarquía en el concepto de Robert Dahl¹³ es un modelo que con acierto se acerca a lo que la democracia es en la praxis; por lo menos en la actualidad. Este aporte metodológico y sistémico es de gran valor al momento de hacer política comparada, puesto que el referido análisis se orienta fundamentalmente a los regímenes nacionales, es decir, a nivel de país, de estados nacionales; sin embargo, como él mismo lo resalta, es perfectamente aplicable a estratos inferiores, tal como las organizaciones políticas y sociales, esto es: municipios, provincias, sindicatos, empresas y partidos políticos, entre otros.

Este aspecto no es de menor importancia, ya que muchos países, pueden mostrar estándares aceptables de democratización a nivel nacional, sin embargo, no presentan una correspondencia democrática en las organizaciones subnacionales o a nivel de sociedad civil.

Es que el concepto que se propicia tiene la añorada pretensión de concretar el siempre vigente anhelo de una democracia como una forma de vida, no un mero modo circunstancial de una de las tantas formas de gobierno.

Es conjugar no solo la libertad, como valor cardinal, sino el conjunto de otros derechos que componen un plexo de valores sociales, culturales y jurídicos que también son derechos y se corresponden con la referida dignidad del hombre.

¹³ Dahl, Robert A. La Poliarquía. Participación y oposición. Editorial Tecno. Madrid. 1989

Estévez¹⁴ señala que el sistema político democrático es “el único que institucionaliza la oportunidad que tienen los ciudadanos de realizar su libertad. Esta libertad que, desde luego, está inserta dentro del Estado de Derecho”.

4.- La democracia como forma de gobierno y forma de vida.

Los progresos de las sociedades más primitivas trajeron también formas que obligaron a los comportamientos sociales para garantizar el orden, y para que ulteriormente este orden sea paz social, y por supuesto evolución colectiva: La ley.

La legalidad de las formas del poder – directo o investido en representación- fue sin dudas un avance más que significativo, más no suficiente; ya que en nombre de las mayorías y con una pátina de legalidad se cometieron groseras tropelías y los mayores horrores de la humanidad se esconden en los “criterios de las mayorías”, prueba de ello se pueden extraer desde el proceso que conllevó a la crucifixión de Jesús de Nazaret hasta el holocausto; de allí la necesidad imperiosa de articular formas de gobierno con efectivos modos de vida como orientan magistralmente algunos autores a los que seguimos en la especie.

Los aportes de Kelsen¹⁵ fueron significativos y muy valiosos en el plano científico para depurar la ciencia del derecho de la moral y comprender el fenómeno jurídico; el empleo de una metodología propia y específica de la ciencia jurídica, lo que visto a la distancia y luego de transcurrido un largo lapso de tiempo, se advierte que la característica de neutralidad de las ciencias jurídicas no puede desentenderse completamente de la moral, de la política, y de los

¹⁴ Estévez, Eduardo E. Seguridad e Inteligencia en el Estado Democrático. Fundación A. Illia. Buenos Aires. 1987.

¹⁵ Ver Kelsen Hans, “Teoría pura del Derecho” Ed Porrúa México 1991, y “Teoría general del Estado” México Ed. Nacional, 1985.

acontecimientos sociales que impregnan – o contaminan- las formulaciones jurídicas, las que no pueden exponerse como pócimas químicamente puras sin estas conexiones.

Desde este lugar se observan nítidamente tres premisas que podemos precisar : a) el de la mera legalidad, la que tradicionalmente ha sido observada desde la perspectiva del gobernante en una mera subsunción de un accionar estatal a los preceptos jurídicos; b) en un principio el gobierno que actúa conforme al derecho es valorado en positivo porque se supone un poder limitado y predecible; sin embargo, c) la mera legalidad no es una garantía del buen gobierno, porque un poder puede actuar legalmente sin encontrarse jurídicamente limitado por normas que protegen bienes valiosos como los derechos fundamentales individuales (quien tiene más poder –generalmente el que está a cargo del Estado - puede crear y aplicar normas jurídicas sin respetar ningún tipo de limitación material). Esta última premisa (sin duda la más importante de las tres) puede entenderse de la siguiente manera: todo poder político estatal o institucionalizado es, necesariamente, un “Estado jurídico”, pero no cualquier “Estado jurídico” es un “Estado de derecho”.

Como lo enseña Elías Díaz.¹⁶ “(...) No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto es cierto que todo Estado crea y utiliza un derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy en un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico constituye

¹⁶ Elías Díaz, Estado de derecho y sociedad democrática, Taurus, Madrid, 1998.

una imprecisión conceptual y real que solo lleva –a veces intencionalmente– al confusionismo (...)

Es que el Estado tiene el monopolio de la formación normativa, tiene el monopolio del uso de la fuerza, tiene el monopolio de la actividad punitiva; más el ejercicio de la fuerza que se delimita por imperio de normas diseñadas en una constitución política que, en principios y tiempos de otrora, fue un esquema del ejercicio del poder juridificado.

Allí se contemplan instituciones específicas y se precisan sus competencias con la finalidad de proteger un conjunto de derechos individuales fundamentales, más ello es condición necesaria, pero no suficiente, para garantizar una democracia real y efectiva.

Adquiere la democracia una profunda base moral y cultural pues como lo señala Aranguren¹⁷ “La democracia no es un status en el que cómodamente nos podamos instalar, sino una permanente y constante conquista cotidiana”.

5.- Los problemas de las democracias de posguerra y procesos de consolidación. El último medio siglo obligó a la mayoría de los politólogos, filósofos del derecho e ius publicitas a abordar el problema de: primero encontrar alguna explicación satisfactoria para luego, en segundo término, tratar de elaborar un modelo explicativo que diera estabilidad a los regímenes democráticos tratando de sistematizar las condiciones, requisitos y recaudos indispensables para ello.

La premisa fue no detenerse en discutir la naturaleza y alcances de los derechos fundamentales sino garantizarlos hacia el futuro,

¹⁷ Aranguren, José Luis. *Ética y política*. Orbis, Madrid, 1983

“ya que así como se conquistaron se pueden perder”, esbozaba con claridad Norberto Bobbio.¹⁸

Es que todos los actores tienen la oportunidad de aumentar o disminuir las posibilidades de persistencia y estabilidad de un régimen democrático y en este sentido se debe tener en cuenta verdaderos fenómenos sociales que contribuyen a derrumbar las democracias competitivas, o en su defecto, a generar regímenes débiles de democracias asediadas o abortadas; cuando no, es el factor socio-económico el gran estimulador de cambios de comportamientos sociales que influyen sobre el sistema democrático de gobierno y condicionan el funcionamiento de dicho régimen en la plenitud de su finalidad y pretensión.

Juan J. Linz¹⁹ con lucidez señala que“(…) no puede ignorarse la actuación tanto de los que están más o menos interesados en el mantenimiento de un cierto sistema político democrático como la de aquellos que, colocando otros valores por encima, no están dispuestos a defenderlo o incluso están dispuestos a derrocarlo. Todo este conjunto de conductas constituye la verdadera dinámica del proceso político (…)” pero que toda obstrucción u obstáculos colectivos son propicios para el cambio y para mejorar el funcionamiento colectivo.

El proceso de regímenes autoritarios a gobiernos democráticos y la necesidad de su consolidación no fue motivado por devaneos intelectuales, sino que tuvo la manifiesta intención práctica de encontrar sustento y persistencia en mantener un régimen democrático en algunos Estados-Naciones signados por la interrupción institucional de los gobiernos electos en el marco de

¹⁸ Bobbio Norberto, “El tiempo de los derechos” Ed. Sistema Madrid España. 1991.

¹⁹ Linz, Juan J. “La quiebra de las democracias” Ed. Alianza Universidad. Madrid España .1993 pág.15.

la legalidad y legitimidad de su sistema por la ruptura abrupta e irrupción de regímenes de facto de matriz autoritaria y la anomia colectiva; que empieza por no valorar la plenitud de un orden legal colectivo, los valores comunes del sistema democrático en cuanto a la materialización de la dignidad humana; para trocarlos por un salvaje individualismo del resguardo, protección, y beneficio, incluso indebido, de cada uno como individualidad, a costa del conjunto.

Un hito mundial constituye, sin dudas, la caída del muro de Berlín como las políticas públicas del régimen soviético de la Perestroika y la Glasnost, ya que fueron disparadores de otros procesos colectivos que tienen como denominador común la búsqueda de la democracia como régimen político superador de los modelos imperantes en aquellas latitudes.

Es que mientras que la Perestroika se ocupaba de la reestructuración económica de la Unión Soviética, la Glasnost pretendía liberalizar el sistema político, que sus detractores acusaban de estar férreamente controlado por el Partido Comunista. Los medios de comunicación obtuvieron mayor libertad para criticar al gobierno. Esto marcó el final de una época.

Alain Touraine²⁰ ha expresado, contemplando ese fenómeno social, que “la democracia ha vencido y que hoy en día se impone como la forma normal de organización política, como el aspecto político de la modernidad cuya fórmula económica es la economía de mercado y cuya expresión cultural es la secularización”.

Si bien, al parecer, la batalla cultural por las bondades del régimen democrático respecto de otros modelos tuvo las intermitencias propias de intervalos llamados transición que

²⁰ Touraine, Alain, “Qué es la democracia” Ed. Fondo de Cultura Económica”. Uruguay 1995 pág.15.

necesariamente motivaron los ajustes y correctivos colectivos para lograr amalgamar un principio rector que surge con nitidez “el de ciudadanía” que es descripto por O’Donnell²¹ como “el derecho de ser tratado por otros seres humanos como iguales con respecto a la formulación de decisiones colectivas, como la obligación de quienes instrumentan dichas decisiones de ser accesibles y responder por igual a todos los miembros del régimen político”.

Sostenemos que el peligro que encierra la situación actual no es las intermitencias de los regímenes democráticos y la sustitución por regímenes autoritarios sino la mutación por sustracción de los elementos esenciales del régimen democrático dejándolo escuálido y disfuncional en torno a la plenitud de sus bondades que debe irradiar el comportamiento institucional y trasladar dichos beneficios a la sociedad, destinataria y titular de las decisiones colectivas.

A este proceso de debilitamiento y deterioro de las funciones básicas y elementales de los regímenes democráticos con fuertes comportamientos autoritarios se le llamó democracia delegativa, con un líder – generalmente el poder ejecutivo de turno que concentra – hasta ilegalmente – funciones propias de otros poderes, poco control social por cooptación de los medios de comunicación con abarrotamiento de información secundaria, subalternización del poder legislativo, debilitamiento de la oposición, pretensión de un férreo control sobre el poder judicial, concretando el poder en una suerte de cesarismo plebiscitario, con facultades crecientes que producen una aguda falta de transparencia, recurrente discrecionalidad y abundantes sospechas de corrupción.

²¹ O’ Donnell, Guillermo, Schmitter Philippe “Transiciones desde un gobierno autoritario” Ed. Prometeo Libros. Buenos Aires, 2010. Pág.29

O'Donnell²² expresó con singular síntesis refiriéndose al proceso en nuestro país que “...los períodos de visible crisis del poder delegativo, recomponible o no, reencauzable o no, son de gran incertidumbre. Con ellos tendremos que vivir, sin perder la esperanza de que, aunque mediante oblicuos y ya largos caminos, nuestro país se encamine hacia una democracia representativa...” Ella vale por sí misma; es también condición necesaria para ir dando solución a los múltiples problemas que nos aquejan”.

El bajo nivel de institucionalidad, la preponderancia de la voluntad del líder por sobre el funcionamiento de las instituciones, acarrea inexorablemente un raquítrico sistema de control, cada vez más laxo y difuso cuando no discontinuo o espasmódico, que conspira contra principios tales como regularidad, previsión de los comportamientos, alterando las reglas de juego “aquellas que permiten la participación limpia y sin trampas” por las reglas de estrategia “aquellas que permiten ganar” en el lenguaje de Norberto Bobbio ²³.

En estos tiempos las expresiones minimalistas de la democracia, la falta de rendición de cuentas, entre tantos factores conspira contra la consolidación total de una democracia plena. De allí la importancia de los controles – internos y externos, horizontales y verticales que se deben dar sobre los mandatarios.

El control político y social, como los controles legales e institucionales son las claves para el funcionamiento de una democracia que de esta manera se consolida.

²² O' Donnell, Guillermo “La democracia delegativa” Diario La Nación del 28 de mayo de 2009.

²³ Bobbio, Norberto “El futuro de la democracia “ed. Fondo de Cultura Económica. México 1986 pág. 14 y sig.

De allí que las reglas de juego en la democracia inexorablemente deben ser impuestas no sólo por decisiones mayoritarias sino que deben incluso hoy estar resguardadas en contra de estas mayorías ocasionales circunstanciales que pueden menoscabar la base misma, la esencia principal de todo régimen democrático, como forma de vida; que es la dignidad humana que halla en la protección de los derechos humanos más elementales, como los derechos fundamentales, el reaseguro del sistema.

Así, la democracia necesita inexorablemente de reglas de juego que están receptadas en cartas-pactos, que no son sólo un diseño de normas competenciales en el uso y funciones propias del poder estatal, sino principalmente el reaseguro mismo de la dignidad del hombre. Democracia y ley, democracia y estado de derecho pasan a ser, en consecuencia, expresiones que se complementan necesariamente.

6.- El Estado de Derecho actual: El llamado estado constitucional de derecho desde el plano ontológico mereció la sistematización de los tipos de constitución obrante en distintas latitudes, para Karl Loewenstein²⁴ como una forma de comprender también la clase de sociedad política de un estado nación en función de su texto supremo, por lo que clasificó en: 1º "...Constitución normativa: aquella que de hecho se cumple, es sentida y vivida tanto por los titulares como los destinatarios del poder. Es normativa porque sus preceptos rigen, regulan efectivamente el proceso político de modo que son eficaces y se cumplen; 2º: Constitución nominal: aquella cuyo texto, por falta de condiciones adecuadas o de preparación del cuerpo social sólo es nominal y no se aplica realmente. Con todo, puede tener un valor educativo; es un instrumento más en el proceso de educación

²⁴ Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Ed. Ariel. Barcelona, España, 1979, pag.219

popular, que, con el tiempo, podría llegar a convertirse en una Constitución normativa, 3º: Constitución semántica: también llamada pseudo-constitución, aquella que es aplicada, pero no tanto para regular el proceso político cuanto para formalizar y legalizar el monopolio de poder de determinados grupos sociales o económicos. Estaríamos ante un disfraz constitucional...”

Loewenstein descartaba la posibilidad de construir una constitución ideal a partir de la teoría; así decía que una constitución ideal no ha existido nunca y no será posible jamás su existencia, mas no por ello se debe deponer la pretensión de urdir y buscar un modelo que satisfaga más y plenamente las necesidades de la sociedad.

El avance y ensanchamiento de las fronteras de la democracia modificaron también, felizmente, el modelo de los estados constitucionales haciendo que las constituciones atendieran, fundamentalmente, los derechos de los ciudadanos y extremaran los diseños de control para garantizar no solo la plenitud de los derechos sino también para que el ejercicio de la soberanía popular tenga en aquellos mecanismos el reaseguro junto a los derechos sociales y colectivos, que mediante la participación, vigorizan y refuerzan el sistema mismo.

Esto genera un cambio de paradigmas verdaderamente revolucionario en el mundo del derecho, tal vez influenciado por los cambios en las formas de gobierno, modificación de los estados nación, los cambios en la forma y modo de concebir y desarrollar la política, con los denominadores de más y mejor democracia. Ello por la imperiosa necesidad de garantizar más y eficazmente los derechos fundamentales a través, ahora, no sólo de cartas pactos sino de acuerdos internacionales donde el derecho interno cede ante estos compromisos y se asume la dualidad de que el Estado no deja de ser soberano y tener una constitución, sino que es más soberano, aún, si amplía sus fronteras, expande sus

protecciones al conjunto de derechos que hacen a la dignidad del hombre.

Zagrebelsky²⁵ con precisión sostiene entonces que el derecho es ahora dúctil, con doble fuente en su producción, que la codificación cede ante la constitucionalización; que la composición plural de las sociedades genera un novel concepto de soberanía que debe hacer pensar en otro modelo estatal y otra forma de concebir el derecho como una herramienta de garantías y satisfacción de las demandas de justicia por la sociedad.

Del diseño de los poderes constituidos y sus límites competenciales con escasa definición dogmática se pasa a Estados de derecho constitucionales y sociales que van adquiriendo una caracterización de procesos signados por cambios en los ordenamientos jurídicos que tienen la nota de una Constitución extremadamente "invasora", que impregna la cotidianeidad de los actos de cada ciudadano.

Guastini²⁶ describe este proceso como aquel capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable. El máximo de intensidad lo alcanzaría un ordenamiento que cumpliera las siete siguientes condiciones, las cuales -o al menos muchas de ellas- se pueden dar también en mayor o menor grado: 1) Constitución rígida; 2) garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) fuerza vinculante de la Constitución; 4) "sobreinterpretación" de la Constitución; 5) interpretación de las leyes conforme la Constitución; 6) aplicación

²⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995

²⁶ Guastini, Ricardo. "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico": El caso italiano, en AAVV, *Neoconstitucionalismo* Ed. Trotta España 2003.pág 143

directa de las normas constitucionales; 7) influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

El neo constitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo expresa una nueva cultura jurídica que corporiza estas impresiones, que recepta las inquietudes expuestas y recibe los aportes de los iusfilósofos contemporáneos, sin que se permita la exclusión de aportes de escuelas o posiciones distintas cuando persiguen un mismo fin. Entendemos acertada la acepción que el neo constitucionalismo es una teoría del derecho apta para describir o explicar las características del modelo, que describe de manera inigualable Gil Domínguez²⁷ como “(...) Un modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo es tributario de las dos grandes corrientes constitucionales, las cuales tradicionalmente han transitado caminos separados: la norteamericana (que estableció una constitución garantizada sin contenidos normativos) y la europea (que estableció constitución con densos contenidos normativos pero sin garantías).

El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia un sistema de constituciones normativas garantizadas, en última instancia, por el control de constitucionalidad. Dota así al poder judicial de la última palabra en cuestiones controvertidas.

Esta modificación sustancial del sistema democrático con la constitucionalización y rigidez de los derechos fundamentales que restringe la voluntad y decisión estatal, que limita la esfera de acción, como abstención concreta; ahora impone también la obligación sustancial en su obrar, ya que existen cosas que se deben hacer en determinado sentido, y ello orientado a tratar de

²⁷ Gil Domínguez, Andrés “ Neoconstitucionalismo y derechos colectivos” Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 18

concretar los valores axiales de los derechos fundamentales que irradian de contenido no sólo el texto superior de un Estado, sino que vinculan a este en sus decisiones de menor grado.

Al buscar concretar la dignidad humana sobre la base de la igualdad y la libertad, los derechos fundamentales, son más que límites, un notable fortalecimiento del sistema democrático y al ser receptados por el constitucionalismo pasan al ordenamiento jurídico positivo del Estado, evitando los excesos de las mayorías, pero siempre constituyen un freno al poder.

7.- La necesidad de la democracia deliberativa y la constitución. Esta nueva simbiosis entre régimen democrático y sistema de derechos no sólo nos deposita ante una nueva teoría del derecho, sino a una nueva y plausible concepción o modelo de una democracia que posee características que perfilan un modelo participativo y comunicativo que imperiosamente necesita de un fortalecimiento de las garantías ciudadanas.

La vieja y persistente tensión entre el avance del poder sobre los ciudadanos y la resistencia de estos por ampliar sus libertades se mantiene. Cambian los funcionarios, se adoptan nuevas formas, se incorporan nuevos métodos, pero con distintos ropajes se siente la pertinaz obsesión del Estado, y de los ocupantes de los cargos, que so pretexto del ejercicio del poder, avanzan sobre los derechos individuales, colectivos, sociales, restringiéndolos.

Valorizamos que la mayor abundancia de garantías para defender mejor los derechos impedirá el avance del poder político para limitarlos; y allí cobra relevancia una novel concepción del concepto deliberativo de la democracia propendiendo a la

autonomía ciudadana y a la autolegislación con fuerte influencia del modelo de Rosseau como acota D'Auria.²⁸

Esta conjunción entre derecho, moral, política, sociología, antropología; teniendo como centro de gravedad al hombre y la necesaria simbiosis del diálogo participación, deliberación, basado en un modelo democrático representativo y un modelo de Estado de derecho que aplica luego de un proceso de constituciones densamente normativas que logran articular viejas corrientes jurídicas en pugna, el positivismo con el ius naturalismo.

Prieto Sanchís,²⁹ nos ilustra estos momentos diciendo que "(...) donde antes existía discrecionalidad política ahora se alzan los principios y, por consiguiente, la ponderación y sus cultivadores, los jueces, porque donde antes existía indeterminación ahora pretende existir determinación, aunque sea la que modestamente ahora ofrecen los principios (...)".

A juicio de este autor³⁰ surgen nítidos rasgos que caracterizan el modelo 1º) más principios que reglas, 2º) más ponderación que subsunción, 3º) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria, 4º) omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario, 5º) coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios.

El derecho de la constitución y su fuerza normativa, valen, tienen vigencia y franca operatividad por el solo hecho de ser la

²⁸ D'Auria ob cit. Pág. 142.

²⁹ Prieto Sanchís, Luis JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES Ed. Trotta Madrid 2009. pág.132

³⁰ Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial" En Neoconstitucionalismo (s), Miguel Carbonell (Coord.), Trotta, Madrid, 2003.

norma superior de una sociedad; pero también contribuyen a ser el sustento efectivo de la constitución de una organización estadual como concluye Carlos Nino³¹ pues “ (...) da valor epistémico a la democracia deliberativa ya que implica la creencia en la primacía del proceso de discusión colectiva y decisión mayoritaria por sobre cualquier otro procedimiento para determinar soluciones moralmente aceptables a conflictos sociales, incluso aquellos que involucran derechos. Sin embargo, una forma utilizada de control de constitucionalidad puede asegurar que los resultados epistémicos que surjan del proceso democrático resulten combinados con las demandas que provienen de la constitución ideal de los derechos y de la constitución histórica (...)”

Según Campbell, para Habermas “(...) la justicia no es un valor entre otros sino un predicado sobre la validez de los enunciados normativos universales que se expresan en normas morales generales. La justicia es siempre, por tanto, un concepto abstracto que tiene que ver con la igualdad en sentido kantiano, ya que una norma válida de justicia “debe sobrevivir a la prueba de la universalización que examina lo que es igualmente bueno para todos”.³²

Habermas³³ nos plantea un paradigma discursivo-procedimental de Derecho, así como un modelo normativo de democracia radical. Todo procedimiento legítimo de producción jurídica (legalidad) es válido (legitimidad) cuando convoca el acuerdo de los ciudadanos (legitimación) a través de procesos

³¹ Nino, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa .Ed. Gedisa. Barcelona, España, 1997 Pág. 293.

³² Campbell, Tom “La justicia” Ed. Gedisa Barcelona 2002, pág.233

³³ Ver Habermas, J., “El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?” en Tiempo de transiciones, Madrid, Trotta, 2004, pág 141-165, p. 150.; y J. Habermas, “Facticidad validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso, Madrid, Trotta, 1998.

participativos legalmente establecidos. La teoría de la ciudadanía en Habermas, por tanto, está ligada a la conquista y ejercicio de los derechos fundamentales discursivamente legitimados por la ciudadanía. En primer lugar, las decisiones políticas y jurídicas tienen validez en la medida en que surgen del acuerdo consensuado (*consenso intersubjetivo*) de aquellos que participan en la deliberación desde una situación de igualdad de derecho, es decir, aquello que recoge el asentimiento de todos bajo condiciones de igualdad de discurso racional: "El carácter discursivo del proceso de *deliberación* lo que hace es sentar las bases de la expectativa de que el proceso pueda siempre corregirse a sí mismo, a su vez, sustenta la presunción de que se llegará a resultados racionalmente aceptables.

Sin dudas que esto es producto del dialogo democrático que se centra en el bien común, ya que la autonomía privada y la autonomía pública genera una relación de mutua dependencia que se retroalimentan recíprocamente, ya que una es condición de la realización de la otra, y para ello es imprescindible la existencia de la justicia y la libertad que son las bases del proceso discursivo con base en la igualdad social y económica real.

El proceso de construcción democrática que se vislumbra en Habermas, sin dudas asentado en los valores mencionados, pasa por reconocer totalmente la validez de los derechos fundamentales que, a su juicio, son el resultado de un proceso deliberativo, de fuerte articulación de consensos, garantizada por una justicia constitucional que oficia de control.

El diseño de ingeniería institucional de base constitucional que propone Nino nos aproxima a un modelo que recepta con plenitud esfuerzos que tienen su impronta superadora de modelos pretéritos que ponen el acento en la protección de los más elementales derechos del hombre, expuestos por Dworkin, Alexy,

Ferrajoli, y otros iusfilósofos, que desde la filosofía del derecho, también prohicieron un nuevo modelo institucional con noveles paradigmas para la satisfacción de los derechos fundamentales del hombre.

8.- La época actual, cambio de paradigmas: No sólo parece afianzarse la democracia como sistema político, sino que los Estados de Derecho tienen un doble estándar en el control de sus actos, de constitucionalidad y convencionalidad donde gana espacio la defensa más profunda de los derechos humanos sin distinción de fronteras, dejando atrás concepciones caducas de una soberanía estatal, sino que se muestra acorde con un mundo interrelacionado, globalizado, con fuertes intercambios donde el denominador común es la finalidad de más y mejor dignidad humana.

Los fuertes cambios políticos mencionados provocaron innovaciones en los sistemas en los Estados-Nación, se profundizaron las modificaciones en las cartas constitucionales europeas y un denominador común de la defensa del sistema con la defensa de los valores y los derechos fundamentales ganaron un espacio apreciable donde antes tenían lugar las reglas delineadoras de las concepciones y espacios de poder.

También la revolución tecnológica y científica puso la información al alcance de los cinco sentidos de cada habitante del planeta con una velocidad e inmediatez asombrosa.

Este proceso de las comunicaciones e informaciones instantáneas aportó otras formas de articulación y comunicación social generando fenómenos de una magnitud y dimensión inconmensurable.

El ágora, la plaza pública, el periódico, o las viejas misivas han cedido paso a la comunicación “on line”, a una participación que se articula desde un domicilio particular mediante las redes sociales, en vivo se transmite, con instantaneidad, una noticia de un hecho que ocurre en el lugar más recóndito del plantea, por las ayudas de los soportes satelitales a los medios de comunicaciones. El aporte de la comunicación virtual reduce distancias siderales.

La política, pues, tiene procesos de tomas de decisiones diferentes, distintos a los tradicionales y lejos de socavar las bases del sistema político y de las bondades del Estado de Derecho se expresan en un sentido positivo reclamando más calidad y mejor prestación de los servicios públicos cuya obligación inexorable la debe prestar el Estado.

Estos procesos de cambio donde aparecen estos paradigmas novedosos, en lo político, en lo social, en los modelos de regímenes estaduales, son tomados con denodado entusiasmo y dedicación por sociólogos, filósofos, iusfilósofos, politólogos, pero con marcada inclinación a efectuar un análisis de la particular visión que desde el especial espacio científico se brinda. Por allí faltan esfuerzos sistematizadores del fenómeno globalizado, desde una perspectiva que queremos abordar decididamente: democracia, derechos fundamentales y las nuevas amenazas que condicionan el sistema político y la satisfacción plena de los referidos derechos.

Barberis³⁴ con precisión indica a esta época como “El imperialismo moral que (...) representa quizás la reacción de los juristas y de los filósofos del derecho de los años noventa del siglo veinte frente a otros imperialismos: pensemos en el imperialismo

³⁴Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, en Neoconstitucionalismo(s), UNAM, Trotta (ed. Miguel Carbonell), 2003, p. 270.

de la política, que ha caracterizado a los años setenta, o el imperialismo de la economía, que ha marcado los años ochenta. Cualquiera que sea su origen sociológico, por otra parte, no hay duda de que el imperialismo de la moral constituye uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo (...)"

Es que los filósofos del derecho no sólo resistieron el modelo neoliberal que condicionaba el funcionamiento de la democracia con sentido social, una economía de mercado que menoscababa la dignidad humana, con la prédica insistente en ensanchar las bases de su comprensión y lograr la mayor y más efectivas garantías a los derechos fundamentales como una forma y modo de garantizar más eficazmente el sistema democrático de gobierno.

Aguilera Portales³⁵ sintetiza con acierto que en estos tiempos que corren "...necesitamos una ciudadanía republicana que reconstruya la tan deteriorada y denostada esfera pública caracterizada por corruptelas, mafias, tráfico de influencias, fórmulas autocráticas, regresiones autoritarias, falta de institucionalidad y transparencia pública. La democracia no es solamente un orden socio-político, sino también una cultura, una metafísica, un universo de actitudes, creencias, convicciones políticas que impregnan toda la sociedad en su esfera tanto privada como pública..." Ese es el gran desafío.

Hoy, la corrupción es causa fuente de los males que afectan al sistema democrático y sustraen la satisfacción de los derechos fundamentales, atacando a los sectores más vulnerables pero con un daño inconmensurable a uno mismo.

³⁵ Aguilera Portales, Rafael E "Hacia una democracia de mínimos: del mandato imperativo al mandato representativo" en [página www.fldm.edu.mx/pdf/revista_nro_2](http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista_nro_2).

CAPÍTULO II

La (Doble) Dimensión Institucional de los Derechos Fundamentales

1.- Los derechos fundamentales: La protección integral al hombre dentro del sistema democrático al que adscribimos nos lleva inexorablemente a precisar los conceptos básicos que hacen a un punto de partida para tal propósito: los derechos fundamentales.

Ferrajoli³⁶ definió con precisión que “(...) son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

Haberle³⁷ precisa con acierto que “los derechos fundamentales constituyen en la actualidad el concepto que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, aunque de diversa intensidad, parte integrante de la cultura de todo Estado constitucional que merezca tal nombre”; partimos de esta

³⁶ Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías, la ley del más débil” ed. Trotta Madrid. 2009, pág. 37, ver “Derecho y Razón” Ed. Trotta Madrid 1998 pág.908 y sig.

³⁷ Haberle, Peter El Estado constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007 pág. 304

premisa para analizar una visión (doble) institucional de los derechos.

Sostenemos que los estados nacionales deben garantizar eficaz y efectivamente estos derechos, ya que el derrotero de la evolución de los mismos con la ampliación de sus garantías han hecho que la democracia liberal protegiera los derechos a la libertad (civiles y políticos en su génesis); que la democracia social, hiciera lo propio con los derechos sociales y colectivos; la democracia participativa, con los derechos a la participación, a la pluralidad, a un ambiente sano.

Toda esta protección constituye, hoy por hoy, una suerte de meta garantía que la pone a resguardo de mayorías ocasionales que no pueden –ni deben– menoscabar las conquistas hasta aquí logradas; y como lo enseña Ferrajoli³⁸, constituyen la esfera de lo indecible, indisponible, e intocable, ya que “las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles”.

Pero la efectivización de los derechos fundamentales – cuya titularidad o pretensión de, o a este – genera un derecho subjetivo que no es sólo una garantía que debe satisfacerla el Estado, aunque obviamente es el principal obligado y garante, ya que representa la voluntad colectiva; también es obligación de toda la sociedad: en primer lugar el respeto, y luego la satisfacción del cumplimiento cuando el derecho fundamental no es concretado. Esta obligación debe integrar el acervo de deberes del ciudadano en el marco de un Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Es que este punto de encuentro entre la visión de un derecho subjetivo y propio de cada individuo como el reconocimiento de la dimensión institucional de los derechos fundamentales, dada la gravitación e importancia de los mismos para el propio sistema de

³⁸ Ferrajoli, ob cit. pág. 27/28.

convivencia, importa dotarlos de un status jurídico diferente, ya que el propio Estado garantiza la plenitud de esos derechos en todo el ámbito donde alcanza su jurisdicción, por el solo hecho de que estos configuran un conjunto de elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo de una sociedad.

El respeto de los mismos, como su cumplimiento, es garantía de orden público, paz social y seguridad colectiva; lo que implica transitar el camino del Estado social y democrático de derecho, que es la vivencia sustancial conforme la constitución asegurando las notas de libertad, igualdad y justicia en el marco de la solidaridad.

Es que los derechos fundamentales en cuanto tutelan las prerrogativas que se le reconocen a la persona en cuanto tal, son principios rectores del ordenamiento jurídico y los poderes públicos inexorablemente tienen el deber, la obligación, de asegurar que los mismos sean efectivamente ejercidos sin cortapisas por los ciudadanos. El Estado no puede desentenderse de esta situación. No alcanza con no hacer. Es insuficiente el deber de abstención.

2.- La función estatal y obligaciones colectivas: El Estado, en esta concepción o dimensión en que se analizan los derechos fundamentales, tiene la obligación de adoptar políticas públicas activas y permanentes que conlleven no sólo a asegurar la materialización de los mismos por cada ciudadano, sino a promover, y gestionar ámbitos y espacios institucionales y públicos para la concreción efectiva de los derechos fundamentales, dejando atrás la obsoleta concepción de que estos derechos constituyen garantías que se ejercen contra el Estado.

Atrás quedó la concepción de que los derechos fundamentales son concebidos como límites al poder estatal, propios de la caduca concepción del Estado de Derecho liberal; ya no son derechos frente al Estado, ya que este lo asume como propios, a fin de asegurar la plenitud del funcionamiento mismo del sistema. Pasa a ser una función estatal primordial y no una abstención.

Es que el modelo tradicional no pudo ser garante del reconocimiento y menos aún del ejercicio de los derechos fundamentales en sentido lato, y los derechos que se subsumen en la categoría de sociales deben ser profundizados, expandidos y especificados no sólo en la recepción normativa sino en el reconocimiento práctico y para todos los sectores de la sociedad. Así se consolidará el respeto por la dignidad humana ya que se garantizará la justicia y equidad social.

Esta dimensión institucional que tienen los derechos fundamentales obligan al Estado a una doble función: la novel, positiva, activa o “prestacional”, de gestión, promoción de los mismos, obligando a los poderes públicos a adoptar políticas activas que aseguren la vigencia y cumplimiento de estos; esto es dar y/o a hacer, a fin de asegurar para cada ciudadano el goce efectivo de su derecho, y otra, la tradicional que se traduce en un sentido negativo, no sólo en la abstención de lesión, avasallamiento o amenaza sino también en no provocar ninguna acción concreta en ese sentido.

El orden constitucional debe garantizar estas premisas y llenar el contenido de su acción efectivizando los más elementales derechos humanos y también, como señala Abramovich³⁹ “...una estrategia que contemple la igualdad social, cultural, la

³⁹ Abramovich, Víctor «Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y política de desarrollo», *Revista de la CEPAL*, nº 88, Santiago, abril, pp. 35-50

discriminación positiva, la participación social y el empoderamiento de sectores otrora excluidos. Se trata pues de articular acciones positivas destinadas a superar situaciones graves de exclusión y desigualdad estructural de vastos sectores de la población, garantizando el acceso universal, integral y progresivo al ejercicio de sus derechos...”.

Va de suyo, entonces, que el rol del Estado social y democrático de Derecho a fin de proteger efectivamente los derechos fundamentales adquiere una relevancia, actividad y protagonismos diferentes. Pérez Tapias⁴⁰ lo define con precisión como “el Estado solidario”...que sólo puede corresponderse con la radicalización de la democracia que vaya más allá de lo que permitan los nobles sentimientos”.

3.- Complejidad de la satisfacción: Los derechos sociales, al igual que cualquiera de los derechos fundamentales tienen que ser atendidos prioritariamente.

El problema son los niveles de atención y la forma de distribuir el presupuesto, y allí los ocasionales ocupantes de los órganos de dirección del Estado deben entender que no se puede lograr paz social, orden y progreso, cuando la sociedad no tiene la suficiente atención a los problemas del hambre, y no se erradica la miseria más espantosa de condiciones de vida infra humana sin las condiciones básicas e indispensables para una persona: agua y comida, más una cobertura de salud básica.

No sólo por una concepción profundamente humanista que se asienta en el valor epistémico de una democracia sustancial; sino también como una expresión racional que debe obligar a los

⁴⁰ Pérez Tapias, José Antonio “Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural. Ed Trotta . Madrid España 2007 pág.127

“adoradores del mercado” a entender que ese Dios invisible no todo lo resuelve normalmente, y menos aún logra equilibrar, naturalmente, las inequidades de un sistema económico y social que brega por la prescindencia estatal en otras cuestiones, atendiendo sólo a las básicas e indispensables.

Si abogamos por quien tiene más, gana más, no habría como ocuparse de las cuestiones básicas siquiera. La sociedad sería el imperio del más fuerte.

Un análisis racional y convincente, no sólo por la clara adscripción a un conjunto de valores, sino incluso por conveniencia colectiva, obliga a pensar y actuar de manera diferente.

Así, la inversión en sistema de salud donde se presten obligatoriamente este servicio de manera universal e igualitaria, no solo importa la satisfacción de un derecho concreto a la vida y la salud de cada ser humano, sino también la preservación de aquel que no sufre esta calamidad de la vida, ya que una enfermedad desatendida puede ser foco de epidemias o pandemias. Afecta en principio a uno, pero luego se traslada al resto de la sociedad.

Si a esto se suma que las afectaciones a la salud se dan en lugares donde las condiciones de vida son casi inhumanas, ya que no tienen agua potable o servicios de higiene urbana básica, desde cloacas y la falta de recolección de residuos; la situación puede ser alarmante. La salud de un ciudadano no sólo es su derecho a la vida, sino la preservación de la salud y la vida de todos.

Abordamos este tema desde una concepción moral, desde la órbita filosófica de comprender la vida dentro del sistema político,

social y jurídico, y por ello señalamos que la satisfacción de estas necesidades es un imperativo ético.

Los cultores del “Dios Mercado”, los que exaltan las bondades del Estado Mínimo deben comprender esto por conveniencia, por su propio interés, aunque su convicción sea otra. Es sencillo: cuando brota una epidemia por falta de prevención y prestación de servicio estatal mínimo, el flagelo llega a todos y no se detiene a ver quién tiene dinero o puede solventar individualmente el problema.

En esto el hipotético drama es universal, ¿por qué entonces no debe ser universal la prevención y el tratamiento de estas cuestiones básicas?

La estrechez presupuestaria, la falta de recursos obliga como nunca una buena y correcta administración de la cosa pública, ya que la política como arte devendrá en el arte de la administración de los recursos escasos; porque nunca se podrán satisfacer plenamente todas las necesidades, sería ello una quimera.

La búsqueda de una mayor prestación de los servicios esenciales, con equidad y propensión a la igualdad real, es la utopía moderna que devela nuestros sueños, la corrupción su principal enemigo como expondremos más adelante.

4.- Obligaciones estatales: con acierto se ha indicado que existen cuatro niveles de obligaciones “de respetar, de proteger, de garantizar y de promover” los derechos.

Abramovich y Courtis⁴¹ precisan que “(...) respetar significa no injerir, obstaculizar o impedir el acceso a bienes que constituyen el

⁴¹ Abramovich Víctor, Courtis Christian “Los derechos sociales como derechos exigibles” Ed. Trotta, Madrid 2004, pág.29.

objeto del derecho. Proteger consiste en impedir que terceros injerian, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. La obligación de garantizar supone asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. La obligación de promover se caracteriza por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien (...).”

Contreras Peláez⁴², entiende que no resulta diáfana la de distinción tajante entre los tipos de derechos, y en tal sentido afirma que para "(...) los derechos sociales, en cambio, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho.

Así pues la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales obliga inexorablemente al Estado a hacer; es decir, a brindar prestaciones “positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, a sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En el primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen (...).”

La obligación de garantizar el derecho a la alimentación requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que resultan incapaces de proveerse a sí mismos alimentos en suficiente cantidad y calidad;

⁴² Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Ed Tecnos Madrid, 1994, p. 21

hoy por hoy, no puede ser materia de discusión ya que ello hace a un Estado eficiente.

¿De qué vale si un Estado garantiza que se penaliza las torturas y otros vejámenes contra la persona humana si se permite, por omisión, la tortura cotidiana del hambre en los sectores más sensibles de la sociedad?

Obviamente que existen categorías de derechos, es imprescindible su clasificación; ahora bien, ello no es motivo suficiente, ni causa, para impedir la materialización de estas categorías de derechos sociales, colectivos y culturales y ante la deserción del Estado procede la judicialización de los mismos siendo la justicia el poder constituido que es garante de la concreción de tales derechos, dentro del marco finito de posibilidades estatales.

Así la llamada distribución de la riqueza, como obligación estatal, en realidad debe ser calificada como un presupuesto mínimo y básico consistente en la universalización de una renta mínima para los titulares de un núcleo familiar; deben ser derechos líquidos y fácilmente reconocibles, exigibles por cierto para y por las personas que se encuentren en situación de acreditar la condición de pobreza extrema.

Pisarrello⁴³ y de Cabo han calificado a esta remuneración - "ingreso ciudadano o renta básica"- como un "pago periódico en metálico a cada ciudadano o residente de manera incondicional y con independencia de otros recursos que perciba"... Distinto al seguro de desempleo, ya que la renta básica "debe ser un derecho universal e incondicionado" (...) para evitar la arbitrariedad e discrecionalidad estatal y con ello eludir "procedimientos

⁴³ Pisarrello, Gerardo; De Cabo, Antonio, "La renta básica como nuevo derecho ciudadano" Ed. Totta. Madrid, España 2006, pág. 6 y sig.

humillantes, burocráticos y estigmatizadores que se prestan a la discrecionalidad administrativa y a la corrupción (...)"

La naturaleza de este reconocimiento expreso del referido derecho tiene su fundamento en: 1º) erradicar la pobreza, 2º) pretender erradicar la pobreza sin estigmatizar a sus destinatarios, 3º) evitar políticas clientelísticas que conllevan a la corrupción estatal y pueden distorsionar la voluntad popular mediante medios coactivos. No hay nada más inmoral que la utilización de dineros públicos abusando de las necesidades más elementales de los que menos tienen.

Bauman⁴⁴ con nitidez señala que "el argumento decisivo se basa en la incondicional garantía social de una subsistencia básica no se hallará en la obligación moral hacia los disminuidos o indigentes, ni en los beneficios de la calidad de vida en común o interpretaciones filosóficas de la equidad o justicia, sino en la significación política...del renacimiento de una ciudadanía y una república plenas..." más en abono de su posición desde otra perspectiva cita a Clauss Offe quien defiende la tesis del ingreso básico garantizado por el Estado como una política social necesaria como garantía básica para todos los ciudadanos".

Ciertamente que puede esta pretensión ser cuestionable desde muchos sectores o lugares.

Más cierto aún es que los presupuestos públicos tienen estrechez y las necesidades colectivas se ensanchan sin medida y que no existen imperativos legales contundentes para sortear claramente la dificultad mencionada; pero como lo refieren Abramovich y Curtis⁴⁵ "si bien puede concederse que existen

⁴⁴ Bauman Zygmunt "En busca de la Política" Ed. Fondo de Cultura Económica. Argentina.2001. 1991.

⁴⁵ Abramovich, Víctor, Curtis Christian ob cit pág 47.

limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación. En palabras de Alexy: "Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (alemán), en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución".

5.- Entre omisiones y acciones inconstitucionales: Después de realizada esta descripción es imprescindible señalar que algunas categorías para seleccionar los derechos previstos en la constitución necesariamente deben pasar al museo de la praxis constitucional de un Estado, si este pretende ser un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Tal la distinción de derechos operativos y programáticos. Es que la constitución, su fuerza normativa y valor axial de sus mandatos no es materia de transacción alguna. Es de orden público y los poderes constituidos no pueden deliberar o debatir siquiera la posibilidad de cumplimiento de sus preceptos, máxime aquellos que conforman la dogmática constitucional.

Se puede entender que en casos concretos puedan existir normas de eficacia contenida, pero no por ausencia de reglamentación resultarán inaplicables; ya que en tal caso, procede la aplicación lisa y llana de la constitución. Quitarles la efectividad a los derechos es desconocerlos lisa y llanamente. La

condicionalidad no puede fundarse en la omisión del Estado con sus propias obligaciones.

En una precisa conceptualización Quiroga Lavié⁴⁶ señaló "...que la condicionalidad a la que están sujetas las normas programáticas es una condicionalidad suspensiva, de tal suerte que los efectos propios de la norma sólo se producen a partir de cumplido el acto administrativo previsto como condición por la constitución..." mas esta suspensión no puede darse "sine die". Por el contrario, su reglamentación y precisión es obligación del Estado y al omitir cumplir con su obligación lo que corresponde es la aplicación lisa y llana de la constitución en el marco del principio de razonabilidad fáctica (posibilidad cierta de que el estado cumpla con el mandato legal que surge por imperio del caso concreto). Es que por los principios, que expresan mandato concreto, son justiciables, verbigracia, el "in dubio pro hominen", de progresividad de los derechos fundamentales, de no restricción, de aplicación directa. Estos principios obligan y nos constriñen a dar, hacer, no hacer etcétera.

Bajo ningún aspecto se puede justificar o enmendar el incumplimiento de las obligaciones del Estado, más cuando deben reglamentar cómo y de qué manera se concretan los derechos.

Lo contrario sería premiar una remisión en el cumplimiento de un deber y omitir la debida protección de derechos fundamentales reconocidos por la constitución.

Ocurre algo similar con la actividad del Estado, cuando so pretexto de reglamentar una norma constitucional, le quita el

⁴⁶ Quiroga Lavié, Humberto. Derecho Constitucional. Ed. Depalma. Buenos Aires. Año 1993. Pág.88.

contenido y alcance previsto por la propia constitución, lo que se dio en llamar "desconstitucionalización"⁴⁷.

Sagüés⁴⁸, describe a este proceso de sustraerle al catálogo constitucional la sustancia de los derechos fundamentales, y transformar la constitución en un conjunto de reglas de funcionamiento del poder, mediante un desmontaje legal, ora por vía de regulación legislativa, ora por procedimientos de reforma constitucional. Señala este autor que puede existir un falseamiento de la constitución o también un proceso de mutación constitucional por errónea aplicación de la norma superior quitándole a la carta magna su vigor jurídico o fuerza normativa, también se puede dar la situación por inaplicación del mandato constitucional aclarándose que "...conceptualmente, una cosa es la "desconstitucionalización" de una norma constitucional (su vaciamiento o desmontaje, como vimos), y otra su "quebrantamiento", ya que en este último caso el precepto sigue en vigor, por más que haya sido infringido en una situación específica. Sin embargo, si en un país se dan situaciones de quebrantamiento de múltiples reglas constitucionales importantes, puede por cierto hablarse de una crisis de constitucionalidad lindante, o similar, llegado el caso, con un estado de desconstitucionalización. Quizá podría clasificarse el problema así: el decaimiento o *desvalorización* (para hablar en términos de Loewenstein) de la constitución, puede perpetrarse tanto por *quebrantamiento* como por *desconstitucionalización* inconstitucional...".

Pero también asume gravedad el hecho no sólo de reglamentar – a contrario o en menor intensidad – los derechos constitucionales, sino no hacerlo y en forma deliberada. Esto

⁴⁷ Sagües, Néstor Pedro. El concepto de "desconstitucionalización". LA LEY 2007-B, pág. 1268,

⁴⁸ Sagües, Néstor Pedro. Ob cit.

ocurre cuando el Estado omite el cumplimiento de dicho deber incurriendo en la llamada "inconstitucionalidad por omisión" causa que también afecta en forma directa, y en determinadas circunstancias, derechos fundamentales. Tal acto inconstitucional lo puede efectivizar por cualquiera de los poderes públicos, pero la judicatura es la que tiene la obligación de enmendar esta deserción constitucional de la obligación estatal, tal como la afirma Bazán⁴⁹, ya que "(...) El Estado Constitucional de nuestro tiempo se caracteriza por poseer una Constitución normativa y garantizada por la jurisdicción y, además, recipiendaria de máxima supremacía. De ello se sigue que, en tanto receptores de normatividad jurídica, los preceptos constitucionales deben ser aplicables y exigibles judicialmente, pues sólo de tal modo podrá garantizarse la pervivencia de la Constitución como norma suprema o "fuente de fuentes".

La Ley Fundamental no es, ni puede ser, un catálogo de declamaciones líricas, sino que, por el contrario, es la norma suprema del ordenamiento jurídico estatal y, consecuentemente, vincula tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos.

Y en torno de tal problemática gira, precisamente, la idea que intentamos rescatar: la instalación definitiva en el seno de la magistratura de la percepción consistente en que su atribución-deber de mantener incólume la supremacía constitucional involucra no sólo el control constitucional sobre acciones que la violenten, sino también frente a las omisiones igualmente inconstitucionales, cuya posible configuración debe ser analizada con prudencia y rigor. Es que el principio de primacía de la Ley Fundamental exige un doble soporte: normativo y conductista, debiendo este último sostén (el conductista) traducirse en la patente voluntad de cumplir la Constitución y de castigar las

⁴⁹ Bazán Víctor. La inconstitucionalidad por omisión en la mira de una sentencia sólida y creativa. LA LEY 2004-A, pág.602

infracciones a esa supremacía, las que pueden producirse por acción u omisión (...)”

Este mismo autor, definió esta situación en este último caso, que se advierte que el Estado o sus órganos, no actúan a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria al no dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros.

Sentado este criterio, ¿sería lícito (y, principalmente, legítimo) permitir que los órganos de los poderes constituidos, mediante su inercia, inhibieran la vigencia de la Constitución o paralizaran el ejercicio de algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo normativo ulterior?

Obviamente, la respuesta al interrogante debe ser negativa ya que la supremacía de la Constitución es indisponible para los mencionados órganos como obligados directos. Dicha omisión estatal se traduce en el incumplimiento de mandatos constitucionales, la deserción en el cuidado y cumplimiento de sus principios, o la renuncia de otros poderes del estado en completar las reglas legales.

Para un Estado darse una constitución y no diseñar los mecanismos para garantizar su cumplimiento, máxime de la parte más importante que tiene, tomando como indispensable a su población, es como tener una herramienta inútil que sólo servirá como catálogo de funcionamiento institucional.

El Estado actual tiene que cuidar los principios de progresividad, de razonabilidad, de prohibición de regresividad, y para ello la justicia de los derechos económicos, sociales y

culturales que son llevados a los estrados judiciales encuentra en nuestro tribunal cimero una característica garantista y que se enrola en el modelo neo constitucional.

La constitución es derecho vivo, de orden público, supremo y aplicable en forma directa y sin cortapisas, y tiene el mandato axial del preámbulo de “promover el bienestar general”. De allí que su cumplimiento nos compete a todos.

6.- El rol activo del Estado: Miguel Carbonell⁵⁰ precisa que en estos tiempos han cambiado las formas y modo de articular las relaciones entre Estado, sociedad e individuo y que “...importa en este momento subrayar que la constitucionalización del Estado social (*social state*) es una tendencia firme del constitucionalismo contemporáneo, que ha conllevado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante en el desarrollo del Estado constitucional en el siglo XX, con el objetivo de proteger de mejor manera valores esenciales de las sociedades modernas; tales valores, bajo ese nuevo paradigma, adquieren una protección inédita en otros tiempos al ser reconocidos como derechos fundamentales...”.

Así propugna una teoría constitucional comprometida con la eficacia de los derechos sociales (*social rights*), donde hay que subrayar las siguientes obligaciones a cargo de los poderes públicos” a) Tutelar los derechos sin discriminación. b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio. c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto. d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las

⁵⁰ Carbonell Miguel, “Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas” Estudios Constitucionales Rev. Año 6 No 2, 2008 pág. 43/71.

posibles violaciones a los derechos señalados. e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continua. f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad. g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con los derechos sociales fundamentales (*fundamental social rights*). h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles. i) En períodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en períodos de crisis o de ajustes estructurales.”

7.- Necesidad del modelo garantista: para asegurar el trípode de democracia, estado de derecho y la plena vigencia de los derechos fundamentales resultan imprescindibles las garantías que “... no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” como explica Ferrajoli⁵¹, justamente para asegurar la plenitud de derechos y que ninguna mayoría ocasional y circunstancial afecte el sistema político estrechamente vinculado al conjunto de derechos, lo que configura la esfera de lo indecible, lo intocable, lo que se puede ampliar, pero nunca derogar o disminuir no porque se cuestione el funcionamiento propio de la democracia como la expresión que ata las manos a las mayorías circunstanciales, sino para que estas mayorías ocasionales no les amputen las manos a las futuras generaciones.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi” Derechos y Garantías, La ley del más débil” Ed. Trotta. Madrid. Pág. 25

El mismo Ferrajoli⁵² enseña que para que un sistema político sea democrático supone que a la mayoría le sea constitucionalmente sustraído el poder de suprimir o de limitar la posibilidad de que la minoría llegue a ser mayoría, mediante límites y vínculos que establezcan aquello que Ernesto Garzón Valdés ha llamado el “*coto vedado*”, es decir, una esfera de aquello que es “no decidible” por parte de ninguna mayoría.

Concluyendo que” las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantía de la democracia. Varias veces he desagregado la noción de democracia constitucional vinculándola con las cuatro clases de derechos en las cuales he dividido la categoría de derechos fundamentales. La *democracia política*, asegurada por la garantía de los *derechos políticos*; la *democracia civil*, asegurada por la garantía de los *derechos civiles*; la *democracia liberal*, asegurada por la garantía de los *derechos de libertad*; la *democracia social*, asegurada por la garantía de los *derechos sociales*”.

A nuestro juicio, no alcanza con la plenitud operativa de un Estado de Derecho que tenga los presupuestos orgánicos y procedimentales para cumplir con la satisfacción de los derechos fundamentales cuando son lesionados, conculcados, avasallados o amenazados de manera real y concreta, sino que es menester la acción de políticas públicas enderezadas a prevenir potenciales males pero también orientadas al aseguramiento de las prestaciones básicas y esenciales que la organización estatal debe brindar a los ciudadanos.

El ciudadano debe tener esta seguridad y el Estado garantizar esta certeza de derecho con políticas públicas permanentes totalmente activas.

⁵² Ferrajoli Luigi “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho Nro. 29, 2006.

La búsqueda de la garantización plena de la constitución, los derechos fundamentales y la democracia, significa no sólo tutelar, afianzar, asegurar, proteger y defender lo que se ha logrado con mucho esfuerzo por luchas reivindicatorias por generaciones anteriores, sino también abrir cauces nuevos para ampliar los horizontes de los tres “ejes “ sobre los que se apoya el modelo.

Tomando el modelo – para la ciencia jurídica, propuesto por Ferrajoli⁵³ de un Estado garantista donde convergen un modelo normativo de derecho, (configuración del Estado de Derecho) ciencia jurídica (lo que llama iuspositivismo crítico y con osadía señalamos neo constitucionalismo), una filosofía política, en la que se funda el propio Estado en el reconocimiento y protección de los derechos.

La democracia es conquista cotidiana, nos obliga a preservarla, asegurarla pero también nos compromete a ampliarla. Pisarello⁵⁴ la describe con acierto cuando expresa que debería ser “un movimiento abierto, empecinado, precario, a favor de la igual libertad para todos y contra las oligarquías y tiranías de diferentes signos. Contra el despotismo de los poderes del Estado, podría decirse hoy, pero también de los poderes del mercado, cada vez más globales. Contra el despotismo que se produce en la esfera pública, pero también contra el que se genera en el oikos, en el espacio doméstico, privado...”

Los nuevas expresiones de protestas y demandas sociales obligan a abrir cauces institucionales y políticos para dar respuesta satisfactoria a estos reclamos, que tienen a más solidaridad, más fraternidad, pero también aparecen dentro del horizonte otras demandas que no por básicas e indispensables para el

⁵³ Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Ob cit pág. 851 y sig.

⁵⁴ Pisarello Gerardo, “Un largo Termidor – la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático- Ed. Trotta 2011. Pag.19.

funcionamiento del sistema, se deben dar por superadas. Al contrario.

Esto que eufemísticamente se da en llamar más calidad de vida (más y mejores derechos fundamentales) debe ir acompañado de una calidad institucional (funcionamiento sistémico, articulado y eficaz) de un sistema político que dé respuestas prontas, efectivas, para lograr una democracia eficiente.

En ello la corrupción se erige como el principal enemigo del sistema y de la sustracción o restricción de derechos.

CAPÍTULO III

La Búsqueda de una Democracia Eficiente

1.- Ciudadanía. Hemos esbozado las dos condiciones básicas para el respeto a los derechos fundamentales y por ende corresponde entonces entender que tenemos una comprensión maximalista de la democracia y que pretendemos una expresión sustancial de la misma.

Si bien la estructuración del modelo actual que se impone son las democracias representativas de naturaleza republicanas, el funcionamiento del sistema dentro de las concepciones de controles mutuos y cruzados (checks and balance) son condiciones necesarias, pero no suficientes, para garantizar estas premisas, ya que otros conflictos se desarrollan fuera de la órbita del estado lo que obliga a extremar los esfuerzos.

Para tal objetivo es imprescindible la construcción del sujeto democrático que oficie de base en la construcción de una nueva ciudadanía.

Para ello se necesita de solidez y estabilidad del sistema democrático. Kliksberg ⁵⁵nos indica con claridad que “la constitución de sociedades democráticas estables y activas requiere de la construcción de ciudadanía. Uno de los componentes centrales es la restitución de los derechos a las oportunidades productivas y de desarrollo que son negados por la pobreza”.

Ello es consustancial con el valor moral de la democracia que “estriba en el reconocimiento igualitario de la dignidad de todos y

⁵⁵ Kliksberg, Bernardo “Hacia una economía con rostro humano” Ed. Fondo de Cultura Económica. Argentina 2002. Pág.177

cada uno de los individuos, que es lo que implica la noción de ciudadanía desde el lado ético, puesto que se trata de reconocer a todos y cada uno de ellos como sujetos de derechos inviolables, capaces por ello de participación política” como señala Pérez Tapias.⁵⁶

Pérez Luño⁵⁷ dice que esa “ciudadanía, consistirá en un vínculo de pertenencia a un Estado de derecho por parte de quienes son sus nacionales, situación que se desglosa en un conjunto de derechos y deberes; ciudadano será la persona física titular de esta situación jurídica” lo que requiere una concepción plenamente inclusiva y obliga a la satisfacción de derechos elementales y básicos como expresión mínima de la igualdad ante la ley y de oportunidades.

Advertimos que superados los problemas propios de la transición que más esfuerzo provocó a los intelectuales y hombres de acción, hoy aparecen en el horizonte otros problemas que impiden una mejor calidad institucional y por ello conspiran contra la calidad de vida de los habitantes.

La eliminación del patrimonialismo - la "confusión" entre bienes públicos y privados- fue formal, positiva pero no total. El autoritarismo subyacente como resabio cultural, el clientelismo en el manejo de los recursos del Estado con arbitrariedad y sin efectivo control, y la discrecionalidad en la toma de decisiones públicas, sumado a la siempre presente ley de oro de que la política “administra y tiene recursos siempre limitados para la

⁵⁶ Pérez Tapias, Jose Antonio “Del bienestar a la justicia...” ob. Cit. Pág. 207.

⁵⁷ Pérez Luño, A. E., “La ciudadanía en las sociedades multiculturales”. En De Julios Campuzano, A., Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización. Madrid, Ed. Dykinson. 2007. p. 264-265

satisfacción de necesidades infinitas, crecientes cada vez más amplias”.

Si perjuicio de ello, es dable advertir que el planeta tiene hoy una situación de bonanza colectiva que antes no se soñaba.

Se decía antes que para vivir en democracia era imprescindible tener un sistema económico próspero y fuerte. La praxis sepultó este mito.

El interrogante del nuevo desafío es si ¿la democracia por sí misma es la condición suficiente para el desarrollo con igualdad social?

Para ello es menester posicionarnos desde el lugar en que se aborda no solo el análisis del caso concreto, sino desde qué lugar se aportan las posibles soluciones. Es imperioso concebir una democracia con poder real, solidario y con ciudadanos activos.

El político, el publicista, el politólogo, entre otros, tienen la obligación de tener una mirada global, totalizadora del problema y el interés que debe perseguir no es sino el interés público, con el fin social, de tratar de solucionar los problemas de todos (o lo que más se pueda) y con más urgencia e importancia para los sectores más vulnerables o débiles de una sociedad.

Quien representa un sector o corporación tendrá un interés y una mirada sectorial o parcial, sesgada, sin dudas; y ni qué hablar de quién representa – y cuida– un interés individual, pretenderá hacerlo prevalecer sobre el resto.

Por ello sostenemos que ya existe suficiente condicionamiento por la estructura económica y social como para tener restricción moral o intelectual en este aspecto.

Se necesita pues de ciudadanos fuertes, y expresiones que lo hagan como categorías culturales distintas pero con el objetivo general de proteger y satisfacer el bien común tal, los partidos políticos que son consustanciales al sistema.

2.- Ciudadanía y sujeto democrático. Ambos conceptos deben fusionarse para pasar de una democracia delegativa a una democracia participativa.

Lo que en los 60/70 fue el “sujeto revolucionario”, pasó a ser el sujeto democrático que propuso Raúl Alfonsín en los años 80, y debe ser hoy el ciudadano- sujeto de la democracia que logre amalgamar libertad con igualdad real, lo que significa total y fuerte inclusión social. Aquel sujeto democrático estaba íntimamente relacionado a la llamada ética de la solidaridad.

Carlos Nino⁵⁸ explica tal concepción como “(...) Una idea de la justicia como equidad, como distribución de las ventajas y de los sacrificios, con arreglo al criterio de dar prioridad a los desfavorecidos aumentando relativamente su cuota de ventajas y procurando disminuir su cuota de sacrificios” (Alfonsín, 01/12/1985: 12). Era una ética que, basada en los principios liberales de la libertad, el pluralismo, la igualdad y el consenso, pretendía –a la manera de la justicia rawlsiana– ser el paraguas capaz de abarcar –en virtud de su neutralidad– la pluralidad de sujetos y concepciones con los cuales es perfectamente compatible. La democracia pasaba a adquirir entonces una justificación moral. Esta ética universal, estaba, en nombre su imparcialidad, llamada a ser aceptada por todos. De ahí se derivaba la idea de democracia como “forma organizada o regimentada del discurso moral”,

⁵⁸ Nino, Carlos Santiago: “La participación como remedio a la llamada ‘crisis de la democracia’” en Aznar, L. et. al.: *Alfonsín, discursos sobre el discurso*, Buenos Aires, EUDEBA-FUCADE, 1986.

entendiendo por discurso moral una “práctica que tiende a disminuir los conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso, o sea, la aceptación unánime de los mismos principios de conducta (...)” Sigue siendo un sueño.

Pérez Tapias⁵⁹ señala “...que es prioritaria la ética del otro como condición moral del reconocimiento democrático, pues como se señala “se debe ejercer la ciudadanía, asumiendo en primera persona sus compromisos, como yo en relación al otro...sus derechos son, ciertamente mi responsabilidad...”

La situación actual nos coloca en la encrucijada de concretar una democracia sustancial. Es indispensable reconocer que las instituciones de la democracia electoral resultan insuficientes si no se genera una cultura democrática que reconozca las diferencias sociales, que no se ignoren los niveles de marginalidad que persisten, y la falta o insuficiencia de las respuestas públicas en este sentido.

Además, para construir ciudadanía es necesario poner atención a la dimensión de género, las diferencias de poder, la dimensión étnica y a las desigualdades asociadas con estas diferencias, a la que se suma la lucha por la distribución equitativa de la renta pública. El Estado es un actor central para superar estas desigualdades, pero es preciso el sujeto democrático instando el cambio.

En la búsqueda de superar la desigualdad económica no se ha cerrado la brecha entre los que ejercen plenamente su ciudadanía y los que no la ejercen. La desigualdad, además del compromiso ético que supone y la atención que requiere de la política social, afecta la eficiencia, eficacia, legitimidad y legalidad tanto del Estado como del mercado.

⁵⁹ Pérez Tapias, José Antonio “Del bienestar a la justicia...” ob. Cit. Pág 245

No se puede sucumbir, pues, ante las propuestas del neoliberalismo; sino que resulta indispensable realizar esfuerzos que supongan una relación seria y equilibrada entre Estado y Capitalismo; sortear la encrucijada de quienes prohíjan un Estado patrimonialista y un capitalismo prebendario, privatizador de riquezas extraordinarias y agente socializador de enormes pérdidas; donde, claro está, este se descarga sobre los que menos tienen, porque a la par de que le quitan recursos le agravan la vida con imposiciones impositivas distorsivas.

Por ello urge resolver el tema del déficit fiscal, el gasto social transparente e ir al empleo genuino, la cuestión tributaria equitativa, impedir las nuevas formas de exclusión social por la pobreza, y la inseguridad social que es una consecuencia de otros males mayores desatendidos por la desigualdad.

Dworkin⁶⁰ enseña que “es necesario mostrar que libertad e igualdad no son valores antagónicos y no siempre pueden satisfacerse en forma simultánea en una comunidad política como enseñan gran parte de los filósofos políticos, las comunidades políticas deben buscar una interpretación de cada una de estas virtudes que muestren que son compatibles, de hecho, una que presente a cada una de ellas como aspecto de la otra”.

Dar participación, inclusión, como sujeto de derechos al hombre común para la construcción de una democracia moderna es un buen comienzo. Es reconocer al decir de Ana Arendth “el derecho a tener derecho” porque ¿qué es constituirnos como ciudadanos sino la posibilidad de acrecentar la acción participativa, un debate nutritivo y la búsqueda de grandes consensos para articular un proyecto político colectivo y abarcador que contemple las necesidades de las grandes mayorías sin avasallar derechos de las minorías?

⁶⁰ Dworkin Ronald” La democracia posible” Ed. Paidós. Barcelona, 2008 pág. 26.

La descomposición del antiguo modelo genera dispersión social que se manifiesta en producir desigualdades sociales, económicas tan grandes que provocan graves violaciones de la igualdad política y, por lo tanto, del proceso democrático. Ello produce manifestaciones de apatía política, anomia social, privatización de la vida, o pérdida de sentido que se verifica en una visible violencia inorgánica.

Por ello uno de los temas que más debería preocupar a los gobiernos progresistas es la necesidad de la reconstrucción de una ética política, tema absolutamente relacionado con la justicia, es decir, la igualdad y la autonomía. Por tanto, la igualdad no es un valor al que uno apela; requiere de comprobación efectiva.

Precisamente por ello es que el tema de la ciudadanía ocupa un papel fundamental en estos discursos; justicia quiere decir libertad y participación. Desde allí, afirmamos como tema esencial en nuestras sociedades la necesidad de una justicia distributiva y participativa, lo que significa un ejercicio de reparto de bienes en condiciones mejores y una específica democratización del poder en términos de igualdad ciudadana. Por tanto, no se debe separar ética y política, sino repensar la ética individual privada y la ética política-pública. Sin ello, no hay posibilidades de un sustancial mejoramiento de las instituciones republicanas y democráticas.

Se hace necesaria la reconstrucción de una ética pública y la constitución de valores éticos que respondan a las necesidades y las subjetividades concretas de los sujetos sociales más desprotegidos en este proceso.

Es necesario diseñar el futuro pero evitar volver al pasado, de ser prisioneros de modelos superados que debemos revisar para no caer en noveles emboscadas colectivas so pretexto de cambios necesarios.

3.- El viejo modelo corporativo: Dos problemas tuvo la Argentina autoritaria de resabios coloniales y monárquicos; el autoritarismo y la ilegalidad, en sus formas de relaciones políticas y sociales, que dieron origen a una anomia colectiva.

La fragilidad democrática y sus intermitencias, la espasmódica y ocasional utilización de una democracia procedimental, hizo que las corporaciones económicas y sociales pugnarán por sus intereses y no estuvo presente siempre el interés general presidiendo las decisiones estatales, la pugna osciló siempre en beneficio del más fuerte. Basta revisar con un vistazo la historia económica y social y se advertirá este fenómeno.

El mercado le ganó a la democracia sustancial. Chomsky⁶¹ expresa que esta situación debe ser descripta como “el significado real del “conservadurismo de mercado libre” es ilustrado si observamos de cerca a los entusiastas más apasionados por querer “quitarnos el gobierno de encima” y dejar que el mercado reine sin ser perturbado. Junto con la democracia, los mercados también son atacados. Aun dejando a un lado la masiva intervención estatal en Estados Unidos y en la economía internacional, la creciente concentración económica y el control de mercado ofrecen mecanismos infinitos para evadir y socavar la disciplina de mercado”.

Boron⁶²acertadamente acota que el mercado, al contrario que la democracia “obedece a una lógica descendente: son los grupos beneficiados por su funcionamiento –principalmente los oligopolios– quienes tienen capacidad de “construirlo”,

⁶¹ Chomsky Noam “Democracias y Mercados abiertos en el nuevo orden mundial” librería virtual Tutopia.

⁶² Boron Atilio” Tras el Búho de Minerva- Mercados contra democracia en el capitalismo de fin de siglo” Ed. fondo de cultura económica. Buenos Aires. 2000 pág. 104 y sig.

organizarlo y modificarlo a su imagen y semejanza, y lo hacen de arriba hacia abajo con criterios diametralmente opuestos a los que presiden la constitución de un orden democrático" (...) es que la democracia está animada por una lógica incluyente, abarcativa y participativa, tendencialmente orientada hacia la creación de un orden político fundado en la soberanía popular (...)"

Para contrarrestar esta situación se necesita un Estado fuerte, gran participación popular, profunda toma de conciencia colectiva y la articulación integrativa entre las fuerzas políticas con matriz pluralista que comprenda al conflicto como legítima confrontación. Es el rol de los partidos políticos.

Chantal Mouffe⁶³ enseña que "debe existir algún tipo de vínculo en común entre las partes en conflicto de manera que no traten a sus oponentes como enemigos a ser erradicados". El vínculo es la democracia y el Estado de Derecho; el fin, el bien común y colectivo; los medios, la ley y la participación ciudadana con inclusión social.

El modelo corporativo de la puja de intereses hizo que siempre predominara el más fuerte, y por ello la democracia formal necesita de expresiones culturales y sociales institucionalizadas que representen el interés colectivo conforme su particular visión: son los partidos políticos, y no hay democracia moderna y sólida que no se sustente sobre el funcionamiento de un sistema de partidos.

⁶³ Mouffe Chantal "En torno a lo político" Ed. Fondo de cultura económica. Bs. As. 2009.pág 26/26

4.- Los partidos políticos. Sartori⁶⁴ en su clásica definición de partidos políticos nos dice que son “cualquier grupo político identificado por una etiqueta oficial que se presenta a elecciones y puede sacar en elecciones (libres o no) candidatos a cargos públicos”, más allá de su origen y la ubicación que se les otorga por los científicos políticos en cuanto a su irrupción y gravitación en la sociedad, lo cierto es que tratan de representar a toda la ciudadanía con un plexo de valores que lo distingue y diferencia uno de otros; de allí entonces que dependerá de las preferencias sociales, alguno tendrá la conducción estatal y otros el control del funcionamiento del mismo.

Malamud⁶⁵ concluye acertadamente que la actividad que realizan los partidos puede ser resumida en los conceptos de representación (de la sociedad en el Estado) y gobierno (sobre la sociedad por el Estado) es que como tal, son también un vínculo entre la sociedad civil y la sociedad política.

En algunos países con fuerte tradición histórica la permanencia de los mismos adquiere la característica de una categoría cultural, que expresa un conjunto de valores con raíces idiosincráticas del lugar y así deben ser reconocidos, pero, no pierden las cualidades anteriores, de participar en elecciones, buscar el acceso al poder y representar al conjunto de la población.

Por ello la tarea principal y coadyuvante con un gobierno para conformar un Estado social y democrático de derecho de base deliberativa necesariamente debe contar con partidos políticos, con un sistema de partidos lo suficientemente estable, ya que la tarea de conjunto no puede ser realizada por una facción.

⁶⁴ Sartori Giovanni “Partidos Políticos y Sistemas de partidos” ed. Alianza, Madrid. 1980, pág. 91.

⁶⁵ Malamud Andrés “Los partidos políticos” en introducción a la ciencia Política compilación de Julio Pinto Ed. Eudeba 2000 Buenos Aires. pág. 331

El alcance significativo que se dio en la Argentina en la reforma constitucional de 1994 fue un avance significativo ya que tiene la naturaleza de una entidad no estatal de derecho público conforme la recepción del artículo 38 bajo la condición de que su organización sea democrática, que den representación a las minorías, que permitan la competencia electoral para la elección de sus candidatos, y que su patrimonio sea público y con rendición de cuentas periódicas ante la justicia electoral que supervisa el comportamiento de todos, obligando a mantener este comportamiento dentro de la legalidad. Está lejos de cumplirse.

El sistema de partidos hace caso omiso a los mandatos de las leyes orgánicas que regulan su funcionamiento, no solo están sospechados de recibir financiamiento ilegal, sino también de tener una actitud complaciente y hasta rayana en el encubrimiento en cuestiones sospechadas de corrupción. A esta circunstancia se suma el deterioro en la formación de cuadros dirigenciales, provocando ello un marcado desinterés de la sociedad por la cosa pública.

La insatisfacción colectiva, sumado al interés de grupos por degradar el funcionamiento de los partidos políticos, no por los defectos de estos - que los hay y muchos- sino por las virtudes que tienen en defensa del sistema e interés general, nos obliga a su preservación y cuidado. Como acertadamente expresa Garreton⁶⁶ “no hay otra institución que los partidos políticos y su reemplazo en esta función no puede sino llevar a la corrupción generalizada o al corporativismo radicalizado”.

Sigue siendo un desafío la construcción sólida y estable “de un sistema de partidos y representación que permita reconstruir una comunidad política frente al avasallamiento brutal del mercado y a

⁶⁶ Garreton, Miguel A. “Política y sociedad en dos épocas” Ed. Homo Sapiens, 2000. Argentina, pág. 127

la emergencia de identidades que presentan muchas veces una faz integrista “como sintetiza Garreton⁶⁷, para sortear esta crisis.

Lo cierto es que a la célebre caracterización de Panebianco⁶⁸ sobre modelos de partido entre partido burocrático de masas y partido profesional electoral, teniendo en cuenta que el primero permite una permanencia, atención y estabilidad con posiciones institucionales partidarias acordes con su expresión doctrinaria, abre cauces de participación y deliberación, tiene financiamiento colectivo, el partido profesional da el papel preponderante al líder que ocupa el cargo más alto, sea oficialismo u oposición, centraliza la decisión en este, generando débiles lazos asociativos, donde se privilegia todo el electorado y no los militantes o simpatizantes, la financiación de grupos de interés y/o medios públicos, posibilitando que los papeles concretos de liderazgo lo desempeñen arribistas o los representantes de grupos de interés dentro de la organización” que muda de partidaria a electoral.

Es que si se suma a esto que los partidos políticos asumen una actitud propia de lo que se llama partidos “escobas o atrapatodo”, como lo caracterizara Kirchheimer ⁶⁹ para ganar o se articulan en alianzas electorales circunstanciales para ello el lazo es más débil o sutil con sectores que necesitan una atención específica concreta.

Más allá de estas situaciones que debemos describir, desde un plano deontológico, por convicción y abrigando esperanzas, entendemos que la finalidad del sujeto democrático que “hace” política como promoción de una idea o conjunto de valores no

⁶⁷ Garreton Miguel A ob cit. pág. 129.

⁶⁸ Panebianco Ángelo “Modelos de Partidos” Ed. Alianza Universidad, Madrid.1990 pág. 492

⁶⁹ Kirchheimer Otto “El camino hacia el partido de todo el mundo” en Teoría Sociológica crítica de los partidos políticos, Ed. Anagrama Barcelona. 1989.

puede tener una visión sectorial sobre la sociedad; menos aun una intención parcial y sesgada respecto de la problemática colectiva.

La función del sujeto democrático y agente político es diferente de los agentes que actúan en grupos de presión, factores de poder por la amplitud de sus expectativas y la dimensión de su acción.

Por ello cuando el sistema político no cubre las expectativas colectivas, cuando no emergen expresiones que sean capaces de expresar las necesidades del conjunto; aparecen las llamadas crisis de representatividad.

Así, los efectos políticos de la corrupción se manifiestan con las financiaciones privadas de campañas electorales; ya que por un lado desequilibran la relación de igualdad de competencia de los partidos políticos, por otro lado, también son un importante factor de aumento de los costos que deben soportar los contribuyentes, puesto que las empresas donantes esperan ser generosamente recompensadas, y generalmente lo son, cuando el partido financiado ilegalmente llega al poder.

Ante la insatisfacción o la falta de respuestas concretas irrumpen los movimientos sociales, buscando la satisfacción de un reclamo puntual olvidado que dentro de la problemática general debe inexorablemente estar contemplado.

5.- Movimientos sociales: irrupción entre la necesidad y el desencanto: Ibarra⁷⁰ caracteriza a estos noveles agrupamientos diciendo que “los movimientos sociales son conjuntos de personas que hacen y se organizan para obtener cosas, para conseguir que

⁷⁰ Ibarra Pedro “Anuario de movimientos sociales. Una mirada sobre la red.” Elena Grau y Pedro Ibarra (coord.). Icaria Editorial y Getiko Fundazioa. Barcelona, 2000 pág 9

diversos poderes políticos y élites tomen decisiones a su favor, hagan caso a sus reclamaciones”.

Un movimiento social es una forma de acción colectiva, implica la preexistencia de un conflicto, de una tensión que trata de resolver – haciéndolo visible, dándole dimensiones - esa acción colectiva.

Se trata de ver por qué determinadas personas eligen la “forma” movimiento social para reclamar sus derechos y no otra forma, como por ejemplo un grupo de presión o un partido político”.

Estas organizaciones no gubernamentales que defienden y buscan un interés puntual, aunque social, adquieren gravitación por la insistencia de su reclamo sobre la causa que motiva su nucleamiento.

Hacemos hincapié acá para analizar un aspecto específico de estos que son los reclamos de los sectores más postergados de la sociedad.

Es que pasaron a ser una realidad insoslayable durante las crisis económicas y sociales de fines de siglo.

Estos movimientos sociales pasaron a desempeñar importantes papeles como eficientes catalizadores de demandas sociales no contempladas por el Estado – sea debido a la insuficiencia de las políticas públicas o a la falta de reconocimiento de tales actores sociales como actores políticos.

A la crisis de representación se le sumó la insatisfacción por las respuestas concretas al sector, sea por ofertas mezquinas, o por la lisa y llana negación de la problemática que afecta al sector.

Las crisis prohicieron la irrupción de estos movimientos sociales, y con ello han acentuado el problema estructural de los partidos políticos que describimos anteriormente donde para obtener un triunfo electoral se apoyan en expectativas colectivas sobre consecuencias urgentes de reclamos o humores circunstanciales, obviando la respuestas sobre cuestiones importantes o estructurales para sectores que quedan marginados, ya no de la solución sino hasta de una propuesta esperanzadora a su pretensión, agudizando la situación de las tres “d” de la clase política sobre estos sectores: desigualdad, desatención y desinterés.

La desigualdad manifiesta de estos sectores llevó hasta la exclusión social. Sus problemas no fueron atendidos, a no ser por una ocasional y esporádica ayuda clientelar y en el momento preelectoral para cooptar su voluntad. No existió interés concreto en combatir la pobreza y por ende la exclusión estructural.

La fábrica de pobres es inversamente proporcional a la renta de las corporaciones y grupos especulativos. Por ello esta situación genera tan sólo un interés electoral ocasional y la más absoluta marginación no sólo de las decisiones colectivas, sino de la atención mínima de los problemas que afectan al sector.

La incorporación de los movimientos sociales como aliados del gobierno democrático viene contribuyendo para una creciente institucionalización de los mismos dentro de los sistemas políticos, lo que es bienvenido, pero esta cuestión no debe conspirar contra un diseño o proyecto superador y abarcador, que no puede satisfacer un grupo de interés que responde a objetivos particulares, a fuerzas económicas y más de una vez, a causas que contradicen el propio sistema democrático.

Es indispensable concebir hoy la democracia con inclusión total y con atención de los problemas más acuciantes de los que menos tienen, no es sólo una expresión de convicción sino de conveniencia colectiva. Son imprescindibles los comportamientos sociales y colectivos de acuerdo a estos parámetros de convivencia, de lo contrario la sociedad se descompone.

6.- Anomia boba de Nino. Sin dudas que la falta de apego a la institucionalidad y a la legalidad son patrones culturales que tienen que ver con desapegos del individuo a patrones de moralidad media que determinan cauces o modos de comportamientos preestablecidos por la ley. Se da en la sociedad y en el individuo una situación de ausencia de valor que se llama anomia.

Lo planteó muy bien Durkeim ⁷¹ a fines del siglo XIX, en función de la división del trabajo social, respecto de la educación moral para la utilidad social de la disciplina y la utilidad para el individuo; concibiendo que la acción disciplinaria de la norma es el medio para realizar la naturaleza humana cuyas inclinaciones naturales sin límites serían destructivas para el individuo.

Señala que "(...) La moral es un vasto sistema de prohibiciones, limita la actividad individual. El conjunto de reglas morales forma alrededor de cada hombre una especie de barrera al pie de la cual vienen a morir las pasiones humanas (...)"

La conciencia colectiva es el "conjunto de creencias y sentimientos comunes al término medio de los miembros de una sociedad" y es a esta la que principalmente afecta la anomia.

⁷¹ Durkheim, Emile. "La educación moral", Ed. Losada Buenos Aires: (1997); Ver igualmente Durkheim, E. "El suicidio" Editorial Schapire. Buenos Aires 1965.

Fue Robert K. Merton⁷², cabal representante del estructural funcionalismo, quien escribe su primer ensayo sobre la anomia en 1936, y consagra el término anomia social la que se manifiesta cuando los grupos sociales aceptan que lograr las metas es a pesar de las normas sociales, se fomenta, entonces, el estado de anomia social. El término anomia social surge tomando como referencia las desviaciones de las normas sociales por parte de distintos grupos en la sociedad.

Carlos Santiago Nino ⁷³en un enjundioso trabajo analiza las conductas sociales de los argentinos que se encuadran dentro de lo que llama un comportamiento social anómico discriminando tres tipos de comportamientos: a.) la mera desviación individual que ocurre cuando los individuos encuentran conveniente para sus intereses dejar de observar la ley pensando en el probable comportamiento de otros; b.) la que se presenta cuando ocurre un conflicto social que lleva a un sector a desconocer la legitimidad de la autoridad que dicta las normas en cuestión- y no lo conviene o satisface-; c.) la que denomina *anomia boba*, que implica situaciones sociales en las que todos resultan perjudicados.

Conceptualiza a la anomia boba expresando que “(...) *Se podría decir que hay anomia cuando la no observancia de alguna norma en un cierto grupo social, sería eficiente, en el sentido de que ese estado de inobservancia sería óptimo respecto de cualquier otra situación posible; o sea, en ese estado nadie estaría peor y alguno, por lo menos, estaría mejor. Sin embargo, este criterio no es operativo si tomamos como parte del grupo social relevante (y como partícipes en la acción colectiva) a individuos que tienen propósitos lógicamente incompatibles con los de los demás. La eficiencia de una acción colectiva es anómica, si la*

⁷² Merton, Robert. Teoría y estructura social.: Ed Fondo de Cultura Económica. México. 1965

⁷³ Nino, Carlos Santiago “Un país al margen de la ley” Ed. Emecé. Buenos Aires 1992.

inobservancia de una determinada norma conduce a una suma agregada mayor de satisfacción de preferencias, descontando cierta frustración de preferencias. Por el contrario una acción social es anómica, en el sentido de "ilegalidad boba", si resulta menos eficiente que cualquiera otra que podría darse en la misma situación colectiva y en la que se observa una cierta norma (...)"

Acusa la gravedad de que la tendencia a la ajuridicidad – como expresión de la anomia- tiende a retroalimentarse. Mas, sin perjuicio de una magistral ilustración de un comportamiento social, esboza una esperanza al expresar una incipiente búsqueda de consenso sobre la aceptación de normas morales, tanto desde la validez de las mismas, como de su incidencia en la cooperación eficiente.

Este proceso, refiere, es consustancial e inherente al método democrático de toma de decisiones que se asienta sobre la discusión colectiva como expresión de una cooperación societal, para lo cual se torna indispensable ampliar el debate público; hacer más racional el proceso de justificación mutua, y dar más condiciones de participación en igual libertad a los afectados por las decisiones.

No alcanza ya con cumplir la ley, sino en primer lugar desentrañar hoy cuando las democracias son tenidas sin fundamento – como lo expresa Ariel Colombo, o son defectuosas Hans-Jürgen Puhle, o democracias delegativas en el criterio de O'Donnell, cuáles son las causas que afectan al sistema democrático, cuáles afectan los derechos fundamentales dejándolos sin protección o seguridades.

Estamos convencidos que en determinadas épocas a las sociedades les azota un flagelo social, cultural, económico, que

afecta su sistema de vida y con ello los derechos esenciales y básicos de toda la sociedad en su conjunto.

Nos tocó padecer desde nuestro origen como país, antinomias irreversibles, un agudo autoritarismo, exclusión social y política, la falta de distribución de la riqueza, la falta de integración social, la violencia, y el terrorismo de estado; algunos fueron superados, otros languidecen; más otros mutan y adquieren otras formas que se traducen en una causa fuente, como origen de muchos males: la corrupción generalizada, la falta de una comprensión de su entidad y dimensión, y la imperiosa necesidad de erradicar el flagelo. Siempre atacamos las consecuencias del problema, por ello no resultan suficientes los remedios emprendidos hasta ahora.

No se puede vivir tolerando la corrupción. Esta se erige como el flagelo fantasmagórico que puede ser el verdugo inclemente de la democracia moderna, que afecta a los sectores más sensibles y más endebles de la sociedad. Veremos por qué.

CAPÍTULO IV

La Corrupción como Fenómeno

1.- Introducción. Mientras en la actualidad el Estado de Derecho recepta los llamados derechos de cuarta generación, los que necesitan tener carta de ciudadanía en el espectro constitucional, el sistema democrático, como los restantes derechos fundamentales sufren un fuerte menoscabo por un fenómeno social que corroe las bases de la sociedad, altera su comportamiento, e impide lisa y llanamente la prestación de servicios esenciales y básicos que está obligado a realizar el Estado: la corrupción.

No advertimos la magnitud del retraimiento de los recursos que se van por los ductos de la corrupción. Es que empezó a ser (¿desde cuándo? ¿Fue siempre así?) un acontecimiento cotidiano que lejos de recibir la sanción punitiva, moral y social, la empezamos a concebir como conductas casi normales o consustanciales con el sistema político, a la economía, y a la misma función pública.

Desde el “roba pero hace”, o “siempre fue así”, “debe aprovechar la oportunidad”, “nunca se va a poder cambiar porque es consustancial al sistema” etcétera son las muletillas con que se justifica lo que debe ser abominable; pero existe desde que el hombre vive en sociedad, y más allá del progreso y evolución social del mundo, hoy nuevas facetas adquieren su existencia y nos obligan a otras medidas.

Por las características de este fenómeno social, político y criminal señalamos que es el gran flagelo que azota a la democracia moderna en la medida en que este sistema permite – y requiere – la conjunción de libertad e igualdad como expresiones

que la sostienen y fundamentan, pero que son imposibles de sostenerlas en una sociedad azotada por la corrupción.

A la par de preservar el pluralismo político y resguardar el derecho a la información como el gran aliado de estos tiempos, es menester la lucha contra la corrupción a fin de garantizar efectivamente la plenitud de los derechos políticos, sociales, económicos y participativos, como política pública activa.

El nivel de democracia de un país, y su calidad institucional, se pone de manifiesto en cuanto mayores sean los mecanismos de control y de transparencia, no sólo institucional sino social y colectivo. Es condición básica para ello asumir el deber de erradicar la ignorancia, la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales para la satisfacción de objetivos fundamentales de una nación que pretende ser democrática y garantista de derechos civiles, políticos y sociales de todas las generaciones. Hay mayor corrupción cuando una sociedad no conoce con plenitud sus derechos y no los defiende.

Como no existe un nexo de causalidad próxima, o relación visible, evidente y concreta en cómo y cuánto afecta la corrupción los más elementales derechos humanos cuya obligación en custodia tiene un Estado, no se advierte la dimensión del problema.

Es que la sustracción de una partida presupuestaria, como el desvío de los dineros públicos para satisfacer una obligación directa del estado, o las que este tiene para algunas situaciones contingentes de alguna emergencia; significan retracción, disminución, o lisa y llanamente remisión de las obligaciones estatales por transferencia de los recursos públicos a ganancias privadas indebidas y se extiende a todo tipo de relaciones humanas.

¿Quién puede dudar que los delitos más agraviantes a la dignidad humana como la trata de personas, los secuestros extorsivos o el auge del narcotráfico cuenta con colaboración, involuntaria al menos- por la ausencia de controles efectivos-, que afectan derechos humanos esenciales como los lesionados por estos delitos?

La corrupción es, pues, directamente proporcional a la falta de seguridad, justicia, educación, cultura y empleo y produce necesidades básicas insatisfechas; más sería un error mayúsculo simplificar la forma de controlar o erradicar la corrupción, cualquiera sea el plano en que se la combata, ello debe ser realizado en el plano institucional y social, ético y jurídico, económico y hasta religioso, alcanzando todos los aspectos de la vida del ciudadano.

2.- Concepto: La definición clásica, seguida por el Banco Mundial y por la organización Transparencia Internacional, considera corrupción “como el uso de la posición pública de un individuo para provechos personales ilegítimos. Abuso de poder y provechos personales, que pueden producirse tanto en la esfera privada como en la pública y, muchas veces, implica colisión entre individuos de los dos sectores.”

Huntington⁷⁴ señala que la corrupción “es la desviación de la conducta de un funcionario público que se aparta de lo establecido por la ley para ponerse al servicio de intereses privados”.

Malem Seña⁷⁵ indica que se “pueden definir los actos de corrupción como aquellos que constituyen violación, activa o

⁷⁴ 8 Huntington S.P. “el orden político en las sociedades en cambio” Paidós, Buenos Aires 1972. Pág 63

⁷⁵ Malem Seña Jorge F “la corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos” Ed Gedisa, Barcelona España año 2002, pág. 35.

pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en el marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza”.

Obviamente que el fenómeno de la corrupción se vincula estrechamente al manejo de los dineros públicos que de manera ilícita van a los bolsillos privados. Esta práctica no debe permitir que esto sea tomado como una normalidad. Laporta y Alvarez ⁷⁶ señalaron que “la corrupción es algo que existe *siempre*, cualquiera que sea el sistema político y el tiempo en el que pensemos”

El único sistema que permite la publicidad y conocimiento de hechos de corrupción es pues el democrático. Los gobiernos dictatoriales, totalitarios o autoritarios, por la falta de control, no la exhiben con nitidez, pero tienen una magnitud inconmensurable.

Enseña Garzon Valdez⁷⁷ que en este sistema “(...) los actos y actividades corruptos (as) son sólo la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático. La alarmante difusión de la corrupción se debe no sólo al atractivo cada vez mayor de los *beneficios* extraposicionales sino también al hecho de que la realización efectiva de la democracia representativa tropieza con obstáculos tan serios que cada vez es también mayor el número de quienes atribuyen carácter utópico al proyecto democrático de la modernidad. Por ello, la recuperación de la fe

⁷⁶ Laporta, Francisco y Álvarez, Silvia (eds.);: La corrupción política, Madrid: Alianza Editorial, 1997 p. 19.

⁷⁷ Garzón Valdez: Ernesto «Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan sólo una propuesta», en *Isonomía*, n. º 21, octubre, 2004, ITAM-Fontamara, pág. 17-18.

democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática (...)"

El fenómeno de la corrupción es social, institucional, tiene una raíz cultural y una liviandad legal en cuanto a la sanción de actos subsumibles en ilícitos, comúnmente llamados delitos de corrupción. La aceptación o la pacífica tolerancia, como también la participación en actos repudiados tiene sustento en prácticas sociales que merecen ser abordadas desde diversos aspectos de la vida social.

Esto tiene una magnitud inimaginable ya que generalmente algunos de estos actos se efectúan en secreto, en las penumbras de los recodos de la administración pública, o de manera sigilosa encubriendo artificiosamente el acto deleznable. No deja huellas ni da recibos.

Si se procura un cambio en serio no puede soslayarse la lucha contra la corrupción y entendemos que todo proceso de transformación social debe atacar y producir las modificaciones donde el problema hunde sus raíces.

Ello tiene una matriz cultural que la torna incompatible con la democracia a la que lesiona en su comportamiento sistémico, ya que le sustrae la eficiencia y eficacia en la satisfacción de las demandas sociales más elementales, o los derechos fundamentales desentendidos.

El aspecto económico es trascendente en esta cuestión desde un ligero análisis de conveniencia colectiva cuando estos productos o van para el ciudadano como ayuda social, o al mismo consumidor. Se paga de más.

El costo de producción, más todos los incrementos que el producto final tiene, además de la renta legítima, el sobre valor de la “ganancia ilegal”, se traslada siempre al hombre común. Es una suerte de “plus valía” o sobre valor absolutamente ilegal e ilegítima que afecta un producto o servicio. La pagamos todos.

El caso adquiere magnitud y más trascendencia llegando al paroxismo cuando el servicio es monopolístico u oligopólico y el control estatal es insuficiente o funciona de manera deficiente por el influjo de la corrupción.

Susan Rose Akerman⁷⁸ concluye con claridad que “la corrupción omnipresente socaba la legitimidad del gobierno. La corrupción en la provisión de bienes y servicios públicos y en los costes eleva una nube sobre los gobiernos que buscan una legitimación popular. El soborno no es sustituto estable ni a largo plazo de la reforma de la ley.

3.- El aspecto ético: El primer postulado del cual hay que partir para el análisis de esta cuestión es sin dudas caracterizar, como sugiere Nino⁷⁹ “a los derechos humanos de índole moral, ellos deben ser tomados en cuenta en la teoría y en la práctica jurídicas como condición para arribar a decisiones justificadas (...) es que la moral y el derecho tienen las mismas funciones de disminuir los conflictos y facilitar la cooperación, aunque lo hacen por distintos caminos (...) La ética debe siempre condicionar el comportamiento político por la sencilla razón que, se supone, que una persona que realiza una actividad política busca desde su posicionamiento en

⁷⁸ Akerman, Susan, Rose- “La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”. Siglo XXI de Argentina Editores, Buenos Aires, 2001 pág 35

⁷⁹ Nino, Carlos Santiago “Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación” Ed. Astrea. Bs.As. 1989 pág. 367 y sig.

torno a ideas y valores, buscar y promover el bien común, de allí que la ética es fundamental para la construcción de la sociedad democrática, justa y solidaria.

Partimos, pues, de una ética civil, amplia, como lo refiere con exactitud Campagna⁸⁰ “para construir una sociedad donde la inclusión y la convivencia fecunda entre las personas sea el imperativo”, más tal premisa solo se puede cumplir si se erradica la corrupción como práctica social generalizada.

Vázquez⁸¹ precisa que “...Si un individuo incurre en prácticas corruptas, no es únicamente por la falta de competitividad en una economía de mercado, o bien que la organización burocrática sea radicalmente ineficiente o que los decisores gocen de amplios márgenes de discrecionalidad. Si se realizan acciones corruptas es porque, finalmente, un individuo *decide* realizar una conducta deshonesta con pleno conocimiento de sus consecuencias. No sobra decirlo cuantas veces sea necesario: *no se nace corrupto, se elige ser corrupto*.”

La diferencia de miras, objetivos y pretensiones de quien realiza o ejecuta la política como práctica social, no puede perseguir un bienestar personal o sectorial, es impropio y nocivo, ya que es corrupto “actuar poniendo por delante los bienes externos a los bienes internos, en suma, que es corrupto abusar de un cargo para beneficiarse privadamente, dado que el propio cargo demanda servir al interés general no al particular”, acota acertadamente Villoria Mendieta.⁸²

⁸⁰ Campagna María Cristina, El Siglo XXI será ético o no será” Ed. Fundación Unión y UPCN, Bs As.2008 pág. 30

⁸¹ Vázquez, Rodolfo “Corrupción política y responsabilidad de los funcionarios públicos” Revista Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007)

⁸² Villoria Mendieta, Manuel “La corrupción política” Ed. Síntesis. Madrid. Pág.49

Aristóteles partía de un preconcepción valorativo “el bien como el fin de todas las acciones del hombre”, siguiendo en esa línea, expresa Savater⁸³ “la convicción revolucionaria y a la vez tradicionalmente humana de que no todo vale por igual, de que hay razones para preferir un tipo de actuación a otros, de que esas razones surgen precisamente de un núcleo no trascendente, sino inmanente al hombre...”

Debemos partir de que la Ética, es una parte de la filosofía que consiste en el conocimiento del comportamiento moral y en el porqué de la existencia de las categorías y principios morales: es decir, su justificación, en dar sentido a la actuación y de adoptar determinada conducta ante las cosas que le ocurren a una persona en su relación con los demás. Debe ser entendida como un conjunto de normas o reglas prácticas que definen nuestro accionar, pero no puede descansar en ella la solución definitiva al problema de controlar la corrupción, sería caer en un reduccionismo sin sentido que nos dejaría en la posición de un fundamentalista aislado y al margen del sistema.

Es imprescindible tener presente que no hay mejor educación que la que se imparte con el ejemplo, ya que si tenemos presente que “todo acto corrupto requiere, además de un decisor, la *intervención de una o más personas*. Es un delito participativo en el que una de las partes intenta influir en el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema de reglas vigente”, como bien señala Vázquez⁸⁴, bastará que una persona con capacidad de decisión se niegue al acto reprochable y lo denuncie para empezar a ganar la batalla.

⁸³ Savater, Fernando “Invitación a la Ética. Ed Planeta España.1995, pág. 10.

⁸⁴ Vázquez, Rodolfo “Corrupción política y responsabilidad....” Ob. cit.

Laporta⁸⁵ nos dice que “(...) la corrupción se da única y exclusivamente *porque* un individuo, sea cual sea su entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta. Y ésta es la razón por la que siempre existirá la corrupción: no hay ningún sistema de control posible ni ningún antídoto tan eficaz como para impedir totalmente una opción individual de este tipo. En todo caso ese sistema o ese antídoto tendrán mucha más fuerza si son *internos* al individuo (educación, convicciones, entre otros) que si son meramente *externos* (...)”.

Malem Seña⁸⁶ explica que “(...) la educación cívica, por otra parte, consiste en la enseñanza de valores del ciudadano, y más concretamente de valores morales. A través de ella se transmiten ciertas creencias que son tomadas como referencia para realizar o justificar acciones. Por medio de la educación cívica se adquieren hábitos, se modifican comportamientos, se logran “estilos de vida” (...) La batalla empieza en la casa y en la escuela. Si la persona o funcionario tiene cabal dimensión, comprensión y valores, la sociedad tendrá éxito en esta cuestión, pero se necesita una ética republicana.

4.- El aspecto social: Una conducta será éticamente positiva siempre que el hombre encamine su vida conforme a las costumbres sociales y normas jurídicas vigentes; y cuyos principios morales, que por naturaleza indican qué es lo bueno, no queden sólo en el campo de la abstracción o el conocimiento, sino que los concrete mediante su observancia. En resumen, será una conducta acorde a la ética aquella conducta virtuosa. La virtud es la disposición constante del alma a conducirse de acuerdo al bien y a evitar rigurosamente el mal.

⁸⁵ Laporta y Álvarez ob cit.

⁸⁶ Malem Seña, Jorge F “ corrupción, normas morales y educación “ publicado en www.cartapacio.edu.ar

La corrupción no solo es violación de una ley, norma o regla determinada, es alteración misma del sistema, que en alguna medida incluso afecta también a quien la protagoniza y realiza.

El egoísmo, la exaltación del éxito de cualquier manera, el hecho de que no se justifiquen los medios sino que importe sólo el éxito, sin sanción social, hace que paulatinamente se pierdan los valores, y con ello, lo que tiene que ser rechazado y repudiado empieza a ser algo corriente y peor aún, hasta estímulo que invita a la semejanza.

La solidaridad, la equidad, la fraternidad pasan a ser valores que pasan a ser piezas del museo y o patrimonio de recuerdos de épocas vividas por nuestros ancestros. Si a ello se suma, en algunas cuestiones, la indiferencia social por la suerte del otro en cuestiones mínimas, dejará la sociedad de ser una entidad distinta y sin sentido.

5.- El aspecto jurídico: la proliferación de normas y el avance internacional en busca de la punición de actos de corrupción es un avance plausible, pero esto no fue tomado como un patrón de comportamiento disuasivo de conductas aberrantes para detener actividades deleznable.

Cada vez más el ingenio del hombre, en la acción delictual, logra sortear las formas y modos de punición que establecen las normas penales y burlar los controles administrativos como también evadir el control social cada vez más laxo.

Sin embargo hay que efectuar una apuesta muy fuerte a sancionar con extrema dureza estos hechos para evitar la propagación de hechos reprochables. De nada sirve un fabuloso diseño normativo si la aplicación práctica de las normas choca con

la impunidad de la evasión legal del delincuente, sea por omisión, o la falta de control efectiva y la eficaz investigación que debe llevar el Estado, en estos eventos, para sancionar al corrupto.

El diseño internacional establecido en tratados, como la normativa estatal local merece tener más efectividad en la aplicación de este control. No alcanza la profusión de normas cuando el sistema no funciona correctamente.

La pretensión del efecto disuasorio de la punición choca con la modalidad delictiva, por lo que es preciso apelar a otros medios y modos para tratar esta cuestión con éxito, más la sanción punitiva es imprescindible en este cometido.

La administración de justicia, como expresión concreta del Estado es la que debe actuar en este sentido. Está llamada a ser la gran protagonista del cambio social en la lucha contra la corrupción, como lo fue la Italia del "manu pulite". Falta decisión y convicción como también herramientas jurídicas.

El poder judicial debe ser, dentro de los poderes constituidos, la punta de lanza de esta cruzada, ya que la mayoría de las batallas contra la corrupción se deben dar en ese ámbito. De allí la necesidad de contar con un poder judicial probo y eficiente, que no puede estar contaminado por la corrupción, lo que no siempre es así. Faltan reformas procedimentales, como funcionales.

El sistema jurídico debe modernizarse, como también agilizarse el funcionamiento mismo de la administración de justicia; erradicar la burocracia paquidérmica que trae consigo la morosidad y permite el abuso del derecho y todas otras medidas dilatorias que impiden la aplicación de la ley ante un delito. Esto no implica desconocer las garantías constitucionales, sino que la modernización debe comprender a estas, en primer lugar, pero

también reconocer a las víctimas como protagonistas de la investigación y sanción de los ilícitos. No puede tolerarse que los hechos más aberrantes de corrupción o languidecen en los tribunales o terminan por prescripción con lo que, además de la sensación de impunidad, tampoco hay reparación de perjuicios por el delito.

El sistema jurídico se mantiene anquilosado hace más de un siglo; se crean juzgados pero no se modifican las leyes que regulan la sustanciación de las causas, no se adoptan las bondades del progreso tecnológico y científico que ayuden a develar la verdad jurídica objetiva para impartir un veredicto. Puede existir corrupción mas no debe existir nunca impunidad.

Cárdenas y Chayer⁸⁷ acotan que “(...) la corrupción judicial tiene mil caras. No es solamente aquella que se materializa y mide en dinero, como es el caso de los sobornos. Es también aceptar presiones políticas o influencias de cualquier tipo; o el sucumbir al nepotismo; o el presionar indebidamente con o para obtener una asignación patológica de los recursos; o influir en los ascensos. Todo esto es ciertamente corrupción...”

Este cuadro es funcional a la corrupción que con triquiñuelas y abusando del derecho protegen indebidamente a quienes no quieren someter su conducta al escrutinio judicial porque cualquiera sea el sistema jurídico lo único que no puede admitirse es la impunidad.

⁸⁷ Cárdenas Emilio, Chayer Héctor M. “Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla” ed LA LEY Buenos Aires, 2005, pag.3.

6.- Aspecto político: Garzon Valdez⁸⁸ sintetiza el marco de nuestra preocupación cuando expresa que "...los actos y actividades corruptos son sólo la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático. La alarmante difusión de la corrupción se debe no sólo al atractivo cada vez mayor de los *beneficios* extraposicionales sino también al hecho de que la realización efectiva de la democracia representativa tropieza con obstáculos tan serios que cada vez es también mayor el número de quienes atribuyen carácter utópico al proyecto democrático de la modernidad. Por ello, la recuperación de la fe democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática".

He aquí el centro de gravedad del problema ya que la corrupción política puede alcanzar a quienes hacen las leyes, porque son creadores de las reglas o de los estándares mediante las cuales funciona una organización política. Lo propio puede ocurrir con quienes tienen la obligación de controlar y peor aún, a quienes administran los recursos públicos. Estos pueden ser seducidos para obtener un beneficio personal o para una ventaja indebida al sector político al que pertenecen y otorgar favores a sus seguidores en perjuicio de los beneficios públicos que deben efectuarse para el conjunto según pautas de mérito o necesidades objetivas.

⁸⁸ Garzón Valdez Ernesto "Acerca del concepto de corrupción" 1996. Francisco Laporta y Silvina Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997, págs. 19 y ss.

La corrupción institucionalizada designa el comportamiento de aquéllos que abusan de sus cargos institucionales para influir sobre procesos o acciones institucionales y los miembros del poder judicial; cuando empañan el funcionamiento de la magistratura con acciones reprochables desde el punto de vista jurídico y ético. Puede llevar al estado de hipercorrupción.

En tanto que la corrupción administrativa – tal vez la más común- comprende la utilización del cohecho y el favoritismo para disminuir cargas impositivas, evadir las regulaciones y ganar licitaciones para contratos de la administración pública sin cumplir con las pautas establecidas en la norma.

Los llamados “pagos de engrase”, “estímulos” o “pagos acelerador” en distintas áreas de la administración no son sino cohechos pasivos o impropios que desbaratan el sistema, ya que la democracia pierde el sustento factico cuando se altera su finalidad. Todos saben que una economía sin reglas claras y alteradas por la inflación es caldo de cultivo para la corrupción, lo propio ocurre con la proliferación de normas administrativas.

La democracia es el único sistema político que permite combatir a la corrupción, aunque la legitimidad de origen por el mandato popular se pierde por la falta de legitimidad de ejercicio por alteración de fines y subalteración de intereses en el manejo de la cosa pública. El populismo y la relación clientelar con los ciudadanos conspiran contra la democracia republicana al mismo tiempo que es caldo de cultivo para la corrupción política.

Villoria Mendieta⁸⁹ sintetiza esta situación “en que en la lucha contra la corrupción política los elementos institucionales, tanto formales como informales juegan un papel esencial. No se trata de rogar a la clase política que incorpore a su conducta principios y

⁸⁹ Villoria Mendieta, Manuel “la corrupción política” ob cit.

reglas éticas derivadas de la esencia de la democracia, que también, sino esencialmente de construir sistemas políticos que incentiven la moralidad pública y promover sistemas sociales que sancionen eficazmente la inmoralidad en la función pública”

7. El comienzo del cambio necesario: Todo proceso de transformación y cambio social empieza en primer lugar, con la germinación de una idea de cambio y transformación necesaria que debe ser difundida ampliamente para ganar la adhesión, del conjunto de la sociedad, convencido de las bondades de la misma.

El hombre, como sujeto democrático tiene que tener un fundamento ético en su demanda para generar la cultura de una ética de la solidaridad social para insistir en que la solidaridad, la fraternidad y el esfuerzo del conjunto son motores de un cambio social. Aparece pues la impronta política en difundir, persuadir hasta convencer de esta idea a la mayor cantidad de ciudadanos para que se comprometan.

Si esta idea consigue arraigo en la sociedad, si esta la hace suya, el cambio empieza a ser social ya que esta lo toma como propia, y comienza a demandar un comportamiento colectivo conforme esta idea que le asegura paz social, armonía del conjunto y una forma segura de garantizar el orden y la estabilidad del sistema.

Si la idea tiene honda penetración, empieza a generar una costumbre que se va imponiendo ora por convicción, ora por conveniencia colectiva. Se eleva a categoría cultural, y genera necesidad de cambio social y podemos inferir de ello que los valores éticos incorporados repelen automáticamente los actos reñidos con esta.

Si esto sucede y los patrones de comportamientos sociales tienen una dimensión cultural, se los considera valiosos conforme la ponderación axiológica, se pueden elevar en categorías jurídicas donde las “reglas” no serán de difícil cumplimiento.

Para ello tenemos que comprender que la corrupción afecta los más elementales derechos humanos, conspira contra todos, incluso contra quien indebidamente se beneficia esporádicamente del acto denigrante.

8. El mandato constitucional: la reforma constitucional de 1994 produjo transformaciones institucionales significativas que gravitaron en nuestra vida, producto de un nuevo universo de valores que diseñaron nuevas instituciones, más controles, y nos dejaron un abanico de derechos y garantías que sepultaron viejas críticas en torno a la forma y modo de concebirse y realizarse esta reforma a la luz del viejo texto constitucional de 1953/60.

Uno de los grandes líderes de tal emprendimiento, Raúl Alfonsín⁹⁰, explicó con meridiana claridad el propósito de esta reforma que, para él, tenía una importancia superlativa modificar el sistema presidencialista que prohijaba un modelo autoritario derivando en un modelo de democracia delegativa producto del avance del Ejecutivo sobre los otros poderes.

Siempre sostuvo que la crisis Argentina era hija de la ilegalidad y producto del autoritarismo arraigado entre nosotros, expresando “que (...) la concentración de poder institucional en el Ejecutivo, tiene una grave consecuencia que también contribuye a la deslegitimación de la democracia: la corrupción. Se debe destacar la relación entre la corrupción y la combinación de la concentración de poder institucional y económico. Lo que nos

⁹⁰ Alfonsín, Raúl R. “Núcleo de coincidencias básicas “LA LEY 1994- D-824.

debe preocupar no es tanto que existan funcionarios corruptos, sino la impotencia de la democracia para luchar contra la corrupción....La propuesta que defendemos apunta a revertir esta situación. Nuestra concepción se fundamenta en la convicción de que la política debe tener una base ética y que el poder debe ejercerse con legitimidad. Aspiramos a fortalecer las instituciones para fortalecer la democracia (...)"

Con estas premisas salió a predicar la necesidad de una "nueva constitución que promueva una práctica de gobierno más acorde con las exigencias morales y políticas de la inmensa mayoría de los argentinos, para la consolidación de una democracia moderna y participativa que sentará las bases constitucionales que aseguren libertad para cada uno y justicia para todos".⁹¹

Desde otro sector, mayoritario en aquella circunstancia, se comprendió la magnitud del problema y a pesar de las urgencias, es ponderable la actitud que se haya comprendido la profundidad y dimensión del cometido institucional.

Uno de los arquitectos del nuevo diseño constitucional, García Lema⁹² ilustra las causas y motivos que justificaban las "reformas para la consolidación de la democracia" detallando antecedentes, y justificando las necesidades del cambio propuesto, para concluir en que las garantías de la democracia estaban dadas, entre otras, por los partidos políticos, el sistema federal y la defensa del orden constitucional.

Desde la Convención constituyente, por el bloque mayoritario, le tocó al doctor Cafiero⁹³ defender la posición de lo que sería el

⁹¹ Alfonsín, Raúl. Ob. cit.

⁹² García Lema Alberto Manuel "La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional" Ed. Planeta Buenos Aires. 1994, págs.160/274

⁹³ Cafiero Antonio, Convención Constituyente de la reforma constitucional de 1994 sesión del 13/7/94

nuevo artículo 36 de la Constitución Nacional. Precisó que lo hacía "... por la democracia, contra el golpismo y la corrupción". Recordó nuestra historia institucional signada por la ilegalidad, con la marcada impronta autoritaria, exaltó los valores de la democracia y propuso un diseño constitucional para que nunca más se posibilitara la aceptación de gobiernos de facto.

La nota saliente fue la defensa de la constitución y la democracia hacia el futuro coincidencia en el flagelo que las azota en estos tiempos que es la corrupción. Cafiero la calificó como "el otro enemigo de la democracia" y que se debía librar una batalla ética contra la misma ya que "(...) alguien podrá decir que es utópico y hasta risible que se considere que por el hecho de que exista una cláusula de defensa del orden constitucional o de defensa de la ética en contra de la corrupción, no va a haber golpes de Estado ni corruptos en nuestro país. No es esa nuestra pretensión. Los penalistas saben muy bien que por más castigos que existan en el Código Penal siempre va a haber delitos. No tenemos pretensiones utópicas sino que queremos establecer efectos disuasorios para quienes alienten este tipo de intenciones en el futuro... probablemente el artículo sobre la ética pública no tenga precedentes en el constitucionalismo comparado. Todos sabemos que uno de los males de la democracia que deberemos atacar es el de la corrupción, que es lo que los autores modernos denominan "cleptocracia". Justamente en este mal -que se extiende por las democracias más avanzadas, por las menos avanzadas y por las más subdesarrolladas los enemigos de la democracia encuentran el elemento en el que basan sus críticas a un sistema en el que no creen psicológica, social ni políticamente. Por esa razón, considero que la inclusión de esta cláusula constituirá una señal que los constituyentes de 1994 le enviamos a toda la sociedad argentina. Nosotros somos los primeros en asumir el reto de la lucha contra la corrupción; nosotros somos quienes queremos que en el documento máximo que estamos reformando se inscriba el principio de que sin ética no hay democracia y que con corrupción vuelve el totalitarismo (...)

Así quedó plasmado el artículo 36 de la Constitución Nacional que expresamente dispone “*Esta* Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

El mandato constitucional es claro y categórico en primer lugar armoniza de manera inescindible los conceptos de democracia, sistema constitucional, con los derechos de resistencia a la opresión, defensa del orden constituido, y expresamente equipara a la corrupción con el delito de traición a la patria. No existe hecho más grave en el texto constitucional que el señalado en esta norma que debe interpretarse adecuadamente con el artículo 29 de nuestro máximo texto legal.

El artículo 29 del texto constitucional de 1853/60 recoge enseñanzas históricas y procuró impedir las para el futuro. Igual pretensión se tuvo en la génesis y concepción de la primera parte del artículo 36 incorporado por la reforma de 1994 a la Constitución Nacional.

La equiparación de la corrupción a la traición a la patria y al alzamiento contra el orden institucional devela la trascendencia y magnitud que esta cuestión tuvo para los constituyentes y tiene, por obligación constitucional, para todos los argentinos, ya que es el gran flagelo que azota a las democracias modernas.

Pero la virtud del mandato constitucional es que una norma concebida como “*ius cogens*” ya que pretende con ello proteger los derechos humanos y la democracia como sistema de vida, que por la imperatividad de su disposición tiene un efecto francamente operativo que no puede desconocerse.

9.- La ley de ética en la función pública: Si bien la primera parte del mencionado mandato constitucional fue regulado previamente en 1984 por la ley de defensa de la democracia (ley 23098 y mod), la segunda parte del artículo 36 se pretendió regular, aunque parcialmente, por la Ley 25.188 – Ética de la función pública-.

Ella regula el ejercicio de la función pública estableciendo un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. (artículo 1)

Pretende esta norma definir el objeto y explicitar los sujetos que se ven sometidos a la misma y en tal sentido marca deberes y pautas de comportamiento ético, y establece un régimen de declaraciones juradas y antecedentes.

Con marcado rigor diseña un régimen de obsequios a funcionarios públicos y crea la Comisión Nacional de Ética Pública, haciendo también reformas al Código Penal aplicando severas penas entre otros al funcionario público que por sí o por interpósita persona, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, de lo que nos ocuparemos más adelante.

Su reglamentación fue dada por el Dto.164/99; sin embargo la gran asignatura pendiente para su franco y total cumplimiento sigue siendo la falta de funcionamiento de la Comisión Nacional de Ética Pública que nunca se constituyó. Esta deberá ser integrada por ciudadanos de reconocidos antecedentes y prestigio público, con el objeto de recibir denuncias de conductas contrarias a la ética pública y ejercer las demás competencias específicas legalmente conferidas, actuando como órgano independiente y con autonomía funcional.

La mora en la designación de los once miembros previstos en la Ley 25188, no tiene justificación. Ellos deben ser designados de la siguiente manera: uno a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, uno al Poder Ejecutivo de la Nación, uno al Procurador General de la Nación y ocho ciudadanos serán designados por resolución conjunta de ambas Cámaras del Congreso, dos de los cuales deberán ser: uno a propuesta del Defensor del Pueblo de la Nación, y el otro a propuesta de la Auditoría General de la Nación.

Este órgano debería estar ya en franco funcionamiento para cumplir con los propósitos de la norma. Los artículos 23 a 25 de la ley 25.188 aún no se cumplen, otro ejemplo de inconstitucionalidad por omisión.

Rodolfo Terragno⁹⁴ al proponer la integración de la comisión refirió que los propios organismos no tienen intención de cumplir la ley.

Expresó que la CSJN por acordada Nro 1/2000, resolvió que los miembros del tribunal no presentaran sus declaraciones juradas ante la Comisión de Ética Pública sino ante la Administración General de la Corte. El fundamento de tal acordada fue la independencia de poderes, dado que la Comisión de Ética Pública funcionaría “en el ámbito del Congreso”. Por la misma razón, la Corte decidió no designar un representante ante dicha Comisión. De esta manera, el organismo –no pudiendo declarar de oficio la inconstitucionalidad de la ley– dispuso violarla mediante una acordada...”

La Cámara de Diputados de la Nación instaba a constituir la comisión pero no la constituye ella como órgano, pese al impulso que le dio el entonces ministro de Justicia doctor Vanossi se concluyó que “el Poder Ejecutivo no nombrara a su representante mientras el Congreso no cree la comisión. La Subsecretaría Técnica de la Presidencia se opuso a la sanción del decreto dado que, no estando constituida la Comisión de Ética Pública en el ámbito del Congreso, no existía la vacante que se pretendía cubrir”.

Terragno⁹⁵ expresó que “(...) cuando se demanda el cumplimiento de una ley, máxime si se trata de una ley destinada a combatir la corrupción, es indispensable satisfacer el reclamo. Lo

⁹⁴ Terragno, Rodolfo en “ www.terragno.org.ar” proyectos presentados.

⁹⁵ Terragno, op. Cit.

contrario, no sólo pondría al Congreso en falta con sus obligaciones básicas, sino que conspiraría contra los esfuerzos de restablecer la confianza de los ciudadanos en sus representantes (...).

Le ley 25.188 pretendió abordar el tema con la intención de erradicar la corrupción sistémica, y aunque inconclusa. Es necesario analizarla con una cuota de optimismo, pues la democracia, como sistema perfectible, necesita de controles. La ley es uno de ellos, mas la ley empieza siendo violada por omisión de los máximos poderes constituidos del país. Un mal comienzo.

Alejandro Nieto⁹⁶ señala que “(...) La única corrupción letal es la sistemática, es decir, la integrada en el sistema de tal manera que las instituciones públicas funcionan habitualmente con ella (e incluso no pueden funcionar sin ella) y, sobre todo, cuando no operan los mecanismos de autodefensa. Este último dato es el que mejor revela que el sistema tolera la corrupción y que la ha absorbido como parte integrante del mismo...cuando en una democracia la corrupción se institucionaliza no cabe seguir hablando de democracia... no es suficiente la legitimación democrática originaria sino que tiene que confirmarse de manera permanente. Por muy puros que sean sus orígenes, un gobierno deja de ser democrático cuando no actúa de acuerdo con las reglas de este sistema (por ejemplo, corrompiéndose o tolerando una corrupción institucionalizada) (...)”

Si todos los resortes de controles del Estado se activan decididamente se evita la “patrimonialización” esto es que los representantes de la sociedad consideren a la función pública como una fuente de rentas y beneficios y no de un ámbito de prestación de servicios públicos. La democracia es el único sistema que permite estos tipos de controles.

⁹⁶ Nieto Alejandro “Corrupción en la España Democrática” Ed. Ariel, España, 1997

10.- El marco internacional y el incumplimiento de los tratados: La Argentina es signataria de entre otros instrumentos internacionales, de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos, celebrada en Caracas, Venezuela (C.I.C.C) ratificada por la Ley 24.759 de 1997. Por la ley 25.319 en el año 2000 se aprobó la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue ratificada Ley 26.097 de 2006.

Empero, el Comité de Expertos que realiza el seguimiento del cumplimiento de la C.I.C.C encontró numerosas asignaturas pendientes.

En 2003, en el “Informe sobre la implementación en Argentina de las disposiciones de la Convención”, recomendó “asegurar la efectiva aplicación de la Ley 25.188 para todos los empleados y funcionarios del gobierno, incluyendo los de los poderes legislativo y judicial así como los de la Procuraduría General” y “resolver los problemas que surgen del mandato legal de integrar la Comisión Nacional de Ética Pública y la falta de conformación de ésta.

Las organizaciones no gubernamentales abocadas al tema insisten en la profundización de la lucha contra la corrupción desde distintos ángulos, principalmente el cumplimiento de las normas legales, y la puesta en prácticas de controles administrativos.

Desde la internacional “Transparency international” a “poder ciudadano” desarrollan una ardua y prolífica tarea. Lejos de menguar la corrupción se acrecienta y adquiere nuevas modalidades y nuevos ribetes.

En los regímenes provinciales ocurre una situación similar. Es que la gran proliferación de normas punitivas no tiene el efecto disuasorio esperado.

CAPÍTULO V

Las Deficiencias Institucionales

1.- Imperiosa necesidad de modificación: Reiteramos el concepto que "existe corrupción cuando una persona, ilícitamente, pone sus intereses personales por sobre los de las personas y los ideales que está comprometido a servir".

Klitgaard⁹⁷ expresó que se puede establecer una ecuación básica de la corrupción: "La conducta ilícita florece cuando los agentes tienen poder monopólico sobre los clientes, grandes facultades discrecionales, y débil responsabilidad ante el mandante. Vale entonces la siguiente ecuación: "Corrupción igual Monopolio de la decisión pública *más* Discrecionalidad de la decisión pública *menos* Responsabilidad (en el sentido de obligación de rendir cuentas) por la decisión pública" (su fórmula $C = M + D - T$)

Moreno Ocampo⁹⁸ ilustra que una forma para controlar y prevenir la corrupción en la sociedad es detectar la influencia del sistema político. En un régimen de poder hegemónico no hay poderes independientes sino un poder monopólico que no cumple la ley sino que impera la discrecionalidad de los que detentan la autoridad, se restringe la libertad de prensa y la información afectando la transparencia. (Su fórmula $PH = C$) poder hegemónico es igual a corrupción.

El poder hegemónico no admite controles, tiene discrecionalidad en el manejo de la cosa pública y monopolio en la

⁹⁷ Ver en Klitgaard Robert "Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo" Ed. Sudamericana. Buenos Aires.1994.

⁹⁸ Moreno Ocampo, Luis, "En defensa propia. Cómo salir de la corrupción" Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993.

decisión estatal sin controles institucionales sólidos, y menoscaba los controles sociales, o las expresiones políticas y sociales.

El subdesarrollo en todos los sentidos hace que la corrupción sea más intensa como lo acota Grondona⁹⁹ ya que "...esta no se vive como una ocasión sino como vocación, y los hechos de corrupción generalmente no se previenen sino que generalmente se investiga el pasado: el gobierno que llega investiga al que se fue, existiendo una confusión entre revancha y control.

No se conoce la fórmula o el modo de extirpar la corrupción, pero sí se sabe que la violación o alteración del funcionamiento institucional es el primer paso para relajar el funcionamiento del estado y las normas jurídicas y sociales, por ello es preciso analizar el mandato constitucional, primera norma a cumplir, y nuestras prácticas constitucionales para abordar esta problemática.

La batalla contra la corrupción no podrá librarse con éxito si no se articulan cambios sustantivos en el funcionamiento mismo de los poderes constituidos que hacen al comportamiento de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Nuestro diseño estadual plasmado en la constitución, expresamente dispone que adoptamos una forma de gobierno republicana, representativa y federal (art.1 Constitución Nacional) Es un sistema político que se asienta en modos genéricos que podemos sintetizar en: 1º. División entre poder constituyente y poder constituido; 2º División de órganos en el ejercicio del poder o gobierno, que consiste en distribuir el poder del estado en diferentes órganos. (Ejecutivo, legislativo y Judicial) 3º Independencia del poder judicial; 4º Responsabilidad de los gobernantes, son responsables ante los ciudadanos por los actos de gobierno que realicen, y deben ajustar sus conductas a las leyes; 5º

⁹⁹ Grondona, Mariano "La corrupción" Ed Planeta Buenos Aires, 1993. pág. 61

Periodicidad en el ejercicio del poder: No existe ningún cargo perpetuo en el gobierno. Todos los cargos son desempeñados durante un lapso determinado. 6º Publicidad de los actos de gobierno: Los gobernantes deben informar al pueblo sobre los actos que realicen desempeñando las funciones de gobierno, 7º el sufragio es la forma más clara de ejercicio de la soberanía del pueblo, y de esta forma expresa su voluntad y constituye su gobierno, lo que se materializa con la elección popular de los gobernantes a través del voto popular, donde cobra singular valor el principio de igualdad ante la ley sin distinciones de sexo, raza, religión etcétera, y 8º la legalidad administrativa, como un límite a la discrecionalidad en la función pública.

Los artículos 22, 37, 38, 39 y 40 de la Constitución Nacional nos permiten concluir que nuestra democracia es representativa, donde “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes”, se delega esa facultad de gobierno en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; mas encuentra ampliación de su base en los partidos políticos, y los derechos participativos como formas de ensanchar la soberanía popular. (Los 4 últimos artículos incorporados con la reforma constitucional de 1994).

Se percibió el viejo modelo como insuficiente para hacer frente a las complejidades de la vida moderna; ya que cada vez con más fuerza se plantea la necesidad de un rol activo de la población en las cuestiones públicas. De tal modo, al concepto de democracia representativa se le agrega, ahora, la calificación participativa y deliberativa, noción conceptual a la que adscribimos, sin embargo aparece como déficit el funcionamiento de las instituciones para combatir el flagelo de la corrupción que pasamos a revisar:

2.- Excesos y abusos. El dictado de decretos de necesidad y urgencia: Alterando claramente la finalidad del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional reformada en 1994 lejos de ser un instrumento excepcional, esporádico y adoptado por razones de estricta emergencia institucional o social, los Decretos de Necesidad y Urgencia son habituales, y un modo frecuente por el cual el Ejecutivo usurpa las facultades del Congreso Nacional; ya que este tiene una triple función, legislar, ejercer control institucional y de naturaleza política ya que es la expresión total de la soberanía popular representada.

Susan Rose-Ackerman¹⁰⁰, expresa *“Con el devenir de las instituciones, la idea de “controles recíprocos” se ha ido complejizando. A medida que los Estados fueron asumiendo mayores responsabilidades en pos del bienestar de la población y por ende creciendo v en cantidad de organismos administrativos, de personal y de fondos presupuestarios, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo necesitaron de una “división del trabajo” que les permitiera cumplir eficazmente con sus funciones, incluidas sus funciones de control externo e interno respectivamente”* Para evitar la corrupción, el mejor camino es que las instituciones sigan el derrotero de la constitución y se permitan y estimulen los controles horizontales institucionales.

Midón¹⁰¹ explica magistralmente el uso y abuso de este instrumento de emergencia, abonado por una deficiente ley 26.122 con lo que se permite el incremento de facultades legisferantes del Poder Ejecutivo.

¹⁰⁰ Rose- Ackerman, Susan, “La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”. Siglo XXI de Argentina Editores, Buenos Aires, 2001. Pág. 197

¹⁰¹ Midón Mario A R “Decretos de Necesidad y Urgencia” Ed LA LEY, Bs. As. 2001.

Gherzi¹⁰² refiere que excedieron su "función" y se convirtieron en una forma de "suma de poder público" e incluso con la complicidad judicial de decretar su constitucionalidad en oportunidades francamente insostenibles vulnerando los derechos y garantías de los ciudadanos como ha ocurrido en el 2001...concluyendo que esto genera una anomia estatal que repercute en pérdidas de derechos, inversiones, inestabilidad jurídica y social etcétera.

La causal de necesidad como habilitante no es social ni colectiva, sino fundada en una "razón de estado" y a menudo el ropaje de la urgencia es producto de circunstancias propias de la dinámica de una acción ejecutiva con propósitos difusos, pero siempre lejos del quicio normal del funcionamiento institucional correcto. Esto es funcional a la corrupción sistémica.

Siguiendo a Scabino¹⁰³ inferimos que es claro que "El problema central es que "la corrupción" siempre se monta en la urgencia, crisis o emergencia o en la supuesta eficiencia (las licitaciones de obras son tediosas o se las hace aparecer como tales) y no está sujeta a otro control más que el del propio gobierno que lo dicta, con lo cual la "impunidad" está garantizada

Las dificultades de control institucional por la transferencia de facultades, mediante esta sustracción legal de las mismas, de un poder a otro; colisiona con el principio de transparencia y control institucional y social que está mandado a llevar por la Constitución Nacional cuando delimita el marco de competencias de los órganos en el diseño de poder.

¹⁰² Gherzi, Carlos A. "Corrupción. Análisis económico, social y jurídico. LA LEY 2010- E-667

¹⁰³ Scabino, Dardo " La era de la desolación. Ética y moral en la Argentina de fin de Siglo" Ed Manantiales, Buenos Aires 1999, pág 23 y sig.

Pero la disfuncionalidad sistémica del ejercicio del poder conforme la constitución no es patrimonio absoluto del Ejecutivo, coadyuva también el irregular funcionamiento del Congreso Nacional que ejerce el control institucional.

3.- La desnaturalización de los llamados fueros. La praxis institucional ha desnaturalizado la protección funcional de los llamados fueros o privilegios parlamentarios y ello alimenta la corrupción y genera sensación de impunidad.

El “fuero” tiene un significado de “jurisdicción o poder” sin embargo en término parlamentario se considera como “competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo.

Spota¹⁰⁴ explica que “... los privilegios y prerrogativas deben garantizar al hombre como unidad que es. Se garante al legislador a través de garantizar al hombre. Esto significa que en una actitud absolutamente real y en función de la necesidad de defender el principio de representación y como consecuencia del mismo, los privilegios y prerrogativas hacen a la soberanía del pueblo desde el punto de vista de su origen y a la vigencia efectiva de la independencia real del legislador.

Este privilegio funcional a los parlamentarios está instituido para garantizar el funcionamiento del sistema fundado en una división de poderes para que no existiese abuso, se respetara el accionar del legislador, y se garantizara la soberanía popular a través de la acción de los representantes del pueblo.

¹⁰⁴ Alberto Antonio Spota: «Privilegios e inmunidades parlamentarias y el estado de derecho» ,*Revista El Derecho*, t.º179, p. 1174

Romero¹⁰⁵ nos enseña que son “garantías de funcionamiento — también denominadas *privilegios*— se han clasificado tradicionalmente en *individuales* y *colectivas*. Las primeras se refieren a los miembros del Congreso en forma personal pero en función del cuerpo que integran; hacen a la dignidad del mandato y su independencia. Las *colectivas* se refieren al Congreso en general o a cada Cámara en particular y hacen al funcionamiento institucional del cuerpo en su conjunto”

Bidart Campos¹⁰⁶ ilustra que ese conjunto de potestades, facultades, prerrogativas propias de la función que desempeñan los representantes del pueblo es una constante en el derecho constitucional del poder comparado “...Y se reputan establecidos en interés del Congreso como órgano, y se alega que tienen como finalidad asegurar la independencia, el funcionamiento y la jerarquía del mismo”.

Se instituyeron en cabeza del órgano y no de las personas que la integran a modo de un derecho subjetivo, un modo de resguardar el funcionamiento de los representantes del poder legislativo cuando ejercen una de las funciones específicas, que además de la de legislar, tienen como ser el control institucional, el político y el social.

El origen histórico y fundamento mismo de estos llamados privilegios parlamentarios tienen pues su fundamento en una razón sistémica; son propios de una división orgánica del poder,

¹⁰⁵ César Enrique Romero: Derecho constitucional (Realidad política y ordenamiento político), tomo II, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1976, p. 216

¹⁰⁶ Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, t.ºIII, Buenos Aires, Ediar, 1997, pág. 75.

como muy bien lo receptara Carmen Fontan¹⁰⁷ cuando abordara el tema en otra oportunidad.

Gelli¹⁰⁸ indica que “ la justificación y legitimidad política de las prerrogativas de los legisladores —en especial, los fueros individuales— están ligadas a la preservación del principio de representatividad e independencia del Poder Legislativo y, en razón de ello, no violan la igualdad consagrada en el artículo 16 de la Ley Suprema.

Lejos estuvo en la intención de quienes instituyeron estos privilegios o inmunidades tratar de buscar irresponsabilidad o impunidad absoluta, sea por sus acciones o dichos; no existió pretensión de lograr nunca inmunidad de opinión ni de arresto de manera total que se tradujera en una suerte de impunidad o irresponsabilidad de acciones.

Calogero Pizzolo¹⁰⁹ se pregunta “¿Qué hacer con los fueros parlamentarios cuando estos permiten a quienes son vinculados a actos de corrupción pública eludir una posible persecución judicial? ¿Cuándo son transformados en refugios, en escudos antiprosesos, permitiendo así consagrar la impunidad? Las respuestas a interrogantes de este tipo debe evitar, ante todo, caer en el terreno propio de la demagogia, cuando analiza el fallo de la Corte Italiana, por lo que resulta menester analizar el instituto a la luz de nuestro sistema constitucional.

¹⁰⁷ Fontan Carmen, “Inmunidades parlamentarias y el Estado Democrático de Derecho” en obra colectiva “El poder legislativo Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación. Compilación de Gentile Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fundación Konrad Adenauer. Pág.393

¹⁰⁸ Gelli, María Angélica: Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 447.

¹⁰⁹ Pizzolo, Calogero “ Entre la inmunidad funcional y la impunidad” LA LEY 2004- C- 322

4.- La recepción en nuestro sistema: la Constitución Nacional recepta dos clases de inmunidades para los diputados y senadores nacionales: la inmunidad de opinión y la inmunidad de arresto. Estas son diferentes, aunque claro está protege la función propia del Poder Legislativo.

Gelli¹¹⁰ nos ilustra enseñando que “...entre los constitucionalistas es habitual la utilización de la expresión inmunidades legislativas o parlamentarias individuales para aludir a las prerrogativas de distinta naturaleza consagradas en los artículos 68 y 69 de la Constitución Nacional.

Como intérprete de la te tesis de la carta magna, la Corte Suprema ha señalado que “...los constituyentes de 1853 legislaron acerca de las inmunidades parlamentarias con el designio de garantizar el libre ejercicio de la función legislativa, así como la integridad de uno de los tres poderes del Estado y aún su existencia misma en cuanto órgano gubernamental creado por la Constitución”, asignando a esta protección un ámbito más amplio que el previsto en la equivalente de la Constitución de los Estados Unidos de América, teniendo en cuenta “razones peculiares a nuestra propia sociabilidad motivos de alta política”. (CSJN, Fallos 54:342).

4.1.- La Inmunidad de opinión: El artículo 68 protege la inmunidad de opinión señalando que “ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.

¹¹⁰ Gelli, María Angélica ob cit pág. 625.

Joaquín V. González¹¹¹ enseña que esta prerrogativa "...consiste en la libertad que tiene para expresar, en el desempeño de sus funciones, sus ideas y juicios, sin temor a ninguna responsabilidad que pueda menoscabar su independencia".

Nuestro Tribunal cimero ha señalado que la inmunidad de opinión es un elemento principal de la forma representativa y republicana de gobierno, toda vez que su finalidad es proteger la existencia misma del parlamento como órgano deliberativo, criterios que los ha mantenido desde el célebre caso "Martín Piñero" de 1863 (Fallos 1:297) y "Martínez Casas" de 1960 (Fallos 248:462), por lo que se le ha dado a este privilegio parlamentario un carácter amplio y absoluto.

Indicó que brinda "... necesaria cobertura a la expresión de las afirmaciones o calificaciones contenidas en los discursos o votos dados por los legisladores en el ejercicio de la representación política que invisten y que antes que un fuero personal, adquiere la condición de una prerrogativa de carácter funcional, que les garantiza el mejor y más libre desempeño de aquella mediación de la voluntad popular (CSJN, Fallos 217:122) cuya finalidad se vincula con el respeto por la integridad de uno de los poderes del Estado (CSJN, Fallos 308:2091).

Para el correcto funcionamiento del instituto creemos que la opinión extraparlamentaria tiene que haberse producido con motivo y en ejercicio de la función que el legislador detenta dentro del recinto, en el debate parlamentario, en discusiones en comisión entre otras, más las opiniones vertidas fuera del recinto están alcanzadas por esta egida constitucional siempre que exista una vinculación funcional entre dichas opiniones y el ejercicio de la función parlamentaria.

¹¹¹ Joaquín V. González (Manual de la Constitución Argentina. A. Estrada y Cia., Buenos Aires, pág. 383

La CSJN hizo extensiva esta protección constitucional a los miembros del Ejecutivo ya que en el caso “Domingo F. Cavallo” (LA LEY 2005-B-63), resolvió que la inmunidad de opinión también protege a los ministros del Poder Ejecutivo “cuando cumplen la obligación de informar y brindar explicaciones al Poder Legislativo de acuerdo con el artículo 71 de dicho ordenamiento y cuando ejerce la facultad discrecional de concurrir a las sesiones del Congreso tomando parte en su debates sin derecho a voto, conforme a lo establecido en el artículo 106” .

En el referido proceso se ha efectuado la atinada distinción conceptual entre indemnidades e inmunidades, al señalar “...que corresponde distinguir, conforme su naturaleza, entre la inmunidad y la indemnidad frente a la ley penal de ciertos funcionarios, pues mientras a través de la primera se impide toda coerción sobre la persona del legislador sin un previo procedimiento a cargo de la respectiva cámara, la segunda, en cambio, opera cuando los actos o ciertos actos de la persona quedan fuera de la responsabilidad penal (considerando 8º del voto disidente del juez Fayt en Fallos 321:2617) o sea que son atípicos” (voto de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco en “Cavallo” fallos 327:4376).

Por ello es que coincidimos con opiniones que claramente analizan con sensible ponderación la finalidad del instituto y el caso concreto; conocer la relación de conexidad, el ámbito o lugar de la opinión, a los efectos del alcance de la indemnidad de opinión parlamentaria; puesto que merece especial atención las opiniones vertidas por los legisladores durante su mandato pero fuera del recinto y desvinculadas de su labor parlamentaria, pues creemos que merecen reproche y sanción, ya que no puede transformarse ello en una licencia para injuriar o calumniar o injuriar o hasta hacer apología de delitos.

Aplicando esta regla descartó la Corte Suprema que las expresiones vertidas por un legislador en el propio domicilio, ante las preguntas que le efectuaran periodistas que lo interrogaban sobre la situación procesal de su hijo imputado en una causa penal, pudieran ser atribuidas al ejercicio del mandato legislativo, quedando excluidas de la protección constitucional (CSJN Fallos 316:1050 "Luque, Arturo Ángel").

Bidart Campos¹¹² señala que "una impunidad total y absoluta, con la que un legislador en ejercicio de su mandato puede injuriar, calumniar, ofender, etcétera, no parece éticamente sostenible. Ni el congreso, ni cada cámara, ni la división de poderes, ni ningún otro principio de independencia funcional, tienen tan alta jerarquía como para suprimir la delictuosidad y el juzgamiento de hechos cometidos por un legislador en "uso y abuso" de su libertad de expresión. Eso no es ya un privilegio, inmunidad o fuero parlamentarios, sino una irritante lesión de la igualdad; una banca legislativa no puede proporcionar vía libre para delinquir. La supuesta indemnidad que excluye la responsabilidad penal no es necesaria para garantizar el funcionamiento del Congreso" así verbigracia no se puede ofender la honra y dignidad tutelada por los artículos 11 y 13.2 a) del P.S.C.R, artículo 17 del P.I. D. C. y P (entre otros Tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal) sin lesionar el principio de igualdad que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional, en función del artículo 75 inciso 22 de nuestro máximo texto legal.

Nuestro Tribunal supremo orientó tal comportamiento cuando señaló que "...las opiniones calumniosas o injuriosas proferidas desde una banca parlamentaria no constituyen delito pero sí pueden comportar "'desorden de conducta en el ejercicio de la función' y son susceptibles de originar sanciones deferidas a la

¹¹² Bidart Campos, Germán. Tratado elemental de derecho constitucional argentino. T. II, Ediar, Buenos Aires 1992, pág. 95)

decisión del cuerpo legislativo (artículo 66 de la Constitución Nacional), en las que debe verse el medio idóneo para contener posibles extralimitaciones en resguardo del decoro de ese cuerpo y para impedir que el honor de los particulares sea impunemente vulnerado" (Fallos: 248:462, considerando 10, reiterado en causa "Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio" (Fallos: 327:138), considerando 14.

4.2.- La inmunidad de arresto: Está contemplada en el artículo 69 de nuestra carta magna donde claramente dispone que "ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva.

Ha sido la misma CSJN¹¹³ quien delineó el concepto de esta prerrogativa constitucional cuando señaló que "...aunque la inmunidad de arresto de los miembros del Congreso es personal, ella tiene por objeto "habilitarles para desempeñar su deberes como tales, y son esenciales a este fin" y es por ésta razón que cuando un miembro del Congreso está ilegalmente arrestado o detenido, es deber de la asamblea adoptar medidas inmediatas y efectivas para obtener su libertad, porque los privilegios de sus miembros son parte de la ley de la tierra, puesto que el gran objeto de la institución de estos privilegios es asegurarles su asistencia a las asambleas legislativas".

Para sortear esta tutela constitucional el artículo 70 prevé el mecanismo del allanamiento de los fueros parlamentarios, es decir, el llamado "desafuero", que debe tener lugar por decisión de dos tercios de cada Cámara al expresar concretamente que "cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias

¹¹³ CSJN Alem fallos t54 432 : 466

contra cualquier senador o diputado, examinando el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en su funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento”.

He aquí el nudo gordiano de la llamada problemática de los privilegios parlamentarios, que motivó distintas opiniones y consideraciones de la doctrina, disímiles criterios jurisprudenciales, y diversas regulaciones adjetivas que transformaron a los llamados privilegios parlamentarios en una egida de proceso, violentando la igualdad ante la ley, trocando lo que era un mecanismo institucional que garantizaba la democracia republicana y representativa en un verdadero fuero personal.

Ello se advertía en la recepción de este instituto por los distintos códigos de procedimientos criminales o penales de la Nación y las Provincias, donde so pretexto de un llamado “obstáculos fundados en privilegios constitucionales” ni siquiera permitían el llamado a indagatoria de un funcionario que por su actividad esté dentro de los alcanzados por tal prerrogativa que protege su función, contradiciendo un paradigmático fallo de la CSJN “Nicasio Oroño” (Fallos 14:223) donde se resolvió que la justicia penal puede iniciar el sumario para averiguar la verdad de los hechos, ya que la inmunidad de arresto sólo le priva de potestad para detener al legislador. En similar sentido de expidió en la causa “Héctor Conte Grand v. Marcelo Zunino”, de 1939, donde la CSJN señaló que la inmunidad de arresto “no se opone[n] a la iniciación de acciones criminales contra un miembro del Honorable Congreso que no tuvieran origen en sus opiniones como legislador” (Fallos 180:360)¹¹⁴.

¹¹⁴ Ver Alberto Aragone y Luis Giménez “La inmunidad de los legisladores frente al proceso penal” LA LEY 2000-E-1149

Si bien la más calificada opinión de la doctrina entendía que la inmunidad de arresto no consagra una suerte de exención de proceso penal, las leyes adjetivas y procedimentales establecían otra cosa.

Colautti¹¹⁵ expresaba con acierto que "... la regla constitucional en ningún caso puede interpretarse como que existe un impedimento para que se sigan los procedimientos que el sistema procesal denomina sumario. Lo único que la constitución prohíbe es que los legisladores puedan ser impedidos de concurrir a las sesiones del Congreso. Es inequívoco que la inmunidad no puede entenderse como un privilegio personal aunque con error el Código Procesal Penal de la Nación (artículo 192) lo califique como "privilegio constitucional".

Algunos códigos provinciales, por una regulación inconstitucional, no permiten que el juez pueda continuar el proceso si no existe la venia del cuerpo que integra el legislador o la autorización de ambas cámaras si se trata de un miembro del poder judicial o del Ejecutivo.

Estas cláusulas contravienen el sistema general de la Constitución dado que establecen privilegios prohibidos, y mediante el bloqueo constitucional se materializa la impunidad. Se viola la igualdad ante la ley, se impide el accionar de la justicia y fundamentalmente, se permite la impunidad con la que se puede encubrir la corrupción.

La clave constitucional – en una sana interpretación- consiste en que los jueces deben continuar las actuaciones hasta el límite que les sea posible y pedir el desafuero sólo cuando la etapa procesal esté tan avanzada que no pueden proseguir sin la comparecencia

¹¹⁵ Colautti, Carlos E, Los límites a los denominados fueros de los legisladores" LA LEY 1996- C- 1420

del legislador –u otro funcionario- acusado y que éste no concurra voluntariamente.

Cualquier regla procesal que coarte la libertad de la justicia y establezca un sistema que pueda ser considerado privilegio, contraría las reglas básicas de nuestro sistema.

5.- Intento de solución por la reglamentación: La llamada Ley de Fueros 25.320, reglamentó el procedimiento de desafuero de legisladores.

Para el caso concreto de la inmunidad de arresto el artículo 1 de la ley 25.320 afirma que “el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión”, sin necesidad de solicitar el desafuero del legislador, excepto cuando éste no concurriere a prestar declaración indagatoria, pero hay quienes afirman que esta cláusula viola el artículo 70 de la Constitución Nacional, que establece que la Cámara respectiva deberá examinar el mérito del sumario en juicio público, suspender en funciones al legislador acusado y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento, en ese orden. Ello significa que el juzgamiento requiere el desafuero previo.

No estamos de acuerdo con esta opinión ya que menoscaba el derecho de la igualdad ante la ley, puede dar lugar a obstrucciones y bloqueos institucionales, y puede ello obstruir la acción de la justicia; o peor aún, violentar los derechos del funcionario sometido a proceso que debe tener derecho a una tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y que la sentencia se dicte en un plazo razonable.

Puede esta situación lesionar también la honra y dignidad del propio funcionario que por una disfuncionalidad sistémica no podría concurrir espontáneamente ante el magistrado judicial a cargo del proceso toda vez que los llamados fueros pertenecen al cuerpo y no son patrimonio del legislador o funcionario.

Por ello es digno de destacar que un notorio avance constituye el hecho que se suprimiera la necesidad del previo desafuero para que un juez pueda procesar a un miembro del Congreso. Termina esto con el irritante privilegio de una inmunidad de proceso transformada por el viejo Código Procesal Penal de la Nación dejando subsistente únicamente las inmunidades de expresión y arresto.

Así se puede seguir un proceso penal hasta su total conclusión como se advierte en la causa criminal seguida contra el Senador Carlos Menem, dispuesta por la Sala I de Cámara de Casación Penal (sobre cuya sentencia se articuló recurso extraordinario federal), donde se puede inferir que la inteligencia en la aplicación de la norma resguarda el mandato constitucional solo impidiendo el arresto o prisión, para lo que es preciso el desafuero.

La norma en cuestión estableció que el desafuero no puede tener lugar por acciones relativas a “opiniones o discursos”, puesto que estas conductas están amparadas por la inmunidad de opinión. El artículo 5º de la ley 25.320 establece que “en el caso del artículo 68 de la Constitución Nacional, se procederá al rechazo in limine de cualquier pedido de desafuero”.

6.- El desafuero: Este es el procedimiento especial que la Cámara, a la que pertenece el legislador, le quita la inmunidad especial y específica a este, ya que la egida constitucional de referencia le corresponde al cuerpo. Más allá de las disposiciones

constitucionales concretas, (artículo 70), el mandato deja librado a algunas interpretaciones reglamentarias, legislativas o incluso vinculadas al caso concreto.

Sagües¹¹⁶ lo ha definido como que "...el desafuero de los legisladores es una medida de índole política (no judicial) que se desenvuelve sobre la base de apreciaciones políticas, actuando la Cámara como juez político. En tal quehacer, se circunscribe a "apreciar la seriedad de la imputación".

Este especial proceso puede ser iniciado por pedido de un juez, en una causa concreta, donde previo al dictamen de la comisión respectiva, el pleno del cuerpo resuelve si despoja o no de la inmunidad, previo informe, participación y descargo del legislador cuestionado.

El artículo 70 de la Constitución Nacional no señala si los 2/3 de la Cámara corresponde a la totalidad de los miembros, a los presentes, o en ejercicio, y cabe concluir que cuando la Constitución quiso establecer mayoría y procedimiento calificado expresamente lo dispuso, tal el caso del artículo 30, sencillamente porque esta cuestión (desafuero) no tiene la misma importancia que la reforma de la constitución.

El procedimiento está regulado por el artículo 2 de la ley 25.320 donde señala que la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara correspondiente, deberá emitir un dictamen en un plazo de 60 días en caso de desafuero. Pero "...la Cámara deberá tratar la causa dentro de los 180 días de ingresada.....". Esto genera dudas ya que "tratar" no es lo mismo que "emitir un dictamen" y ello impediría un pronunciamiento definitivo del desafuero.

¹¹⁶ Sagües, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, tomo N°1, Ed. ASTREA, 1999

Otra cuestión es cuando el legislador ha sido sorprendido “in fraganti” en los términos del artículo 69 de la carta magna, allí la Cámara deberá tratar el tema en sesión dentro de los 10 días si procede el desafuero.

Es decir, que aún en los casos que expresamente prevé la Constitución, la detención y la permanencia en tal calidad, está supeditada a la decisión soberana del cuerpo, aunque pueda seguir la causa judicial según su estado.

Se puede interpretar pues en el artículo 5 a contrario sensu, que únicamente reglamenta e interpreta lo atinente a la inmunidad de arresto, habida cuenta que en el caso contemplado por el artículo 68 de la Constitución Nacional se procederá al rechazo in limine de cualquier pedido de desafuero, habida cuenta que éste constituye una decisión política del cuerpo legislativo no sujeto a control judicial.

La regulación legal reafirma la independencia del Poder Legislativo y tiende a evitar cualquier tipo de coacción contra el legislador que pueda entorpecer su función. La Cámara al examinar el mérito del sumario puede llegar a negar el desafuero si observa injusticia en la acusación, ya que se pretende evitar que con motivos políticos se provoquen persecuciones o ataques, acusando al legislador injustificadamente, para evitar que cumpla acabadamente con su mandato.

Si el comportamiento del miembro del parlamento es lesivo, deshonesto, éticamente reprochable o moralmente insostenible, puede este ser separado del cuerpo. Es que el desafuero procede siempre por pedido de un juez.

Debe analizarse que el desafuero es distinto a la destitución y en este sentido muy bien nos enseña Ekmedkjian¹¹⁷ que "...Si bien el artículo 70 de la Constitución Nacional establece que el legislador desaforado queda suspendido en sus funciones, pensamos que esta medida no es una sanción contra el legislador, como sí lo es la expulsión que se refiere el artículo 66. Si la sentencia fuera absolutoria, el legislador debe recuperar sus fueros y sus funciones desde el momento mismo de la comunicación a la Cámara respectiva". El desafuero es pues suspensión del legislador por una causa concreta, que superada esta, puede volver a integrar el cuerpo, no se cubre la vacante que deja, salvo que medie ulterior destitución.

El artículo 6 de la citada ley 25.320 deroga los artículos 189, 190, 191 del vetusto Código Procesal Penal de la Nación.

También es distinta la situación si el legislador tiene un proceso anterior al acto de postulación, elección e incorporación al cuerpo. Allí proceden los poderes implícitos del Cuerpo (cámara) como juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a la validez, lo que ha permitido la clara reflexión de Bidart Campos¹¹⁸, analizando la situación que "...si al tiempo de la elección de un legislador ya está en curso un proceso penal por un presunto delito cometido antes, la cámara no debería incorporarlo porque ella, como juez de la elección (artículo 64 C. N.), habría de estimar que no reúne la condición de idoneidad del artículo 16 de nuestra ley fundamental. Además, si el legislador ya estuviera privado de su libertad, la solución sería la misma. En cambio, si por un delito anterior a la elección el legislador recién es sometido

¹¹⁷ Miguel A. Ekmedkjian en "Manual de la Constitución Argentina", Edit. Depalma pág. 371

¹¹⁸ Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" T II, pág. 122 Ed Ediar 1995

a proceso penal después, debe aplicarse la inmunidad de arresto y el mecanismo del desafuero" (artículo 70 C. N.).

Es que si el artículo 64 (ex 56) otorga a las Cámaras el poder disciplinario para remover a sus miembros por inhabilidad física o moral "sobreviniente" a su incorporación, fluye de la norma que si similar inhabilidad es "anterior" a su incorporación (y la Cámara lo conoce) el legislador electo no debe ser incorporado".

7.- La ley 25.320 y las legislaciones provinciales: Muchos autores han creído ver que por la forma de redacción y sintaxis del artículo 1 de la referida ley 25.320 era aplicable a las provincias y por ende avasallaba las autonomías provinciales vulnerando los artículos 5, 121, concordantes y siguientes de la Constitución Nacional, pero que debía ser aplicable en las mismas por imperio del artículo 31 del mismo cuerpo legal.

Cuando el artículo 1 en cuestión refiere a jueces provinciales o de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que está garantizando es que no existirán óbices procesales, cuestiones de competencia como ropaje formal detrás de las que se escuden legisladores remisos o renuentes a comparecer ante la justicia sea del fuero federal o provincial por delitos comunes, creemos, no se diseñó esta norma para que sea aplicable a todas las provincias.

No es aplicable por el mandato establecido en los referidos artículos 5 y 121, concordantes y siguientes, donde se reconoce a las provincias su autonomía, esto es: dictan su propia constitución, bajo el sistema representativo, republicano de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías; y por ello conservan todo el poder no delegado por ellas al gobierno federal.

Ahora bien, se puede cuestionar la sintaxis de la norma, la forma de redacción pero dos cosas no se pueden omitir: primero

que ha servido para zanjar la vieja disputa entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal y por ende, que ha hecho prevalecer la doctrina de la CSJN en la materia, y 2º, que esta norma está diseñada para el gobierno federal ya que expresamente los artículos 2 y siguientes mencionan expresamente el gobierno federal, y en particular el artículo 6 deroga normas del código procesal penal.

Este avance no es óbice para estimular a las provincias a abrazar el propósito de la ley 25.320, modernizar sus procesos constitucionales o los códigos de procedimientos en materia penal, en el marco de su autonomía; de lo contrario se menoscaban la forma de gobierno republicana.

Así las cosas muchos códigos procesales penales de las provincias, mantienen un sistema mixto, vetusto y anacrónico, aun conservan estos nichos de privilegios irritantes incompatibles con un diseño democrático y republicano, similar a los derogados por los artículos 189, 190,191 del C.P.P.de la Nación (ley 23.984).

8.- El juicio político: este mecanismo de control de la responsabilidad política pocas veces utilizado y con nula aplicación práctica en casos de corrupción debe analizarse desde el prisma constitucional.

Bidart Campos lo define como “el procedimiento de destitución previsto para que los funcionarios pasibles de él no continúen en el desempeño de sus cargos”, es que solo tiene por objeto separar del cargo a la persona acusada en el singular procedimiento que se inicia ante la Cámara de Diputados de la Nación y necesita los 2/3 de sus miembros para acusar (artículo 53 Constitución Nacional) ante el Senado de la Nación, quien para destituir necesita el

concurso de los 2/3 partes del cuerpo (artículo 59 Constitución Nacional).

Las causales para su procedencia, son mal desempeño, delitos comunes, y delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, y más allá de la amplitud de su admisibilidad, revisando toda la historia institucional de nuestro país se advertirá la poca o nula aplicación de este instituto; no porque faltaran causales o fuesen incluso motivos de escándalo algunas actuaciones públicas, sino porque las mayorías gravosas que impone el texto constitucional se utilizan como bloqueo institucional. Lo legal impide lo legítimo.

Así las cosas, las mayorías que impone el texto constitucional permiten situaciones impensadas y no queridas por el constituyente, tal como la protección al funcionario implicado, un espíritu de cuerpo desvirtuado e impropio de la función pública de matriz republicana, cuando no solapados encubrimientos y complicidades indisimulables.

Es tal la disfunción del juicio político que llama la atención que solo haya procedido, en casos reconocidos, en dos ocasiones, e impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional, contra ministros de la Corte Suprema de la Nación del país, lo que demuestra que las herramientas de contralor institucional solo se aplican a quien debe ser el último control de legalidad y constitucional del país.

Casos rayanos en el bochorno y la consternación más absoluta nunca siquiera se ensayó un intento de utilización del juicio político contra el Poder Ejecutivo y sus ministros, máxime en la década de los años 90 lo que ha permitido a la literatura política sintetizar el modelo como de "robo para la corona", que a juicio de su autor¹¹⁹, " a medida que se asciende en la pirámide burocrática,

¹¹⁹ Ver Horacio Verbitsky "Robo para la corona..."Ed. Planeta, 1991, Argentina. Allí un meduloso y profundo análisis de los casos más antológicos de corrupción

las instancias superiores no solo tienen la responsabilidad formal por los actos de sus subordinados, sino que los propios delitos serían imposible sin su protección”.

Sobran casos y faltan ejemplos. Es que la llamada clase política tuvo poco, escaso o nulo interés en tener un poder judicial independiente donde la C.S.J.N como cabeza del poder judicial ejerciera plenamente su función, lo que ha llevado a señalar con acierto por Kapiszewski¹²⁰ “que nadie ha estudiado en forma sistemática ni generado resultados empíricos a como la defensa (o la falta de defensa) de los tribunales superiores de los límites al poder del Estado establecidos en la constituciones afecta la calidad y estabilidad de las constituciones” tampoco ha sido de interés de la clase política, salvo honrosas excepciones, respetar el cometido del más alto tribunal del país.

Reiteramos que sólo la Corte Suprema ha sido objeto de juicios políticos, tal el caso de 1947 como en 2003, este último fundado en hechos notorios de dependencia funcional al Poder Ejecutivo de la llamada década de los 90 la que anteriormente en profusa literatura jurídica y política cuestionaron ácidamente llamándola “la corte de los milagros”¹²¹ dada su capacidad para justificar cualquier requerimiento del Ejecutivo.

Sin perjuicio de ello, es preciso apuntar que la reforma de la constitución en 1994 al incorporar en los artículos 114, 115 y siguientes el Consejo de Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento para seleccionar y separar a jueces de instancias inferiores fue un

y sus protagonistas en la década del 90 fueron detallados de manera descarnada sin que hasta el momento exista sanción efectiva a los protagonistas de aquellos luctuosos actos.”

¹²⁰ Kapiszewski Diana” La corte suprema y la política constitucional en la Argentina post Menem” Revista Jurídica de la Universidad de Palermo N 7 julio del 2006.

¹²¹ Ver Verbitsky Horacio “Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control” Ed. Planeta 1993.

buen comienzo como una clave de bóveda para ingresar a transitar el camino de una justicia más independiente.

Conspira contra este propósito la inocultable lucha de poder en el ámbito del consejo de la magistratura, a lo que se suma la factura de leyes que tienden a “desconstitucionalizar” el instituto lo que felizmente impidió la CSJN llegue al grado extremo en la causa “Rizzo” declarando inconstitucional la ley 26.855., sin perjuicio de otras leyes que modificaron el instituto, tal la 26.080, verdadera desconstitucionalización del instituto que le hizo perder su esencia originaria.

Gelli¹²² aborda ambas situaciones con singular erudición y motiva la reflexión de que “(...) en ocasiones, el poder político tiene para aceptar el arbitraje constitucional que en última instancia ejerce la Corte Suprema. En el caso “Rizzo” el Tribunal lo ejerció sin atajos y, con ello puso en evidencia que en la república – el bello nombre que tiene nuestro país- hay límites y que está dispuesto a señalarlos con firmeza¹²³.

9.- Los órganos de contralor y extra poder. El defensor del pueblo, la auditoría general de la nación, el ministerio público, entre otros avances institucionales receptados por la reforma constitucional de 1994 fueron concebidos con el propósito de garantizar efectivamente nuevos controles lo que en la arquitectura y factura institucional está mandado a llevar adelante para consagrar la ansiada calidad institucional.

¹²² Gelli, María Angélica -*El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda*- La Ley. Buenos Aires, 3 febrero de 2006. La Ley 2006 –A

¹²³ Gelli, María Angélica *Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial* LA LEY diario del 26/6/2013.

La praxis institucional en la aplicación de los mismos desbarata aquel propósito, ya que la Auditoría General de la Nación sufre menoscabo en sus funciones cuando no retracción en informaciones útiles para el ejercicio de su cargo, a modo de señalar algunos ligeros señalamientos de cuestiones que obstan al normal funcionamiento del instituto.

El artículo 85 de la C.N. regulado por la ley 24.156 hace que este organismo reemplace al viejo tribunal de cuentas de la Nación y tiene fundamental incidencia sobre la administración pública nacional, siendo un órgano técnico, con autonomía funcional, asistiendo al Poder legislativo como contralor político ya que este expresa en plenitud la soberanía popular, aunque no sea parte de este.

El Ministerio Público es objeto de una “colonización “absurda en procura de defensas de las políticas del Poder ejecutivo y le hace perder la finalidad trazada por el artículo 120 de la Constitución Nacional y la propia ley orgánica del instituto, 24.946, en su actual conducción.

Mejorar la praxis institucional, dando el ejemplo en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, será el mayor aporte que se pueda brindar a la ciudadanía, ávida de conductas ejemplares. Lo contrario contribuye a la anomia colectiva.

El diseño constitucional y el funcionamiento institucional es el primer paso del control obligado por el estado en el cumplimiento de sus obligaciones y la lucha contra la corrupción, se apoya en una legislación punitiva que inexorablemente debe dar sustento a su accionar.

10.- Los organismos específicos: Oficina Anticorrupción Esta ha sido creada por la Ley 25.233 de Ministerios. Su máxima autoridad es un fiscal de Control Administrativo, con rango de secretario, secundado por dos directores con rango de subsecretario, uno de Investigaciones y el otro de Planificación de Políticas de Transparencia. Son designados y removidos por el presidente de la Nación, a propuesta del ministro de Justicia y Derechos Humanos. El decreto N° 102/99 ha reglamentado las funciones y la estructura de la Oficina. En el artículo 1 del decreto mencionado, se establece que la Oficina Anticorrupción es el organismo encargado de velar por la prevención e investigación de aquellas conductas que se consideren comprendidas en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Las funciones de este organismo son fijadas por el artículo 2 del decreto, y entre ellas merecen ser destacadas las siguientes: Recibir denuncias que hicieran particulares o agentes públicos que se relacionen con su objeto. Investigar preliminarmente a los agentes a los que se atribuya la comisión de alguno de los hechos indicados en el inciso anterior. En todos los supuestos, las investigaciones se realizarán por el solo impulso de la Oficina y sin necesidad de que otra autoridad estatal lo disponga. Denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos. Constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado. Llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes públicos. Evaluar y controlar el contenido de las declaraciones juradas de los agentes públicos y las situaciones que pudieran constituir enriquecimiento ilícito o incompatibilidad en el ejercicio de la función. Elaborar programas de prevención de la corrupción y de promoción de la transparencia en la gestión pública.

La Oficina se encuentra integrada por la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia y por la Dirección de Investigaciones (artículo 9 del Dec. 102/99). La Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia es la responsable de la elaboración de políticas estatales contra la corrupción en el sector público. Se encarga de sugerir indicadores de significación institucional, social o económica, a fin de seleccionar casos o áreas en los que la Oficina focalizará su acción.

La Dirección de Investigaciones se encarga de impulsar las investigaciones con respecto al comportamiento de los agentes públicos, según los términos de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Las acciones de la Oficina Anticorrupción se basan en el principio de oportunidad, a partir de criterios de significación institucional, social y económica.

Fiscalía de Investigaciones Administrativas: forma parte del Ministerio Público Fiscal y, como tal, depende de la Procuración General de la Nación. Parte de sus facultades son concurrentes a las de la Oficina Anticorrupción, ya que así lo dispone la propia Ley de Ministerios. El artículo 45 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece las facultades de esta Fiscalía, entre las que merecen remarcarse: Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en el que el Estado tenga participación. Efectuar investigaciones en instituciones o asociaciones que tengan como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos. Denunciar ante la justicia los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delito.

La Fiscalía de Investigaciones Administrativas depende del Ministerio Público Fiscal, mientras que la Oficina Anticorrupción se encuentra en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, la actuación del Ministerio Público resulta obligatoria ante la posible comisión de delitos de acción pública, mientras que la intervención de la Oficina Anticorrupción se limita a los casos que el fiscal de Control Administrativo considere de significación institucional, económica o social. Por último, debe añadirse que el Ministerio Público debe velar por la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, interés que no se identifica plenamente con la defensa del patrimonio público, tarea que en sede judicial es ejercida por la Oficina Anticorrupción cuando se relaciona con la investigación de aquellas conductas que los Estados han definido como "actos de corrupción", en el marco de la CICC.

La Unidad de Información Financiera La Ley 25.246 de Lavado de activos de origen delictivo (B.O.10-5-2000) ha creado la Unidad de Información Financiera (UIF), que funciona con autarquía funcional en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Este organismo se dedica al análisis, tratamiento y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de –entre otros– los delitos de “fraude en perjuicio de la administración pública”, “cohecho y tráfico de influencias”, “malversación de caudales públicos”, “exacciones ilegales” y “enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados” (artículo 6° de la Ley 25.246). A fin de cumplir tal tarea, la UIF está facultada para recibir, solicitar y archivar las informaciones que le brinden las personas físicas y jurídicas a las que la ley mencionada les ha impuesto el deber de informar la existencia de algún hecho u operación sospechosa de consistir en una maniobra de lavado de dinero de origen delictivo.

A partir de ello, podrá disponer el análisis de los actos, actividades y operaciones sospechosas, y poner los elementos de convicción obtenidos a disposición del Ministerio Público, para el ejercicio de las acciones correspondientes. También, se le ha atribuido la facultad de colaborar con los órganos judiciales y del Ministerio Público en la persecución penal de los delitos reprimidos por la ley analizada (artículo 13 de la Ley 25.246). Es válido destacar cómo se ha establecido una coordinación entre la UIF y el Ministerio Público Fiscal a fin de lograr mejores resultados en la prevención y detección de operaciones de legitimación de activos. Así, se ha dispuesto que cuando en el curso de una investigación de alguna actividad informada como sospechosa existan indicios serios y graves de que se está ante una operación de lavado de dinero, la UIF podrá solicitar al Ministerio Público Fiscal que requiera al juez competente la suspensión de la ejecución del acto (artículo 14 inciso 5° de la Ley 25.246). También está facultada para requerir al Ministerio Público que solicite al juez competente el allanamiento de lugares públicos o privados, la requisita personal y el secuestro de documentación o elementos que puedan resultar útiles en una investigación, mientras que también se le permite petitionar al órgano que arbitre todos los medios legales necesarios para la obtención de información de cualquier fuente u origen (artículo 14 inciso 6 de la Ley 25.246).

Sindicatura General de la Nación: fue creada por la Ley 24.156. Es una entidad con autarquía administrativa y financiera que actúa como organismo de control interno del Poder Ejecutivo Nacional, del cual depende. Su titular es designado por el Poder Ejecutivo Nacional y depende directamente del Presidente de la Nación. Su actividad principal consiste en realizar auditorías internas, es decir, un examen a posteriori de las actividades financieras y administrativas de las entidades dependientes del Poder Ejecutivo, los organismos descentralizados y sociedades del Estado.

El modelo de control que utiliza abarca los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, y se funda en criterios de economía y eficiencia. La Sindicatura debe supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno, facilitando el desarrollo de las actividades de la Auditoría General de la Nación.

En conclusión: si no existe ejemplaridad de conductas, instituciones fuertes y control efectivo, no será eficaz la lucha contra la corrupción.

CAPÍTULO VI

El Combate a la Corrupción desde el Ámbito Punitivo del Estado

1.- Los distintos tipos penales y la dificultad de la sanción: Cualquier observador medianamente informado nos dirá, con razón, que el solo hecho de establecer una sanción punitiva preventivamente establecida para conductas reprochables no impide la comisión de las mismas. Máxime cuando este tipo de conductas se elabora y realiza con sigilo, en las penumbras del estado y con la complicidad y hasta encubrimiento de algunos actores estatales.

No solo es necesario entonces establecer un adecuado sistema de normas penales sino también una política criminal efectiva que tienda a erradicar la corrupción combatiendo efectivamente la punición de las conductas reprochables para evitar la impunidad. Es parte del preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Bobbio¹²⁴ nos enseñaba que "el problema más grave de nuestro tiempo respecto de los derechos humanos no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos. El problema de fundamentarlos es ineludible pero no es el más acuciante. El más urgente y prioritario es el de las garantías para su protección y tutela". La reprochabilidad penal de estas conductas es el comienzo de protección.

Pueden existir en una sociedad, corruptos porque existirán corruptores; lo que no debe tolerar en la sociedad democrática es impunidad. Para ello es imprescindible un sistema jurídico y organización judicial para la sanción.

¹²⁴ Bobbio, Norberto, "El tiempo de los derechos" Ob. Cit , pág. 16.

Es necesario claras determinaciones penales para sancionar conductas y más efectivas decisiones del aparato estatal para cumplir con el cometido y, con ello, tener reglas de juego claras y ejemplaridad en las acciones. Así se preserva no solo el sistema institucional, sino también se garantizan otros derechos humanos.

Es preciso mencionar que algunas figuras jurídicas sufrieron tenues, pero saludables modificaciones, las que se dieron dentro de un contexto internacional y nacional que sobrevino a posteriori de la celebración de la Convención Interamericana contra la Corrupción, realizada el 29 de marzo de 1996 en Caracas, Venezuela, que fue aprobada por nuestro país mediante la ley 24.759, y entró en vigencia -según lo estipulado por el art. XXV de la C.I.C.C. - el 7 de noviembre de 1997.

En dicho instrumento, los Estados Partes se comprometen a combatir la corrupción en todas sus formas, realizando los esfuerzos que resulten necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones pública.

Como refiere D'Alessio¹²⁵ “se califican como actos de corrupción una serie de conductas que, en su gran mayoría, se encuentran tipificadas en nuestro ordenamiento legal vigente, sobre todo desde la sanción de la ley 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública.

Paradójicamente surgieron reformas en un momento institucional donde se dieron cambios en el máximo tribunal del país, y si bien fue un procedimiento legal y constitucionalmente permitido no pocos autores advirtieron en ello un caso de larvada

¹²⁵ D'Alessio Andrés, J. (director) Código Penal Comentado y concordado. Ed La Ley T. II, Bs.As. 2011, pág 821

corrupción política. Nuevas normas alumbraron con inadecuado marco institucional en el poder judicial.

Jorge F Malem Seña¹²⁶ entendió que “los jueces aceptaron debilitar los criterios de control político violando los deberes inherentes a su cargo, lo que denota poco – o nulo- respeto hacia las reglas de la democracia por parte de quienes participaron en esos acuerdos, La falta de control estricto de las actividades del ejecutivo por parte de las más altas instancias del poder judicial en la Argentina, y su abierta complicidad en algunas causas, produjo que en la década de 1990 se llevaran a cabo procesos de privatizaciones irregulares que tuvieron un fuerte impacto negativo desde el punto de vista económico, político, social y jurídico”.

Las normas tienen que tener el efecto impeditivo de la comisión del acto ilícito, ora por la imposibilidad material, ora por el efecto intimidatorio o disuasivo que causa; pero también debe el funcionario público que cometió el delito reparar el daño y restituir lo obtenido de manera ilícita por corrupción del patrimonio del Estado. Se debe aplicar con firmeza el artículo 29 del Código Penal. No sirve de mucho la represión de la conducta cuando el daño se produjo.

Además de lo expuesto en el capítulo anterior, hay otros delitos concretos que obstruyen el normal desenvolvimiento de la administración pública y concretamente afectan de modo directo al servicio público. Pasamos al análisis.

2.- El delito de enriquecimiento ilícito: El delito que más puede evidenciar la corrupción enquistada en el Estado y la acción delictual de los funcionarios públicos es sin dudas el previsto y

¹²⁶ Jorge F. Malen Seña “La corrupción. Ob. Cit Pág. 166

establecido en el artículo 268 (2) que vio la luz por medio de la ley 16.648 (publicada en el B.O del 18/11/1964), este establecía que “será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto”.

Esta tipificación delictual que fue promovida por Sebastián Soler. Es uno de los delitos considerados de omisión que se consuma con el deber de informar sobre la evolución de su patrimonio, que es una obligación que surge del cargo o empleo público que ostenta la persona involucrada.

La discusión sobre la concepción de esta norma no fue pacífica en aquella época y aun cuenta con detractores. Ello motivó una nueva redacción de la norma penal.

Es que nuestro sistema la norma punitiva tiene la finalidad de proteger – como bien jurídico tutelado- en esa parte del catálogo punitivo, (título XI C. Penal) la regularidad de la función pública en el sentido más lato posible. Dicha función pública comprende entonces el encargo, una delegación del Estado en la persona de su funcionario, que tiene repercusión externa a la órbita administrativa, ya que expresa la voluntad del Estado frente a los administrados y sobre ellos en el marco más amplio de funciones, servicios o actividades que se realicen como función de autoridad para imponer la voluntad estatal.

En el derecho administrativo se divide la actividad que se presta desde el Estado a los ciudadanos como mandantes, los

funcionarios y el empleado público; desde el punto de vista penal esta división es inoficiosa para custodiar el bien jurídico tutelado mencionado anteriormente, a fin de proteger el regular funcionamiento de la administración pública; siendo notoria la dimensión del artículo 77 del Código Penal a todo “aquel que participa accidental o permanentemente en el ejercicio de funciones públicas”.

Funcionario público es, en consecuencia, todo aquel que desempeña funciones en un organismo, ya sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial. Se busca la protección de la regularidad de esta función.

Rimondi¹²⁷ considera, con acierto, que más allá de la prácticamente nula aplicación práctica de esta figura delictiva, la ley de ética de la función pública- 25.188- introdujo algunas reformas al artículo citado por críticas doctrinarias y de conformidad al mandato de la mencionada convención interamericana contra la corrupción el que quedó redactado de la siguiente manera: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justifique la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de una persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas, o extinguido obligaciones que lo afectaban...”

¹²⁷ Rimondi, Jorge Luis “Calificación legal de los Actos de Corrupción en la Administración Pública” Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 277.

Así, el precepto fue objetado por distinguidos pensadores¹²⁸ que advirtieron en él una inversión de la carga de la prueba, lo que lo tornaría violatorio de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, puesto que obligaría al imputado a probar el origen legal de su enriquecimiento patrimonial desmesurado. De este modo, se estaría partiendo de una presunción de culpabilidad.

En cuanto a la estructura típica se señala que el artículo no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, pues sería este un delito "de sospecha" donde habría un antejuicio al juicio propiamente dicho, ya que el tipo penal se integra recién con el requerimiento que se formula hacia el empleado enriquecido; y que desconoce el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* entendido como la prohibición de declarar contra sí mismo, en razón de que se exige en cabeza del inculpado declarar, por ejemplo, que ha cometido un ilícito para lograr el aumento patrimonial, lo cual entraría en colisión con aquel axioma; basamentos estos que emanan de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y que se encuentran recibidos por los artículos 8.2 y 9 del Pacto de San José de Costa Rica, con jerarquía constitucional.

En el mismo sentido se apunta que la tipificación de dicha conducta se encuentra en franca contradicción con el artículo 26 de la D.A.D.H, el artículo 11 de la D.U.D.H y el artículo 14.2 del P.I.D.C.y P. que hacen a la presunción de inocencia y el 14.3.g. del P.I.D.C y P y el 8.2 del PSCR.

¹²⁸ Donna, Edgardo Alberto, en su tratado *Derecho Penal, Parte especial*, vol. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000; Sancinetti, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito del funcionario público – art. 282, 2, Cod. Penal-*. Ed. Had Hoc, Bs. As., 1994. Chiapini, Julio *El delito de no justificación de enriquecimiento – art. 282 (2) del C.P.*, La Ley 1986, C, 851.

Se objeta que no se describe con precisión la conducta punible, y que ello tiende a sortear las dificultades para prevenir y punir otros delitos de corrupción.

Es que, desde esta óptica si se considera al delito como de omisión, es decir si se afirma que el verbo típico es el de "no justificar" el incremento patrimonial frente al requerimiento que a tales fines se practique, se vería avasallado el principio de culpabilidad, pues ante una mera desobediencia, se aplicaría una pena desproporcionada.

La persona u órgano que debe efectuar el requerimiento de justificación también es motivo de controversias, ya que se supone que si lo hace un órgano administrativo éste carece de facultades jurisdiccionales, y si se lo acepta, se entiende que asume facultades propias del Ministerio Público, único ente que, por imperio del artículo 120 de la Constitución Nacional es el titular de la acción penal.

González Campaña¹²⁹ precisó con acierto que "(...) *La primera de las acusaciones es fácilmente desechable, ya que al no contar dicho órgano con imperium, no reemplaza ni desplaza a la autoridad judicial, ni juzga o resuelve situación jurídica alguna: sólo investiga. Por lo tanto, la garantía fundamental que exige de existencia de un tribunal competente, independiente e imparcial, no se ve afectada por la implementación de estos organismos.*

La segunda de las críticas aparece, prima facie, más difícil de resolver. Nosotros creemos que no avasalla facultades propias del órgano fiscal, ya que cada uno, desde su posición, ejerce funciones propias. En el caso de la Oficina Anticorrupción, desde adentro de la Administración, y en el caso del Ministerio Público, desde fuera de él. La OA está legitimada para formular denuncias ante los tribunales de justicia, y serán los fiscales los

¹²⁹ González Campaña "Corrupción y Derechos Humanos" UNLP 2005-36, 342

encargados de llevar adelante la investigación y acusación del hecho, si corresponde (...)"

Desde otra perspectiva, gran parte de la jurisprudencia como de los autores, considera, con diversidad de fundamentos, que la figura en cuestión no transgrede los principios constitucionales ni los axiomas que informan al derecho punitivo ya que tutelan un bien jurídico específico y requiere un sujeto especial que asume el cargo y función con plena conciencia de las obligaciones de los mismos.

Es que la comisión por omisión consiste en la capacidad de hecho de la conducta pretendida por la norma, al incumplir, se perpetra el delito. Al no poder justificar lícita y legítimamente el incremento patrimonial, se debe a una causa ilegítima.

El bien jurídico tutelado por la ley, en el caso específico es la probidad de los funcionarios públicos, como lo explican De Luca y López Casariego¹³⁰, conforme el artículo 2 inc. b) de la ley 25.188. Ello obliga a la rectitud de la conducta del funcionario público.

El concepto del incremento patrimonial "injustificado" fue motivo de distintas consideraciones jurisprudenciales, ya que debía concebirse "en el sentido de no tener origen en una fuente legítimamente compatible con el desempeño del cargo o el empleo de que se trate", de donde "esta injustificación... no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación -en base a la pruebas colectadas en el juicio- de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en síntesis, la que se sigue de verificar que "ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con

¹³⁰ De Lucca, Javier y López Casariego, Julio E "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional" La Ley 2000-A- pág.249.

evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada”.

En tanto se ha considerado también que *“el delito no se consuma cuando el funcionario no justifica tras el requerimiento, sino cuando se enriquece de manera apreciable y objetivamente en relación con sus ingresos legítimos”, toda vez que una inteligencia inversa propinaría insubsanable lesión al principio de legalidad.*

También se ha dicho que “considerar que el delito de enriquecimiento ilícito se perfecciona sólo con la omisión de justificar el incremento patrimonial, importaría tergiversar los principios de inocencia, carga de la prueba y no valoración del silencio en contra del imputado, pues evidentemente, esa estructura supone poner en cabeza del acusado la prueba de su inocencia, es decir, de la juridicidad de la conducta, relevando al Estado de su deber de probar la culpabilidad.

El enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, artículo 268, inciso 2º, C.P., no viola ningún derecho protegido constitucionalmente, pues la acción no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento.

Creus señala que *“la protección penal se extiende, pues, tanto en las funciones administrativas propiamente dichas, como sobre otras funciones del Estado. Administración pública es el gobierno del estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de esos poderes o que el Estado atrajo a su esfera, por razones prácticas y en orden a finalidades públicas...”*¹³¹

¹³¹ Creus, Carlos. Delitos contra la Administración. Ed. Astrea. Bs.As. Año 1981. Pág. 4

3.- El cohecho: La acción típica: consiste en recibir dinero, o dádivas, o promesas y requiere la existencia de otra persona (co-delincuencia necesaria). Este delito sólo se perfecciona si existe por parte de otra persona la propuesta u ofrecimiento; o la entrega de algo a cambio de que el funcionario conforme un acuerdo venal con esa persona que decide pagarle, darle o prometerle.

Por dádiva debe entenderse “toda cosa que se da graciosamente” y debe tener la entidad suficiente para ser considerada económicamente valiosa, una cosa de valor, la liberación de una carga o todo aquello que signifique mejora patrimonial para el funcionario”, como lo ejemplifica Soler.¹³²

El pago, la dádiva o la promesa debe ser para que se materialice el dictado del acto u omisión, y como consecuencia de un pacto anterior al mismo y como condicionante de la conducta futura del funcionario infiel.

Este delito admite sólo un dolo directo, y requiere ese “animus” para su configuración. D’Alessio¹³³ señala “(...) se exige que el autor reciba el dinero o la dádiva, o acepte la promesa, con el fin de emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asunto sometido a su competencia; ello implica que debe tratarse de una cuestión que esté sometida al conocimiento del agente, aunque no sea estrictamente competente (...).

4.- Cohecho del juez: el artículo 257 del Código Penal expresamente dispone: “Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el

¹³² Soler, Sebastián “Tratado de Derecho Penal” T. V Ed. T.E.A. Buenos Aires, 1973, pág. 162.

¹³³ D’Alessio Andrés, J. (director) Código Penal Comentado y concordado. Ed. La Ley T. II, Bs. As. 2011, pág. 829

magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”.

El bien jurídico tutelado, en la especie, es la normal prestación del servicio de justicia, y configura al decir de Núñez¹³⁴ la más “grave y repugnante de las corrupciones administrativas “. Agregó, sin dudas se circunscribe también en los llamados delitos de corrupción, que en este caso afectan el sistema mismo.

Es que este delito especial impropio, es calificado justamente por la calidad del agente, y únicamente puede ser su autor un magistrado del poder judicial o del ministerio público, lo que fuera agregado por la reforma introducida por la ley 25.188 (ley de ética pública).

Es que el juez, sin distinción de cargos o categorías, o el funcionario del ministerio público tienen la augusta tarea de impartir la ley; o ser titular de la acción penal. El Ministerio Público está compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, por lo cual podrá ser sujeto activo el Procurador General, el Defensor General, y todos los demás fiscales y defensores oficiales o de pobres, cualquiera sea la denominación que utilicen en las distintas provincias.

La actividad consiste en emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen en asuntos de su competencia.

¹³⁴ Núñez Ricardo “Tratado de Derecho Penal”, Ed. Marcos Lerner. t. VII pág. 101.

Creus¹³⁵ afirma que la ley, al hablar de dictar, se refiere al pronunciamiento de la resolución o fallo en la forma requerida por ella, de modo que el acto jurisdiccional resulte válido, no valiendo para subsumir en la figura penal otras hipótesis.

En cuanto a la demora del acto jurisdiccional o de la acción u omisión pretendida, ella deberá valorarse desde el momento en que el juez o magistrado del Ministerio Público estén en situación de emitir el fallo o dictamen.

Lo punible, acota Creus,¹³⁶ es el acuerdo venal con relación a los objetos enunciados que son las resoluciones, fallos o dictámenes que impliquen decisiones con respecto a la causa, independientemente de si los mismos resultan o no ajustados a derecho.

Las resoluciones comprenden no sólo los autos que resuelven incidencias, sino también los decretos de trámite, pues ellos también importan decisiones jurisdiccionales.

Fallo es la sentencia, es decir aquella decisión que pone fin a la contienda, esté o no firme. Dictamen es el informe, oral o escrito, emitido por el funcionario, sobre un asunto sometido a su consideración. Incluye -por supuesto-los requerimientos, informes, alegatos y demás exposiciones que deben efectuar los fiscales y defensores durante el trámite de una causa.

La consumación del delito: este delito se perfecciona y concreta cuando el funcionario público concreta el pacto, sea mediante la recepción del dinero o especie en forma de dádiva, o la promesa que se le efectúa para que haga o deje de cumplir la obligación a su cargo descripta en el tipo penal.

¹³⁵ Creus, Carlos" ob. Cit pág.290

¹³⁶ Creus, Carlos ob cit.pág 291.

Al respecto ilustra una jurisprudencia que "Lo que caracteriza al cohecho (artículo 256, Código Penal) es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el delito. Y no es sino la aceptación del deleznable trato por parte del funcionario tentado, la que surte efectos consumativos"¹³⁷. También se señaló que el acuerdo puede ser explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el juez o funcionario, según el caso.

El acto se consuma con esas posibilidades de distintas acciones y a menudo vemos como jueces claramente incompetentes en razón del lugar, materia o personas dictan una medida cautelar y luego de dictada esta, rápidamente, se desprenden de su competencia aunque manteniendo la medida precautoria, la que a todas luces le impedía conocer "ab initio" en la causa.

Entendemos que cuando la ley expresa "a su competencia" no quiere decir que la misma tenga la nota de definitividad ya que entiende la mejor doctrina que es necesario que la causa, o un aspecto de ella, sea sometido a su conocimiento y en virtud del entendimiento momentáneo dicte una resolución que sea consecuencia del pacto venal.

Aquí es donde se advierte la arbitrariedad –posibilidad que permite la norma procesal – de dictar actos provisorios a modo de cautelares con clara conciencia de la incompetencia del magistrado, con lo cual no se puede probar de manera fehaciente la comisión del ilícito, mas sí la discrecionalidad.

Ello ocurre cuando se actúa al margen de los criterios de razonabilidad, pero no deja de ser una amplia discrecionalidad que se le permite a un magistrado judicial propicia para cobijar actos de corrupción en ese ámbito.

¹³⁷ C N Crim. y Correc VII, in re "B., J y otros", 1982/08/31, ED, 103-377

Creus, siguiendo a Eusebio Gómez y Fontán Balestra¹³⁸, enseña que aunque legalmente no fuere competente bastará, pues, que haya sido puesto bajo las potestades del juez y que son propias de la jurisdicción, aunque reglamentariamente no hubiese correspondido hacerlo.

Núñez¹³⁹ señala que no obstante la declaración de incompetencia posterior del magistrado, es punible su actuación, ya que se pretende que por esta actividad el juez no quede fuera del alcance de la punición penal.

Por añadidura creemos que la figura jurídica alcanza a los jueces sustitutos o a los conjuces, pero no a los árbitros o amigables compondores.

5.- El tráfico de influencias: Por modificación introducida por la ley 25.188- de ética pública- en el Código Penal se receptó el art. 256 bis donde se sanciona el tráfico de influencias que expresamente dispone “ Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en

¹³⁸ Creus, Carlos ob cit.pág 291.

¹³⁹ Núñez, Ricardo “Tratado de Derecho Penal”, t. VII pág. 102.

asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

Nos toca de cerca, para el desarrollo de la cuestión, la segunda parte del artículo que sanciona el tráfico de influencias y que, felizmente, agrava la comisión del evento delictivo cuando se trata de la parte más sensible de la administración pública: la justicia.

Se puede decir que tráfico de influencias es la extralimitación de un funcionario o una persona, que utiliza su influencia para obtener que otro funcionario haga o deje de hacer algo. Ello debe ser entendido como ejercer predominio o fuerza moral sobre otra persona, en este caso un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

La redacción del artículo analizado fue efectuada tomando como modelo al español, sin embargo, la recepción de nuestra legislación extiende el alcance de la punición no solo al funcionario que se extralimita y hace ejercer su influencia sobre otro, sino también a un particular que incurre en el acto deleznable.

D'Alessio¹⁴⁰ citando a Donna dice este “sostiene que, tal como está redactado el artículo se amplía el tipo penal, ya que no sólo podrá ser autor de este delito un funcionario sino cualquier persona, y por otra parte, se adelanta el momento de la consumación del acto reprochable, ya que basta que se tome el dinero o la dádiva o la promesa con el fin de influir en un funcionario público”.

La descripción de la conducta reprochable se agrava en la segunda parte del artículo ya que se entiende que la corrupción de los miembros de la justicia es más grave y lesiva que la de otros funcionarios públicos, toda vez que, además de resolver los

¹⁴⁰ D'Alessio Andrés, J. ob cit., pág 827

conflictos sometidos a su competencia, ellos deben tutelar y garantizar los derechos de los ciudadanos y efectuar el control de legalidad y legitimidad de los actos de los poderes constituidos.

Ello ha llevado a decir por Cárdenas y Chayer¹⁴¹ que "(...) es institucionalmente grave, porque el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es siempre absoluto y, por ello, no puede sufrir excepción alguna".

Buompadre¹⁴² con acierto señala que "(...) las limitaciones de incriminación penal y, sobre todo, la parquedad de la jurisprudencia criminal sobre la apreciación de la responsabilidad penal en el marco del ejercicio de la función pública son factores que también han contribuido a la consideración con excesiva laxitud de aparentes lagunas de tipicidad. Conductas que implican prevalimiento de situaciones de ascendencia personal sobre una autoridad o funcionario, con manifestaciones de prepotencia y acceso a la función pública y a la contribución o mediación de ejercicio de la misma como de cosa privada se tratase, con libre disponibilidad de bienes, medios, locales y toda suerte de recursos oficiales como propios, con sorprendente frecuencia, no han sido jurisprudencialmente estimadas subsumibles en los tipos de usurpación de funciones, prevaricación e incluso cohecho, salvo contadas excepciones".

La descripción de esta conducta, autónoma y con características específicas tiene, en el caso que nos ocupa, la importancia de controlar y proteger el ejercicio regular de la administración de justicia. En el caso concreto se busca fortalecer y asegurar la independencia del poder judicial y su plena autonomía.

¹⁴¹ Cárdenas Emilio, Chayer Héctor " la corrupción judicial" ob cit pág.3

¹⁴² Buompadre Jorge E. "Delitos contra la Administración" Ed. Mave. Corrientes. Arg., año2001 pág 203.

El autor material de este delito específico puede ser cualquier persona que sea capaz de influir indebidamente sobre el magistrado o funcionario judicial para que haga u omita hacer un acto procesal o jurisdiccional de relevancia.

La conducta típica: se reprocha la conducta de “hacer valer indebidamente una influencia para la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a la competencia de un magistrado o funcionario judicial”.

“Indebidamente” como elemento calificador de la conducta reprochable significa que la pretensión se dé al margen de lo que establecen las leyes o reglamentos que regulan la función jurisdiccional. De allí deviene la ilegitimidad de la conducta que la descalifica y configura un elemento fundamental del tipo penal específico.

Aquí el magistrado o funcionario judicial que es receptor de la “presión” efectuada indebidamente por el sujeto activo del delito no participa de la comisión de este, salvo que cometa otro ilícito; pero su conducta sí es permeable a la transacción ilegal que conforma con su acto u omisión perfecciona el delito cometido por la persona que realiza el tráfico de influencias. Si recibe dinero, acepta dádivas o actúa bajo promesas directas o indirectas, claro está, que aquí sí el magistrado o funcionario cometería el delito previsto en el artículo 256 bis del Código Penal.

Esta actividad requiere un dolo específico y una finalidad concreta requiere que el sujeto influyente reciba dinero o dádivas para actuar haciendo valer indebidamente sus influencias ante un juez o funcionario, para obtener, indebidamente, una actuación u omisión, sea una resolución o la demora de esta, siempre que esté sometida a la competencia material y funcional del magistrado influenciable.

El evento criminal analizado se materializa con la recepción de la dádiva, dinero, o la promesa que le efectúa el tercero a la persona influyente para que este realice la gestión ante el juez o funcionario del ministerio público. Se sanciona específicamente la concreción del acuerdo, por lo que se necesita un dolo directo y específico además de ser un delito de los llamados de mera actividad.

Cabe señalar que en la especie, y de manera concreta en el caso que abordamos, la persona influyente debe tener la capacidad de gravitar decididamente sobre el magistrado o funcionario, puesto que, una persona supuestamente influyente, de nulos escrúpulos, puede manifestar una influencia mentida y cometer estafa¹⁴³ (venta de humo artículo 172 del Código Penal) sacar dinero al interesado y cometer juntos el delito de tráfico de influencias que no tendrá efecto ya que la influencia es nula.

Destacamos esta situación ya que es práctica de la picaresca criolla y se da en ocasiones cuando personas, con jactancia infundada, sorprenden la buena fe de un litigante y aprovechando su situación, se prevalece indebidamente utilizando alguna cercanía real o presumida con el juez, y aunque ello no conmueva el ánimo ni pueda torcer el recto accionar del magistrado o funcionario judicial, resulta suficiente para delinquir utilizando a estos funcionarios.

6.- Otras situaciones: Sin perjuicio de la reforma específica de la ley 25.188 el catálogo punitivo nacional prevé el caso de otras acciones como ser el caso de abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionarios públicos, cuando la especie delictiva no se subsume en un delito específico que contemple una pena más grave.

¹⁴³ Ver Soler, Sebastián. ob. Cit. Pág 160

El artículo 248 del Código Penal dispone: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble de tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esa clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

El bien jurídico tutelado no es sino el regular funcionamiento de la administración pública bajo el imperio del Estado de Derecho, y el interés que se protege mediante esta figura es el funcionamiento de la administración pública dentro de los parámetros de la legalidad de sus actos. Es esencial considerar que lo que caracteriza el contenido de ilicitud de este tipo penal radica en el uso abusivo o arbitrario de la función pública, en tanto es utilizada como instrumento para violentar la Constitución Nacional y las leyes que derivan de la misma.

En cuanto a la conducta punible Creus¹⁴⁴ señala que “son tres las conductas punibles, típicas, y distintas entre sí: a) dictar resoluciones u órdenes contrarias a la constitución, o leyes nacionales o provinciales, b) ejecutar las órdenes contrarias a dichas disposiciones c) No ejecutar las leyes cuyo incumplimiento incumba al funcionario”.

El sujeto activo de este delito sólo puede ser el funcionario público con competencia para dictar o para ejecutar las resoluciones u órdenes que se mencionan en la figura descripta ut supra.

Se ha sostenido que este delito requiere ser cometido maliciosamente, es decir a sabiendas de la contrariedad del acto o la omisión con la Constitución o la ley, y a nuestro juicio, acorde

¹⁴⁴ Creus, Carlos ob. Cit pág.188

con la más sana doctrina, ¹⁴⁵por lo que es imperioso señalar la necesidad de reputar que sólo puede cometerse este delito mediante dolo directo. Es necesario que la voluntad, cualquiera sea la hipótesis comisiva del evento, sea inequívoca.

Si bien la especialidad le desplaza a esta forma delictual, como indica Creus¹⁴⁶, puede cometerse el abuso de autoridad como “figura subsidiaria”.

Mediante la comisión de otros tipos delictivos también se pueden cometer actos de corrupción, tales los que describimos sucintamente.

La malversación de caudales: El tipo básico de dicha figura está receptado en el artículo 260 del Código Penal que establece” será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a la que estuvieren destinados”.

Bayala Basombrío¹⁴⁷ dice que esto se caracteriza por el mero desvío de destino de fondos por lo que el bien jurídicamente protegido por la ley penal es, predominantemente, el interés del Estado en mantener el buen orden de su gestión, con independencia del eventual resultado provechoso que hubiere producido la variación del destino de los caudales y efectos confiados a su administrador, beneficio para el fisco que, sin embargo, no despenaliza la conducta arbitraria del funcionario malversador”.

¹⁴⁵ Creus, Carlos ob. Cit pág. 197

¹⁴⁶ Creus, Carlos, ob cit pág. 201.

¹⁴⁷ Bayala Basombrío, Manuel A “ Malversación de caudales públicos” Ed Astrea. Bs.As.2008 pág 55

Esta figura agrava la segunda parte del artículo 260 del Código Penal estableciendo que "si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá al culpable, multa del 20 al 50% de la cantidad distraída".

Esta modalidad comisiva de un delito aparentemente menor puede encubrir un accionar deleznable, que sumado a otro delito, cohecho, pueda producir un daño importante a las arcas públicas, es obvio, como el cohecho se realiza en un pacto oscuro y secreto, sin rastros, sólo se advertirá este ilícito de allí que resulte plausible la incriminación de este comportamiento.

El peculado: Se encuentra previsto en el artículo 261 del Código Penal, y establece: "*Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo...*".

Dados los elementos que requiere esta figura para su consumación, creemos conveniente analizar, en primer término, la cuestión relativa al bien jurídico protegido. La doctrina¹⁴⁸ clásica argentina ha convenido que en el "*peculado son varios los bienes jurídicos afectados: en primer lugar, la sustracción del bien afecta la propiedad (en el sentido penal); se afecta conjuntamente la seguridad con que la administración trata de preservar los bienes públicos, la fe o confianza pública depositada en el funcionario encargado del manejo o la custodia de esos bienes, y también el normal funcionamiento de la administración es su aspecto patrimonial*".

Entonces, si bien no existen controversias en cuanto a que esta figura protege el normal funcionamiento de la administración

¹⁴⁸ Ver in extenso "Carrera, Daniel P. "Peculado de bienes y servicios públicos" Ed. Mediterránea Córdoba 2005

pública en su actividad patrimonial, sí las hay al momento de incluir a la propiedad dentro del bien legalmente protegido. Al igual que en todos los delitos contra la Administración Pública, se tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquel haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece o por las especiales circunstancias en que se encuentran.

Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes - eso queda para los delitos contra la propiedad-, sino la seguridad de su afectación a los fines específicos para los cuales se los ha reunido o creado. Por ello, todos estos tienen como caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ellos.

La acción reprimida es la de "sustraer", lo que significa extraer o quitar los bienes de la tenencia efectiva o simbólica- en que en el ámbito administrativo han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes.

Sobre el punto correspondería remarcar el alcance que le otorgaremos a la acción típica de sustraer. Al igual que en análisis respecto al bien jurídico protegido- daremos una interpretación amplia del verbo típico, lo que implica no condicionar la existencia de la "sustracción" a cuestiones subjetivas.

En primer lugar, es pacífica la postura que considera a la sustracción independiente de cualquier tipo de "apoderamiento", entendido éste como *"la voluntad de quitar la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para hacerla ingresar en la propia"*.

Necesaria consecuencia de las consideraciones realizadas en torno al bien jurídico protegido y a la acción típica del delito en estudio, es que el perjuicio patrimonial estatal no resulta un requisito para la configuración de este ilícito penal.

En efecto, teniendo en cuenta: 1) que el bien jurídico protegido es el *regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la administración pública y la fe o la confianza pública depositada en el funcionario a cuyo cargo se encuentra la custodia de los caudales o efectos objeto de este delito* y 2) que la acción típica se circunscribe a *extraer o separar* de la esfera de custodia esos mismos caudales o efectos con prescindencia de la voluntad del autor.

La defraudación a la administración pública: está expresamente tipificado en el artículo 174 inciso 5 del Código Penal y la acción se remite a cualquiera de las maneras de estafar o abusar de a confianza, es decir, a cualquiera de los supuestos que contienen los artículos precedentes que establecen modalidad defraudadora (172 a 174 del código penal)

El artículo 174, inciso 5° del C.P. tiene como fundamento sólo la figura del ofendido -la Administración Pública- y no la calidad de los sujetos activos. Dicho tipo legal requiere que el sujeto activo sepa que con su accionar defrauda a la Administración Pública, por lo que requiere dolo directo, y la plena conciencia de que se menoscaba el patrimonio del Estado, como un hecho de corrupción nos obliga a abordar el estudio de esta figura.

En lo tocante al perjuicio causado al patrimonio de la administración pública. Creus¹⁴⁹ sostiene que el delito se comete cuando el patrimonio ofendido es la administración pública en cualquiera de sus ramas, lo cual ocurre cuando la propiedad que él ataca pertenece a una entidad que es persona de derecho público.

¹⁴⁹ Creus, Carlos Ob cit.

Todo perjuicio en la propiedad de personas de derecho privado quedará excluido del tipo penal. Si la propiedad pertenece a una entidad perteneciente a la administración pública, ya sea por ser un ente centralizado, descentralizado o una entidad autárquica, quedará abarcado por la figura.

Núñez¹⁵⁰ enseña que “(...) el perjuicio que recae sobre el patrimonio de la administración pública consume esta figura (...) “en el mismo sentido lo precisa Dona¹⁵¹. Es un delito de resultado material y admite la tentativa, como reconoce Buompadre.¹⁵²

Si el autor reviste calidad de empleado público sufrirá, además de la pena de prisión, inhabilitación absoluta perpetua según lo prescribe el último párrafo de este artículo; también se hace remisión respecto de los alcances del término "empleado público".

El delito de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública: se encuentra incluido dentro de los delitos contra la propiedad, por ende le caben todas las características atribuidas al significado de este bien jurídico tutelado

El tipo penal establecido en el artículo 173 del Código Penal establece los casos especiales de defraudación y el inciso 7 instituye que: “*El que por disposición de la ley, autoridad o por un acto jurídico tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño violando sus*

¹⁵⁰ Núñez, Carlos Tratado de derecho Penal T IVº, ed. Marcos Lerner Córdoba, 1988 pág 406

¹⁵¹ Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal- Parte especial", t. II -B, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.pág 558.

¹⁵² Buompadre, Jorge E. "Tratado de derecho penal" parte especial Tº 2, Ed Astrea 2009, pág.345.

deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos” .

Por su parte el artículo 174 inciso 5 del Código Penal establece: “Sufrirá prisión de dos a seis años El que cometiera fraude en perjuicio de alguna administración pública”.

Baigun y Bergel señalan que este artículo¹⁵³ no contiene una figura penal autónoma sino que se trata de una defraudación agravada en razón de la titularidad del bien que es objeto de delito.

Los autores citados continúan explicando que la ofensa se concreta cuando la disminución alcanza a cualquiera de los bienes, entre ellos derechos, abarcados por el deber de cuidado. Tanto pueden ser bienes del Estado como de particulares, así concluyen que nuestro sistema penal no hace distingo, tal cual se infiere de la inclusión del fraude contra la administración pública (artículo 174 inciso 5 del Código Penal) en el título de los delitos contra la propiedad.

Debe entenderse como patrimonio la relación de pertenencia entre una persona física o jurídica y ciertos bienes, incluidos los derechos de apreciación pecuniaria. Lo bienes deben pertenecer al Estado. Nos interesa esta situación reprochada por la ley ya que es consustancial con la corrupción.

El abuso defraudatorio requiere que el sujeto activo realice la acción reprimida en virtud de una facultad que lo legitima exteriormente y por la cual debe rendir cuentas.

¹⁵³ Baigún, David; Bergel Salvador: *El fraude en la administración societaria*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, p.120

La infidelidad defraudatoria se satisface con que el agente contraviniendo deberes de fidelidad (relación interna) perjudique los intereses patrimoniales que le han sido confiados. Carrera¹⁵⁴ explica que el abuso defraudatorio está contenido en el tipo del quebrantamiento de la fidelidad. Ambos son alternativas en su manifestación externa, en cuanto a si el primero retrocede en su aplicación, cabe examinar el segundo. El tipo de abuso repara en que el autor se exceda en el ejercicio del encargo que por ley, mandato de la autoridad o acto jurídico le ha sido conferido.

La acción del abuso consiste en que el autor violando sus deberes disponga patrimonialmente u obligue con exceso al titular de los intereses confiados (Estado). Necesariamente el abuso asume carácter de negocio jurídico o de un acto jurídico. Puede tratarse tanto de cosas como de derechos.

El perjuicio producido indicará el momento consumativo de la administración fraudulenta, que es delito instantáneo, aunque puede corresponder a todo el mandato del agente (período de tiempo en que este se desempeña como funcionario público).

La administración fraudulenta constituye un delito especial y solamente puede ser autor del mismo el funcionario público que se encuentra vinculado al patrimonio estatal de alguna de las formas previstas por la norma.

Es decir, el autor del delito será únicamente el funcionario público, que posee, por ende, la calidad de *intranets*, que se encuentre con la obligación de salvaguardar intereses patrimoniales del Estado; quien, mediante una acción u una omisión, tanto jurídica como de hecho, contraviene los deberes de

¹⁵⁴ Carrera, Daniel Pablo "Administración fraudulenta. Deslealtad de resguardadores de patrimonio ajeno" Ed Astra. Buenos Aires. 2004.

fideliad derivados de la relación interna que lo une con el titular del patrimonio.

Estos tipos comisivos de delitos se dan, generalmente, en el ordinario ejercicio de la función pública, más relacionado con la contratación del Estado con particulares- proveedores del Estado- motivo por el cual, generalmente se cometen otros delitos para materializar el hecho de corrupción.

El lavado de activos: Carrizo¹⁵⁵ ha señalado que "El tipo doloso de lavado de activos de origen delictivo es la principal figura que incorporó la ley 25.246. El artículo 278 inciso 1, a), dispone: Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otras clases de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

El delincuente "financiero" comprende una especie muy específica de aquel género. Se caracteriza por ser un experto conocedor de las pautas rectoras que imponen las reglas de juego de los mercados nacionales, como así también, los internacionales.

La figura del lavado de activos de origen delictivo es un tipo especial de encubrimiento que tiene lugar previa existencia de un delito primigenio y distinto al del lavado de activos; de aquel delito originario, devienen los objetos (dinero o bienes), materia del ilícito.

¹⁵⁵ Carrizo, Rubén O. "Tipificación del delito de lavado de activos de origen delictivo" La Ley sup. Actualidad 8/7/ 2003

Se tipifica la acción mediante la formulación de un tipo penal descriptivo de cinco verbos núcleos, a saber: "convertir, transferir, administrar, vender y gravar", ellos están relacionados a la acción del agente y, un sexto verbo que podríamos denominarlo residual, cual es "aplicar".

Esta actividad delictiva estrechamente ligada a la corrupción motivó la preocupación de sectores sociales, la doctrina y por supuesto los gobiernos para prevenir y reprimir estos ilícitos, reducir el anonimato de los centros offshore, diseñar los modos y formas de decomiso del dinero producto del delito, medidas para controlar y detectar las transferencias del producto de la corrupción pública, lo que está tratado de manera inmejorable en la obra colectiva compilada por Guillermo Jorge.¹⁵⁶

7.- Consideraciones finales sobre el aspecto punitivo: La previsión de sanciones penales para actividades que configuren ilícitos es imprescindible y necesaria, aunque no suficiente para resolver los problemas estructurales de la sociedad en cuanto combatir la corrupción que corroe las bases de la sociedad, genera enormes perjuicios a la economía, ahonda la inseguridad pública, distorsiona la administración pública, y como onda expansiva penetra en todos los sectores de la vida de una sociedad.

Lejos de generar un temor a la represalia del Estado por la entidad punitiva de las figuras penales que reprimen las conductas disvaliosas; más y mejores formas y modos organizativos se erigen como mecanismos aptos para sortear el mandato legal. Como nunca se aplica el adagio "hecha la ley, hecha la trampa".

¹⁵⁶ Jorge, Guillermo "Recuperación de activos de corrupción una investigación de Guillermo Jorge" Ed Editores del Puerto Buenos Aires. 2008.

Viejos resabios autoritarios de la época colonial encuentran en el apotegma de “la ley se acata, pero no se cumple” mandato que consciente o inconscientemente los tres poderes del Estado parecen dar fe con omisiones incomprensibles, tal como lo vimos con el estricto cumplimiento de la ley de ética pública.

No se puede adjurar de la ley y las bondades del sistema normativo en su faz punitiva pero la respuesta del sistema democrático debe ser eficaz y efectiva puesto que de lo contrario puede ser esta situación campo fértil para el florecimiento de regímenes autoritarios y de mentes enfermizas que pretenden resolver estas cuestiones por medio de la fuerza y soslayando elementales principios del Estado de Derecho.

La corrupción empieza cuando no se distingue entre lo público y lo privado, entre el interés individual, y el social, y ello después se traslada a comportamiento social.

Los argentinos sabemos bien algo: no encontramos la fórmula para combatir la corrupción y menos para erradicarla, pero sí sabemos que existe una fórmula para que la corrupción llegue a ribetes escandalosos sin control y menos aún sin sanción: son los regímenes autoritarios, con menoscabo a los controles, con desprecio a la ley, haciendo tabla rasa con los derechos elementales de los ciudadanos.

Desde luego que surgirá que la primera respuesta a este desafío es de orden moral, individual y propia de cada persona, pero esta debe ser tomada en el contexto de un ser humano que urdió un contrato social y colectivo, donde esta voluntad moral adquiere una definición colectiva y pasa a ser un mandato social.

La ética social es pues un mandato cultural que colisiona contra costumbres arraigadas donde se escudan y esconden modos y

formas de corrupción que se deben superar para que la vida social se desarrolle normalmente. La raíz cultural de una ética social y republicana que emerja como eficaz antídoto contra este mal endémico parece ser el único e inexorable remedio contra tal flagelo.

El teatro de operaciones de esta batalla se da en múltiples frentes, empieza en cada uno, en cada corazón y conciencia y debe darse en todos los ámbitos públicos, máxime en los controles institucionales y la ejemplaridad de los funcionarios públicos más representativos.

8.- Necesidad de incrementar las penas: Reiteramos que no creemos que la sola creación normativa termine con el flagelo social de la corrupción. Un buen camino es elevar la entidad punitiva de los delitos llamados de corrupción para que por lo menos se genere un escenario disuasivo para el emprendimiento reprochable.

Los actos de corrupción deben tener la misma consideración sancionatoria que para el homicida ya que ocasionan un daño que afecta, como lo refiriéramos anteriormente, los más elementales derechos del hombre de forma indirecta que se traducen en la falta de prestación de servicios elementales que el Estado debe brindar; pero además ocasiona el daño al cuerpo social en la nota de ejemplaridad de las conductas y el correlato educativo que los comportamientos deben provocar y producir en los ciudadanos.

La actividad pública es servicio. La administración, custodia y manejo de los recursos públicos debe ser siempre una actividad que se ejerza con una enorme vocación no sólo de servicio sino con esmero y cuidado.

Por ello extremar las medidas para el efecto disuasivo puede ser una medida eficaz; sólo también si va acompañada esta medida de política criminal con la decisión instrumental de que las leyes adjetivas en materia criminal impidan la excarcelación en estos tipos de ilícitos ya que el funcionario acusado e investigado con plena libertad puede ocultar o alterar pruebas e impedir la investigación de la justicia. Peor aún si continúa en el cargo y no es separado aunque sea provisoriamente, de sus funciones en la administración pública, epicentro de la comisión delictual.

Esto está lejos de ser una salida o solución al verdadero azote social que es la corrupción, mas, reiteramos, puede ser un buen comienzo, ya que el abordaje a esta problemática obliga a hacerlo en todos los aspectos de la vida.

Otro tema de especial análisis consiste en la necesidad de revisar los alcances del instituto de prescripción para estos delitos ya que bien pueden ser considerados equiparados a los de lesa humanidad, motivo por el cual podrían ser declarados imprescriptibles.

No alcanza con la suspensión del curso de la prescripción cuando el agente comisivo está en la función pública como lo determina el artículo 67 de nuestro catálogo punitivo, toda vez que la articulación de ardidces procesales, cuando no el abuso del derecho en la defensa en juicio puede dilatar con la sentencia definitiva y no sólo no existe sanción punitiva efectiva sino tampoco la reparación de los perjuicios como señala el artículo 29 del Código Penal.

Freedman¹⁵⁷ con acierto precisa "...el decomiso del producto del delito no parece haber producido aún un cambio en la forma de procesar las investigaciones penales, en el sentido que continúan orientadas exclusivamente a la condena y no complementan este objetivo con el decomiso de las ganancias ilícitas...".

Para los delitos de lavado de dinero se propone con acierto la recuperación de activos de corrupción a través de los procedimientos civiles, evitando el largo proceso penal donde la recuperación sólo es procedente si media condena del funcionario. Le permite ello actuar al Estado, pedir medidas cautelares, con lo que se podría repatriar el activo luego de la sentencia, lo que es explicado por Tim Daniel y James Maton.¹⁵⁸

Todo ello conforma el acervo de instrumentos jurídicos con que se debe librar la lucha contra la corrupción, aunque imprescindibles para tal cometido, no aseguran el éxito de esta empresa.

¹⁵⁷ Freedman, Diego. "El decomiso del producto del delito en la Argentina" en obra colectiva compilada por Guillermo Jorge. "Recuperación de Activos de la corrupción" Ed Editores del Puerto. Pág 321.

¹⁵⁸ Daniel, Tim, Maton . James "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles" en obra colectiva compilada por Guillermo Jorge "Recuperación de Activos de la corrupción" Ed Editores del Puerto. Pág 133/150

CAPÍTULO VII

Los Nuevos Desafíos

1.- Necesidad del retorno a la ética pública: Los tiempos que nos tocan vivir ponen de relieve una problemática profunda y polifacética que se agudizó desde la pérdida de la juridicidad hasta un estimulado individualismo. Ello fue exacerbado desde el autoritarismo ilegal que auspiciaba el desprecio y desdén por lo público.

Es que no le es funcional a las dictaduras o los autoritarismos el debate público y el interés social por la cosa común, menos aun si se pergeñaba el plan criminal para diseñar un verdadero latrocinio que hipotecó el futuro económico y social de los argentinos y, peor aún, dejó como saldo cultural el “no te metás”, o “por algo habrá sido” como signos o expresiones inequívocas de aquel modelo cultural.

La epopeya democrática de 1983 con una verdadera primavera cultural renovó compromisos archivados, exhumó valores perdidos, y cumplió el objetivo de consolidar la democracia como expresión de vida y gobierno para los argentinos.

Más allá de la nota de ejemplaridad en las conductas públicas de los más empinados representantes, no fue suficiente para trocar un fuerte modelo cultural cuyas raíces aun provocan estragos en las conciencias y conductas colectivas.

Se suma a esta situación autóctona, casi una desnaturalización genética del llamado ser argentino que hace gala de su habitual viveza criolla, donde el principal engañado es uno mismo; el signo de la época mundial a la que no escapamos como parte de la aldea global que es la cultura de la llamada posmodernidad, donde el

ciudadano pasó a ser consumidor, y como bien lo refiere García Delgado¹⁵⁹ “...Nos hallamos frente a la cultura donde el individuo competitivo y los valores del mercado y de la economía inundan la subjetividad, donde la búsqueda de la felicidad en lo público y estatal y deseo de transformar el mundo se pasa a una consideración que privilegia mi mundo...”

El escenario de lo colectivo cede ante la atención de lo individual transformando el cuerpo y la personalidad en una verdadera cultura “light” con una liviandad y displicencia por los valores y alejados de los compromisos colectivos o sociales, marcados por un individualismo hedonista con un fuerte predominio de lo subjetivo.

La competitividad no está signada por los valores altruistas de índole moral sino que predomina la cultura que el “fin justifica los medios” ya que reina una suerte de desencanto colectivo y agudo relativismo. Cobra relieve la importancia del presente y omisión de la idea de futuro; agudizada por el escepticismo motivada por un individualismo competitivo en procura el éxito económico particular.

La competencia predomina sobre la cooperación, y la acción colectiva cede terreno a la acción individual y consumista.

Este marco societal tiene como expresión concreta la llamada “familia posnuclear” al decir de García Delgado¹⁶⁰, donde dada la horizontalidad de las relaciones es difícil la transmisión de valores.

¹⁵⁹ García Delgado, Daniel “Estado –Nación y globalización “ Ed. Ariel 1998 Argentina pág. 195

¹⁶⁰ García Delgado ob cit. Pág. 198 y sig. . Hace una interesante descripción de la nueva estructura familiar que cambió integración, formas, modos de la familia tradicional, con gran desconexión aunque exista convivencia en el hogar familiar.

Esto se da, sin dudas en un mundo globalizado de donde emergen ciudadanos universales que emanan de la transversalidad de las comunicaciones donde el esfuerzo de los estados nacionales por atender a los sectores más vulnerables no conmueven al hombre posmoderno, más preocupado por la estética que por la ética, lo que obliga al replanteo de la clase dirigente, de todos los sectores; pero fundamentalmente desde la política para dotar de contenido a la labor estatal en la construcción de una ética social, que diseñe una novel solidaridad, signada por noveles compromisos con lo público y no reacciones espasmódicas y esporádicas.

Estas muestras de entregas circunstanciales y filantrópicas de la sociedad (sobre todo de los jóvenes) pueden ser un buen augurio para el diseño de una remozada ética pública, donde tienen que verse algunas expresiones que sean atractivos como modelos de conductas, pues no alcanza para la dirigencia política (o mal llamada clase política) con la abstención de protagonizar hechos de corrupción estatal, es necesario ampliar y ensanchar el concepto de ética pública como una expresión cultural y educativa que sea capaz de recuperar el sentido de lo colectivo y común.

Es que la corrupción no se reduce al ámbito político, y es un error intentar reducirlo expiando culpas o responsabilidades colectivas, pero es bien claro que es obligación insoslayable de la dirigencia política, más la que ocupa cargos públicos representativos, abordar el problema e intentar resolver.

No puede, pues, reducirse esta cuestión en un simplismo de solución legalista por lo que resulta imperioso del tránsito de la ética privada a la ética social y pública que exprese valores compartidos producto de un consenso social que al decir de

Petrella ¹⁶¹”asume como propios una sociedad de manera reflexiva y en un tiempo determinado”. Van de la mano convicción social y conveniencia pública.

Sin lugar a dudas que el desafío es enorme ya que se debe compatibilizar escenarios y actividades disímiles, no contradictorias pero sí de difícil relación, tal la ética con la economía, lo estatal con lo privado y por supuesto entonces cabe poner el acento en el actor principal que es el funcionario estatal ya que este cuando ingresa a la función pública de antemano sabe que no puede perseguir el afán de lucro del empresario, y que además su conducta por el compromiso social adquirido debe ser buscar el progreso colectivo y no la solución de sus problemas individuales. Se presta a satisfacer una vocación de servir a los demás.

El empresario debe saber que cuanto más transparente sean sus negocios con más frecuencia y asiduidad podrá hacerlos y puede cumplir con el rol social de dar más empleo y contribuir con eficiencia a la estabilidad social y seguridad institucional.

Sin dudas que la renovación del contrato social que se articule entre todos no puede hacerse sin reglas de juego claras, pero también no puede soslayarse premisas éticas que permitan la reconstrucción del Estado (sea cual fuere este, nacional o provincial) donde todos ganen, para lo cual no deben haber excluidos, privilegios u otras formas que alteren la efectiva integración social, y el punto de partida es pues, ciudadanos comprometidos capaces de edificar una democracia sin exclusiones.

¹⁶¹ Petrella Ricardo, “El bien común. Elogio de la Solidaridad. Temas de Debate. Madrid, 1997 pág. 13

2.- El renovado compromiso: Resulta claro que para una acendrada concepción la ética es el comienzo de la lucha contra la corrupción, más cuando al parecer este tema, como bien lo señala Rodríguez Arana Muñoz¹⁶² “parece que se ha puesto de moda” y alcanza a todos los sectores sociales que se comprometen a abordar temas anticorrupción que pueden impedir el normal funcionamiento de instituciones o sectores.

Pizzorno¹⁶³ entiende que el costo moral – y por lo tanto la oportunidad de corromperse y corromper- será para una persona más bajo cuanto más débiles sean las referencias a criterios morales de su círculo de pertenencia con respecto a la ley, lo que le importa al funcionario es el juicio moral de los que están cerca, vale decir su grupo o círculo de pertenencia y no los extraños, esto es el Estado o los ciudadanos” de manera tal que si la ética pública se siente como patrón cultural y repele estos actos, va de suyo, que será efectiva como prevención.

Es que a los frenos morales de la ética pública, también deben acompañarse un temor al castigo.

Es evidente que el fenómeno de la corrupción ha trascendido a la opinión pública, obligando a la adopción de medidas de prevención y sanción, por ello señala con acierto Mendonca.”¹⁶⁴ (...) desde luego, esa preocupación colectiva está plenamente justificada por tratarse de un problema que causa enormes costos económicos, genera inestabilidad política, retrasa el desarrollo de las naciones, conduce al desprecio de la legalidad, aumenta el

¹⁶² Rodríguez Arana Muñoz, Jaime “Ética, Poder y Estado” Ed. RAP. Argentina. 2004, pág.23

¹⁶³ Pizzorno, Alessandro en “La corrupción en el sistema político” en “ lo scambio occulto” comp por Donatella Della Porta II .Mulino Bologna. 1992

¹⁶⁴ Mendonca, Daniel “ Infame condición- democracia-pobreza –corrupción - Paraguay Centro de Publicaciones de la Universidad Católica- Asunción, Paraguay

poder de la criminalidad organizada, propicia la desintegración social, destruye los fundamentos morales de la sociedad, atenta contra derechos fundamentales, mina los cimientos del Estado y socava los fundamentos de la democracia... En verdad, el flagelo de la corrupción en América Latina ha aumentado considerablemente el nivel de descontento y frustración social (...)"¹⁶⁵

Nosotros creemos que es un verdadero "estado de necesidad social" que obliga a una actitud de ir en "defensa propia y de toda la sociedad", por añadidura. No es una mera impostura circunstancial; es una imperiosa necesidad vital, que cuando no se le presta la debida atención carcome los cimientos de la sociedad, transformando en los estados a mera aglomeraciones urbanas sin premisas claras que presidan los comportamientos colectivos.

Es que a la antigua concepción de abstenerse de hacer algo que dañe a los demás como fórmula con la que, vulgar y erróneamente, se concebía esta actitud; hoy nos demanda un compromiso activo, permanente y omnipresente que inunda todas las actividades interrelacionadas de los ciudadanos.

Se trata pues entonces de resguardar los derechos fundamentales, garantizar el estado social y democrático de derecho, hacer que la administración gaste menos y sea más efectiva, extender las prestaciones básicas indispensables para los que menos tienen como un signo de igualdad y solidaridad.

Se parte de la finalidad de que el poder debe estar al servicio de los derechos de los ciudadanos y de que ese mismo poder tiene límites y ello es consecuencia de una concepción ética que se

¹⁶⁵ Ver in extenso González, Joaquín. Corrupción y justicia democrática, Ed Clamores, Madrid, 2000

hunde en la moralidad pública como enseña Peces Barba¹⁶⁶, al referir que ello supone "... que la idea de la dignidad humana, para su realización a través de la vida social, inseparable de la condición humana, se plasma en estos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica."

Este debe ser el camino a seguir para evitar caer en lo que Grondona¹⁶⁷ llama "estado de corrupción, que existe cuando los actos de corrupción se han vuelto tan habituales que la corrupción se convierte en un sistema", se desvirtúa notoriamente los fines del Estado, y se transforma la cosa pública en provecho de pocos.

3.- Necesidad de más compromiso y control social: Las buenas intenciones por allí tropiezan con actitudes y actividades que no se corresponden con aquellas finalidades, más el camino para luchar contra la corrupción comienza por exigir más y mejor calidad institucional en el contralor que están obligados a cumplir los institucionales y órganos diseñados por la constitución, lo que es una condición imprescindible, pero no suficiente ya que se necesita control social que va de la mano de la publicidad – desde los medios masivos de comunicación de todo tipo a redes sociales y nuevas formas de comunicación - más participación ciudadana sea individual o en organizaciones, dan seguridad y legitimidad. Este es el derrotero a seguir.

La nota de ejemplaridad de las conductas públicas es una condición exigible y necesaria que trasciende los dilemas abstractos del pensamiento y las íntimas definiciones morales, es una cuestión práctica que lleva a mejorar la vida social.

¹⁶⁶ Peces Barba, Gregorio "Ética, Poder y Derecho" Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1995, pág.64

¹⁶⁷ Grondona, Mariano " La corrupción " ed Planeta Buenos Aires, 1993, pág 22

Kant¹⁶⁸ lo explicó con singular claridad expresando que "... el uso práctico de la razón humana vulgar confirma esta deducción. No hay nadie, ni aun el peor desalmado que, si está habituado a usar su razón, al mostrársele ejemplos notables de rectitud en los fines, de firmeza en seguir buenas máximas, de compasión, y de universal benevolencia (unidas estas virtudes a grandes sacrificios de provecho y bienestar), no sienta el deseo de tener también él esos buenos sentimientos..." Es que la mejor ley o educación es el ejemplo de la clase dirigente, ya que es el espejo cotidiano donde los ciudadanos pueden ver orientadas sus conductas. Si a ello se suma un bagaje normativo y de sistemas contralor mejor.

Es imperioso la construcción de una conciencia democrática que reconozca al "otro" y en el semejante verse uno mismo, para comprender que la fiscalización de las instituciones necesita también nuestro concurso y participación que coadyuve con ellas en su cometido, y que también ejerza el control sobre ellas mismas para evitar la connivencia entre actores políticos e institucionales.

Los funcionarios públicos son emergentes de la sociedad, no brotan de la casualidad; por ello es que los valores de la ética pública y las virtudes cívicas son obligaciones sociales y colectivas que no admiten el distingo de gobernantes y gobernados.

Todo ciudadano debe luchar contra la corrupción, partiendo de la sencilla ecuación de quien roba a todos también se roba a sí mismo y el círculo vicioso siempre es perjudicial.

Así pues siendo prioritario el respeto al orden instituido y la vigencia irrestricta y sin cortapisas de la constitución y las leyes. No podemos coincidir con la equiparación que ha efectuado

¹⁶⁸ Kant, Immanuel "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres " Ed Las Cuarenta Buenos Aires, 2012, pág. 123.

Grondona¹⁶⁹ en su superlativo aporte sobre la corrupción, cuando iguala a la misma honestidad personal a personas tan disímiles al reconocido demócrata Arturo Umberto Illia como al golpista y usurpador Juan Carlos Onganía.

La recuperación ética y moral de una sociedad parte del presupuesto del cumplimiento estricto de la ley y la nota de ejemplaridad de comportamiento de los gobernantes como pauta educativa, más un fuerte control social. Si ello falta, no existe punto de partida y la corrupción proliferará.

Si el mandatario se pone al margen de la ley - y por sobre esta - y desde allí imparte su mandato es la demostración palmaria de un Estado patrimonialista que lleva inexorablemente a la corrupción.

La segunda condición es la debida y necesaria atención que se debe cuidar los procesos políticos para la selección de los funcionarios. Scabino¹⁷⁰ señaló con acierto que la primera lucha contra la corrupción fue de orden moral y luego política, el mejor sistema es sin dudas la democracia.

Este escrutinio social que permite el sistema, como la exaltación de los valores que son necesarios para esta epopeya; no se logrará sin el concurso de una prensa libre y verdaderamente independiente que tenga la virtud de sacar a la luz casos dignos del reproche social bajo todos los aspectos, tanto moral o legal, tanto en la esfera de la administración pública, como de otros ámbitos públicos.

¹⁶⁹ Grondona, Mariano” ob. Cit” pág.45 . a nuestro juicio esta peligrosa equiparación desmerece los valores de Illia y encubre las violaciones al orden constitucional de Onganía.

¹⁷⁰ Scabino, Dardo “La era de la desolación...” ob cita. Pág 24.

Desde el funcionamiento de los partidos políticos en sus procesos internos, la financiación de los mismos, y la competencia despiadada de estos en los procesos electorales para la elección de cargos públicos electivos, hacen que el dinero aniquile las ideas, el marketing se imponga sobre las propuestas, donde la conducta y los valores de una persona son trocadas por una audaz propaganda. Esto debe ser objeto de ponderación colectiva a la hora de reclamar cambios que lleven a un proceso de mayor transparencia.

Es que el sistema de partidos es consustancial con el sostenimiento de la democracia como sistema político. Si los partidos políticos no funcionan el sistema institucional se resiente, de allí la necesidad de articulación de políticas de estado en esta materia para diseñar políticas públicas permanentes que se orienten a erradicar la corrupción.

Se debe impedir el estado de corrupción generalizado ya que ello inevitablemente nos lleva a la posibilidad de una cleptocracia. Es que una sociedad que tolera un estado de hipercorrupción, con una cultura permisiva a las violaciones a las reglas y a organismos de control que no cumplen con su rol, y genera la posibilidad de un gobierno ejercido por ladrones sin reglas.

Los sindicatos como organización imprescindible para la defensa del sector más débil de la sociedad deben democratizar sus prácticas; adecuarlas para el control interno y que la prestación social que brinden sea efectivamente en beneficio de sus afiliados. Si estos no defienden la expresión más sensible o vulnerable de la sociedad y con su actividad no se propende a un Estado fuerte, la corrupción gana terreno.

Resulta necesario también la convocatoria amplia a los credos religiosos para que en base a los principios morales que

constituyen su creencia específica efectúen su aporte, ya que como ilustra Campagna¹⁷¹ “la ética religiosa es aquella en la que, para orientar el sentido de justicia y felicidad de su sociedad, echa mano de forma explícita a ciertos principios religiosos imponiendo la orientación específica de su credo”.

No se trata de caer en fundamentalismos, ni en concepciones radicales sino que la religión sea soporte moral de los creyentes de cada fe en el cometido en la lucha contra la corrupción.

Es significativo el aporte que efectuara Bergoglio¹⁷² al diferenciar corrupción y pecado, contribuyendo con ello a luchar contra la corrupción “para ayudar a evitar que esta se convierta en un lugar común de referencia, ya que el pecado se perdona y la corrupción no puede ser perdonada, ya que el corrupto no percibe su corrupción, se expresa con veleidad, superficialidad, busca encubrir su propia incoherencia y justificar su propia actitud; para este o se es cómplice o enemigo.

El corrupto no conoce la fraternidad ni la amistad y genera un estado, personal y social en el que uno se acostumbra a vivir...”

El referido estado generalizado no es exclusivo de nuestro país, sino de toda la región que someramente merece reseñarse.

4.- Evolución del proceso en América Latina. Bien podría decirse que las crisis democráticas de América Latina y Europa difieren sustancialmente.

¹⁷¹ Campagna, María Cristina” El siglo XXI será ético...” ob. Citada pág. 30

¹⁷² Bergoglio Jorge M. “Corrupción y Pecado. Algunas reflexiones en torno al tema de la corrupción” Ed. Claretiana. Bs.As. 2013.

Mientras que en toda Europa las distintas crisis sociales tienen que ver con una indisimulable raíz económica, social, que puede repercutir en el sistema democrático donde la vieja matriz oligárquica puede volver por sus fueros y restringir la amplitud del sistema, en América Latina es distinto este proceso.

Es que en Europa a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial empezó a instalarse con fuerza un sistema democrático como denominador común de los sistemas de gobiernos, este proceso en América Latina costó en implementarse.

En los últimos veinte años del siglo XX América Latina, después del fracaso de las dictaduras empezó a mirar con simpatía primero, luego con entusiasmo y después como imperiosa necesidad, la instauración de la democracia para garantizar la vida y las libertades públicas.

De manera trabajosa y muy lentamente la democracia fue ganando terreno desde los años 80 en América Latina, y este proceso empezó por recuperar el sentido de la legalidad institucional, no sin concesiones en algunos casos, como ser Chile y Uruguay, o con procesos nunca saldados en definitiva como el Paraguay, y más allá de las diferencias lo cierto es que la democracia fue el credo político común que empezaron a conjugar.

Creemos que no fue solo el descubrimiento de las virtudes del sistema, sino la ejemplaridad moral y ética de la epopeya emancipadora de las democracias que lideró Raúl Alfonsín¹⁷³ en Argentina, como un ejemplo ante el mundo.

¹⁷³ Ver Raúl Alfonsín "Memoria Política- transición a la democracia y derechos humanos" Ed. Fondo de Cultura Económica Buenos Aires.

Carlos Nino¹⁷⁴ sintetizó aquella epopeya señalando que “hubo pocas instancias en la historia del mundo, y ciertamente ninguna en Latinoamérica de persecución de quienes fueran los responsables por violaciones de derechos humanos...apoyando los juicios contando sólo con su capital moral”.

No sólo enjuició a las cúpulas militares responsables del genocidio local y de la derrota irresponsable en Malvinas – con las garantías que estas le negaron al pueblo argentino- sino que libró una guerra por la democratización de los derechos con la cúpula eclesiástica (ley de divorcio vincular y patria potestad compartida) y con la dirigencia sindical de matriz corporativa que le impidió gobernar con la plenitud de las facultades constitucionales.

De la ilegalidad se salió por medio de la más estricta juridicidad sin concesiones, en atención a la expresión de la soberanía popular, y en la disputa entre batallas ganadas y perdidas, el saldo positivo es enorme ya que más allá del gran retroceso cultural, social, económico y moral de los años 90, lo cierto es que mediante la consolidación del sistema se logró que en la actualidad se luche por la ampliación de derechos.

Más allá de los estertores institucionales, la democracia republicana con tolerancia y pluralidad quedó consagrada como sistema político y social.

El ejemplo argentino prendió fuerte en esta zona del planeta.

México soportó en 1994, el levantamiento de movimientos sociales que pugnaban por una democracia sustantiva, de vieja raigambre zapatista ya que no alcanzó con el castigo ejemplar de Salinas de Gortari encarcelando a financista notorio, el más

¹⁷⁴ Nino, Carlos Santiago “Juicio al mal absoluto” Ed Ariel Argentina, 2006, pág. 261.

poderoso sindicalista, y al principal burócrata del país, con la llamada técnica del chivo expiatorio. Es que quien se autoimpuso el papel de abanderado contra la corrupción terminó siendo su principal soporte.

Bien señala Moreno Ocampo¹⁷⁵ que "México fue un caso clásico de un país con un enorme nivel de corrupción, donde cada presidente asumía prometiendo controlarla y terminaba convertido en el mayor sospechoso de la historia. Salinas de Gortari, al comienzo de su gestión, dio muestras de una decisión que hacía pensar en que por fin se iba a realizar un cambio en serio".

Brasil tuvo un proceso gradual desde la dictadura pasando por José Sarney, Fernando Collor de Melo, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, hasta Dilma Rousseff; Ecuador con procesos más vertiginosos cambió hasta la constitución.

Es que Collor de Melo¹⁷⁶ se presentó como el adalid de la lucha contra la corrupción y terminó destituido por actos de corrupción incomparables. Cardoso ordenó la economía y empezó a cimentar el despegue del país, Lula Da Silva siguió ese camino extendiendo notoriamente los derechos sociales más elementales como el "hambre cero" y Dilma Rousseff encara un proceso de transparencia sin precedentes en la administración pública, al momento más de siete ministros separados de la función pública por la sola sospecha de corrupción dejando que la justicia investigue los hechos sin injerencia en su labor.

¹⁷⁵ Moreno Ocampo, Luis, *En defensa propia. Cómo salir de la corrupción*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993.

¹⁷⁶ Ver más extenso en De Olivera, Francisco, *Fernando Collor de Melo. Perfil de un prestidigitador*, Revista Nueva Sociedad N° 118, julio 1991.

Adviértase que la llamada causa del “ mensalão ” – pago de sobre sueldos o mensualidad a funcionarios del partido de gobierno, como también destinados a la compra de votos de legisladores opositores - no contó con la protección del poder Ejecutivo, al contrario, fue producto de una investigación de la propia Policía Federal y del aparato estatal.

El propio poder judicial impuso a un ministro de la Corte Suprema de su país, la máxima sanción por la venta de sentencias (aunque paradójicamente la máxima sanción sea la jubilación obligatoria) lo mismo sucedió con el caso “Lalau” donde en 2011 se obligó a la reparación de daños al erario público a empresarios y funcionarios.

Si bien insuficiente, un buen comienzo.

El proceso en Ecuador con Abdalá Bucaram es patético, llega con un fuerte discurso populista y anticorrupción y lisa y llanamente “privatiza la corrupción” con un grupo de adeptos lo que estalla en la crisis política e institucional en 1997 por lo que precisa Echeverría¹⁷⁷ que “...se produce un quiebre del sistema (político), que evidencia no solamente las fallas estructurales de su ensamblaje jurídico, sino algo más: su incapacidad para mediar en los conflictos y reducir la complejidad de una economía y una sociedad cuyos problemas tendían a agudizarse crecientemente...”.

Zuñiga Castro¹⁷⁸ señala que “En la caída de Collor, como en los otros casos, confluyen dos procesos: la movilización ciudadana y la acción institucional, sobre todo de los parlamentos. Sin un

¹⁷⁷ Echeverría, Julio, *“La democracia bloqueada. Teoría y crisis del sistema político ecuatoriano”*, Letras Editores, Quito, 1997

¹⁷⁸ Zuñiga Castro, Iván, *Ética y Corrupción en la Administración de Justicia tesis doctoral* Fac. Derecho Universidad de San Marcos, Lima Perú, 2004

quiebre del bloque gobernante no había posibilidad de la caída de Collor. Esta situación, al igual que en el caso de Carlos Andrés Pérez en Venezuela o de Abdalá Bucaram en Ecuador, muestra que la lucha contra la corrupción se mueve dentro de los límites del reordenamiento del poder, más que de un cambio del mismo, como se evidenciará en los desenlaces de estos procesos.

Bolivia por su base social viró desde el sometimiento a la unción de un representante indigenista y dirigente cocacolero que provocó cambios significativos. Pocos auguraban éxito a esta gestión, y sin embargo perdura.

Perú construyó una democracia a pesar de las fuertes afectaciones a los derechos humanos y se produjo estabilidad institucional. El daño inconmensurable a la sociedad que le produjo el gobierno de Fujimori todavía tiene sus secuelas, más, desde la segunda presidencia de Alan García en adelante, no obstante los altibajos de la gestión pública, la sensación es de una estabilidad institucional.

Chile tuvo una transición más ordenada y mantuvo una matriz de crecimiento económico, aunque con insatisfacción social; es que el proceso de transición de la dictadura a la democracia, fue tutelada con fuertes concesiones a los factores de poder de ese país, sin perjuicio de ello, los organismos internacionales entienden que es uno de los países con menos índices de corrupción en la región.

Uruguay siguió un proceso gradual de cambios moderados y prolijos hasta llegar a una situación de que un viejo dirigente revolucionario sea hoy el presidente; contando con instituciones sólidas, con revisión judicial de afectación a los derechos humanos sometido a escrutinio popular, y con alentadores índices en la

percepción de que la corrupción en este país no tiene los alcances de otros en la región.

Paraguay provocó cambios significativos y avances plausibles truncados por un reciente cambio de gobierno con un pátina de legalidad que le restó legitimidad en el concierto de naciones de América latina; sin embargo más allá del funcionamiento institucional con normalidad, la percepción social sobre la clase dirigente es diferente y refleja una enorme apatía colectiva.

Mendonca¹⁷⁹ nos ilustra que “(...) La actividad política paraguaya está sometida a una severa crítica y sufre un sensible desprestigio. Fracciones crecientes de la ciudadanía consideran que las personas que se dedican en forma profesional al ejercicio de la política no representan cabalmente sus intereses. Existe, incluso, la percepción de que muchos de ellos actúan en función de sus intereses de grupo, al margen -y no pocas veces en contra- de los intereses de sus representados (...)

Se puede sintetizar pues que los avances políticos, institucionales, sociales en cada Estado Nación fueron evolucionando; a ello coadyuvó la sólida integración de los pueblos y el eficaz funcionamiento de los organismos supranacionales, tal la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyas decisiones sobre el funcionamiento de los comportamientos estatales fueron garantizando que la vida y las libertades públicas apagadas y suprimidas en otra época debían quedar sepultadas en estas instancias.

El doble flujo normativo -leyes estatales y mandatos supranacionales - que integran por voluntaria adhesión al ordenamiento normativo de los Estados, como las firmes decisiones de los organismos internacionales cumplen hoy la

¹⁷⁹ Mendonca, Daniel ob citada.

eficaz tarea de salvaguardar los derechos humanos que en tiempos de otrora fueron lesionados, pero queda la tarea de garantizarlos a futuro.

5.- La autoridad del ejemplo. La necesaria amalgama de Democracia, la protección de los derechos humanos fundamentales y la lucha contra la corrupción encuentra en algunas experiencias sociales datos a tener en cuenta.

Se dice que a mayor bonanza o bienestar económica, mayor estabilidad institucional y más conciencia social y moral respecto de actos repulsivos emparentados con la corrupción. No siempre es así y sobran ejemplos.

Así como las violaciones a muchos derechos humanos se hizo con la consigna de la lucha por la libertad, sin dudas que la lucha contra la corrupción debe surgir de una convergencia de demanda social y fuerte decisión política efectuada por los más altos detentadores del poder. Es siempre silenciosa.

Se debe descreer de los discursos altisonantes: Menem asumió en 1989 diciendo que venía a reparar un estado arrasado por la corrupción; terminó siendo un verdadero estado de corrupción con más de 120 funcionarios de este gobierno involucrados en hechos de corrupción que fueron desde la compra de leche en polvo en mal estado, hasta contrabando de armamentos a países latinoamericanos enfrentados entre sí, de los que éramos garante de paz.

Malen Seña¹⁸⁰ ejemplifica “(...) Una placa de bronce conmemorativa del primer encuentro de jefes de gobierno y de Estado iberoamericanos que allí tuvo lugar en la década de 1990.

¹⁸⁰ Malem Seña “la corrupción...” ob. Cit. pág. 11.

Más por curiosidad que por afán histórico, el viajero suele leer los nombres de los mandatarios de los diversos países que se congregaron en ese magnífico paraje. Carlos Menem por Argentina, Collor de Melo por Brasil, Felipe González por España, Salinas de Górtari por México, Andrés Rodríguez por Paraguay, Alberto Fujimori por Perú, Joaquín Balaguer por República Dominicana, Carlos Andrés Pérez por Venezuela y un largo etcétera. La sorpresa del desprevenido viajero es mayúscula cuando piensa que la inmensa mayoría de los allí citados han sido acusados o aún tienen causas pendientes abiertas por actos de corrupción cometidos durante sus respectivos mandatos. Su sorpresa deviene indignación cuando constata que ninguno de ellos ingresó, o incluso sospecha jamás ingresará definitivamente, en prisión (...) Lo peor es que muchos de ellos, han asumido sus mandatos como adalides en la lucha contra la corrupción.

Algunos mandatarios suscribieron el tratado de la Convención Interamericana contra la Corrupción en 1996 y tienen sobre sus espaldas el peso de llevar a sus estados a una situación de “estado de corrupción” por la generalización de la misma en la época en que les tocó gestionar la cosa pública.

Difícil de creer, pero la historia es prolífica en pruebas palmarias que muestran que en la lucha contra la corrupción la batalla que emprenden los mandatarios más empinados es siempre silenciosa, paciente, sin exhibicionismos ni estridencias y que, lamentablemente, se pueden corroborar cuando terminan su mandato, o son destituidos, y su gestión no valorada por sus contemporáneos.

Es que tienen que ver con formación moral y cívica como la templanza que adorna la personalidad de los hombres de gobiernos que lleven adelante esta cruzada, tal la personalidad del expresidente Illia, ejemplo de virtudes cívicas y moral republicana

como de acrisolada ética, que como ciudadano hizo de la austeridad, honestidad y humildad valores inseparables en su intimidad o lo cotidiano, como en la función pública. Su ejemplo aún despierta admiraciones por hechos que se van descubriendo aun hoy.

Este ejemplo¹⁸¹ (...) cuestiona esta lógica dominante de la política, que impone que para ser dirigente político es necesario ser millonario. Cuestiona esta naturalización de la relación entre negocios y política. Cuestiona la posibilidad de convivencia entre corrupción y progresismo, entre corrupción y justicia social. Cuestiona a los políticos que hacen de la política una oportunidad personal y económica y no una opción de vida y una vocación de servicio por el prójimo. Illia incomoda, porque interpela al poder y nos interpela también a nosotros como sociedad. Su imagen en el espejo nos devuelve un rostro que muchas veces no estamos dispuestos a ver, por eso preferimos que permanezca oculto y olvidado (...)

Gobernó con minorías parlamentarias, respetó escrupulosamente la constitución. Lo hizo sin estado de sitio ni intervenciones federales a las provincias, la convivencia democrática y el funcionamiento republicano fueron ejemplares. La sociedad fue un oasis democrático.

Como nunca florecieron las artes, la cultura, la ciencia y educación. Se reconocieron derechos a los trabajadores como la creación del consejo del salario mínimo vital y móvil. El P.B.I creció al 6% anual interrumpidamente desde 1963 a 1966 e impulsó y sancionó la ley de medicamentos (venta de genéricos llamada ley Oñativia). Durante su gobierno se anularon los contratos petroleros firmados por Frondizi con compañías extranjeras; se impulsó la explotación del petróleo y los recursos estratégicos por

¹⁸¹ Claudio Ríofrío La Capital Rosario 112 de julio del 2013

parte del Estado; también se fomentó la industria nacional, mientras se destinó el 23% del presupuesto nacional a la educación (la mayor cifra en la historia del país). Tanto el PBI y el Producto Externo Industrial crecieron (el último a un vertiginoso 19% en 1964), bajó la desocupación, se disminuyó la deuda externa, se llevó adelante un plan de alfabetización inédito en la historia.

Impulsó la modificación al Código Penal incorporando la figura de enriquecimiento ilícito (artículo 268 bis) y la sindicatura de empresas públicas. Rompió varios mitos que pasamos a resaltar:

Demostró que se puede crecer sin afectar el régimen institucional: es mentira que para crecer económicamente la democracia no es el mejor sistema.

La corrupción no estimula la economía ni la dinamiza, la destruye.

Se puede crecer económicamente sin afectar derechos humanos y autonomías provinciales.

Se puede crecer sin tener mayorías parlamentarias.

Por ello sostenemos la necesidad de las revoluciones silenciosas donde surja la conjunción de decisiones firmes sin estridencias, ejemplaridad de la conducta y compromiso social de las mayorías para defender la cosa y espacio común.

Con el cotejo de las conductas, tomando las enseñanzas del pasado reciente, se infiere que en la lucha contra la corrupción se puede decir de algunas gestiones y oscuros personajes: "Dime de qué presumes y te diré de qué adoleces".

6.- La necesidad de la lucha contra la corrupción: Este flagelo no sólo provoca impactos económicos en las finanzas públicas sino que sus efectos pasan por la administración pública y afectan sensiblemente el funcionamiento institucional que se distorsiona severamente provocando en ocasiones, disfuncionalidades del mismo sistema político e institucional, que ha dado lugar a la literatura política¹⁸² en la materia pero no provocó cambios sustantivos.

Se nos dirá, con acierto, que no existe corrupto sin corruptor, y que esta es una práctica consustancial del sistema capitalista propia de la competencia donde las reglas son difusas; mas este intento no busca persuadir en que los agentes provocadores del acto lesivo a la sociedad depongan sus actitudes, sino justamente preservar y armar a la sociedad contra estos, en la convicción de que en este juego perverso, nadie gana. Todo sistema económico es permeable a la corrupción, ya que "...cuando un sistema político está infriccionado por la corrupción encontrará oportunidades para obtener sobornos bajo cualquier régimen económico" como acota Mairal¹⁸³.

El sentimiento de seguridad jurídica es la resultante del funcionamiento de los principios de justicia y sanción en virtud del ordenamiento jurídico que satisface (o no) las expectativas colectivas de los destinatarios del sistema de derecho que deben tener la certeza del funcionamiento de las normas e instituciones para generar una credibilidad suficiente que garantice, con racionalidad y alto grado de probabilidad, que no hay acto ilícito sin sanción. Por ello es que la falta de seguridad jurídica es

¹⁸² Ver Rigoli, Juan "Senado S.A" ed Planeta, Bs As, 2000, donde describe las prácticas ilícitas e inmorales del Senado de la Nación.

¹⁸³ Mairal Héctor A "Las raíces legales de la corrupción" o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla Ed. R.P.A. Bs As. 2004 pág. 17

frecuentemente mencionada como un freno o disuasivo a la corriente de inversiones públicas o privadas y es un factor que incide en la difusión de la corrupción como apunta Marial.¹⁸⁴

No alcanza con la invocación del mentado artículo 36 de la Constitución Nacional y con la proliferación de normas y leyes que van desde la obscuridad o ambigüedad de estas, su dudosa validez y dudosa posibilidad de aplicación. Control no es cantidad de leyes, sino calidad de las mismas, control no significa más empleados o incremento burocrático sino que los agentes públicos hagan cumplir la ley.

La corrupción nos obliga a erradicarla ya que afecta un principio básico y sustancial del estado de derecho que es la igualdad, ya que no puede haber igualdad ante la ley, cuando alguien actúa con trampas, de manera ilegal y con los recursos de todos, pone a todos los ciudadanos indefensos, pero en particular, al que menos tiene ya que es el eslabón más vulnerable de la cadena social que integra una comunidad.

7.- La concepción sistémica y la crisis que provoca la corrupción. Es preciso analizar el flagelo de la corrupción en la inescindible relación de los conceptos Estado y sociedad.

Félix Loñ¹⁸⁵ acota que “(...) ambas formas configuran un sistema y cada uno constituye, dentro de aquel, un subsistema parcial. Están formadas por partes (...) En términos de las ciencias sociales se ha señalado que un sistema implica la interdependencia de sus partes constitutivas y un límite específico entre él y su

¹⁸⁴ Marial Héctor A ob cit pág.23

¹⁸⁵ Loñ Félix, Morello Augusto M “Lecturas de la Constitución “Ed. Librería Ed. Platense, Lexis Nexis Bs As, 2003.

entorno. Si se cambia las propiedades de un componente, todos los elementos que lo integran se verán afectados.

Así las presiones que soporta el sistema deben ser respondidas por los elementos de este que soporta la demanda y producir resultados satisfactorios para evitar el conflicto que pueda generar una implosión en el mismo.

Si las partes que componen el sistema distorsionan su función es obvio que no habrá equilibrio y para ello es imprescindible que funcione un proceso de retroalimentación lo que fuera explicado magistralmente por David Easton¹⁸⁶ precisando que este "... consta de la elaboración de productos por parte de las autoridades, de una respuesta de los miembros de la sociedad a estos productos, de la comunicación a las autoridades de la información relativa a esta reacción, y por último, de las posibles resoluciones posteriores de las autoridades..."

Los productos elaborados por el Estado sean leyes, resoluciones o sentencias son respuestas a demandas en el aspecto formal: ¿Pero cómo encuentran plena satisfacción estas demandas en el aspecto sustantivo, si los dineros públicos destinados a satisfacer el funcionamiento del sistema se desvía del circuito público, para ser transferido de manera ilegal a los bolsillos privados?

Es que los insumos o demandas que surgen del cuerpo social son propios de la dinámica de la sociedad que reclaman decisiones de los gobernantes en un ambiente que puede ser variable con tensiones que pueden hacer colapsar el mismo sistema.

Por ello las tensiones provocadas por las demandas de la sociedad al sistema político respecto de la corrupción a menudo tienen que ver con la insatisfacción de necesidades básicas

¹⁸⁶ Easton, David " Enfoques sobre teoría Política" Ed. Amorroutu, 1969, pág.229

insatisfechas o servicios públicos que obligatoriamente debe brindar el Estado a modo de productos ante tales reclamos.

De allí entonces que, ante la insuficiencia o insatisfacción de la respuesta estatal ante la presión o demanda, puede generar una tensión tal que afecte el propio sistema. Cuando se reclama alimentos, medicamentos, más seguridad, los que no pueden ser satisfechos plenamente por que la corrupción se llevó gran parte de los recursos destinados a satisfacer estos pedidos, ahí es donde la sociedad soporta y padece la disfuncionalidad del sistema en particular. Se ven las consecuencias pero no la causa generadora de la impotencia estatal.

Puesto que la pretensión insatisfecha es consecuencia no advierte la sociedad que la causa generadora de la insatisfacción de su demanda no es otra cosa que la corrupción. Es por ello que en graves crisis económica y generalizada, allí recién la sociedad advierte que la causa fuente de tal situación es la corrupción.

Siempre los reclamos contra la corrupción son prohiados por causas económicas que afectan derechos fundamentales de las mayorías. Allí se ve claramente la conjunción de causa y consecuencia.

En tales circunstancias las tensiones sobre el sistema provocan el colapso de este. Desaparece así la nota de autoridad propia del sistema político ya que no podrá imponer o asignar valores a la sociedad en el marco de la ley y exigiendo el respeto a las instituciones.

Por ello sostenemos que la corrupción como fenómeno significa la mutación, afectación, lesión a los más elementales derechos humanos y debe ser equiparado como un crimen de lesa humanidad.

8.- Democracia derechos humanos y corrupción: Un interesante estudio ¹⁸⁷sobre la materia claramente enseña que el “Estado es responsable de una violación de los derechos humanos cuando se puede demostrar que sus acciones (u omisiones) no se ajustan a las obligaciones nacionales o internacionales en materia de derechos humanos. Para determinar si una práctica corrupta específica viola o no un derecho humano, es necesario establecer, primero el alcance y contenido de la obligación del derecho humano en cuestión y si deriva de una ley nacional, tratado internacional, costumbre o principios generales de ley”.

En efecto, la corrupción afecta no sólo los parámetros normativos de la ley punitiva del Estado, a los tratados internacionales de los cuales nuestro país es signatario sea por las modalidades citadas ut supra, desconstitucionalización, inconstitucionalidad por omisión o lisa y llanamente normas y conductas contrarias a las normas a cuyo cumplimiento nos hemos obligado.

Desde los contratos administrativos con empresarios que proveen productos para satisfacer las obligaciones del Estado, sea para seguridad, salud, educación, donde un servicio básico depende de estos insumos, se advierte claramente la violación a los derechos humanos más elementales.

Cuando se compran fármacos para atender afectaciones a la salud pública, y estos no tienen la calidad de droga básica suficiente para combatir la enfermedad, oficiando de efecto placebo, se viola el derecho básico a la salud y a la vida que es un derecho humano fundamental.

¹⁸⁷ Corrupción y Derechos Humanos estableciendo el vínculo. Informe de Consejo Internacional de los derechos humanos Monterrey, México 2009.

Lo mismo pasa con los insumos para la educación, desde los servicios informáticos, pasando por la pobre remuneración a los docentes de la escuela pública, o por los servicios aleatorios y contingentes de este servicio, como ser limpieza; conspiran y afectan el servicio de la educación pública y este es un derecho fundamental al que amparan la constitución y los tratados y se ubica dentro de la órbita de los derechos humanos fundamentales.

Ni qué hablar de las falta de insumos básicos que las fuerzas de seguridad tienen para brindar este servicio a toda la sociedad. Pocos o nulos recursos contra la delincuencia organizada, escasa u obsoleto poder en apoyo tecnológico y científico o en medios electrónicos de comunicación, pasando por armamento arcaico. ¿Cómo nos van a resguardar del delito y la inseguridad que provoca este flagelo si no se cuenta con elementos suficientes? Pues no se tiene, ya que se desvían los recursos o las compras de esos suministros de menor calidad y cantidad de la necesaria y requerida.

Pero la corrupción que significa la falta de atención y cumplimiento con los pactos internacionales por las afecciones a enfermedades infectocontagiosas como el sida, la falta de políticas públicas sobre minorías autóctonas, o la falta de atención a minorías especiales (jubilados), como también las cuestiones de género.

Sin dudas que estos problemas afectan la generalidad de los derechos humanos o fundamentales, pero con más severidad afectan a los sectores más vulnerables, ya que “cuando la corrupción es generalizada, los pobres están expuestos, como el resto de las demás personas, al cohecho en pequeña escala de los funcionarios públicos (especialmente en los servicios de salud, en la aplicación de la ley y en los sectores judiciales), sin embargo el efecto proporcional en sus ingresos es más gravoso. La corrupción

en gran escala, por su parte, daña la calidad de los servicios públicos de los que dependen, en grado mayor, para cubrir sus necesidades básicas. De nuevo, son los más pobres quienes se afectan en forma desmesurada”¹⁸⁸.

Los sectores minoritarios o especiales como los pueblos originarios ni siquiera tienen acceso a la información más elemental y a los servicios imprescindibles como agua potable, luz eléctrica o la atención de la salud no les llega. Corrupción también es desinterés en términos del principio “pro hominen” y el “favor debilis”.

La corrupción carcome los derechos de los jubilados que ni siquiera pueden tener acceso a los plenos derechos de sus ahorros de toda la vida, ya que las cajas de jubilaciones lejos de brindar atención específica al sector, verdaderos dueños de estos recursos, a menudo funcionarios a cargo de dicho sector con decisiones de dudosa legalidad, pero sin dudas alejadas de toda legitimidad, destinan los recursos a otros gastos corrientes del Estado. Esto también es corrupción.

También los recursos desviados de los presupuestos impiden que el Estado social de Derecho reduzca las desigualdades, dada la imposibilidad de avanzar en la justicia distributiva, que consistiría en inversiones patrimoniales en viviendas sociales, y políticas de generación de empleo estable.

Es que la correlación entre democracia sustancial, derechos fundamentales y corrupción debe cuidar inexorablemente el principio de legalidad que se asienta sobre la base de la igualdad de los hombres en libertad presidido sus comportamientos por la constitución.

¹⁸⁸ Corrupción y Derechos Humanos estableciendo el vínculo. Informe del Consejo Internacional de los derechos humanos. ob cit. Pág. 13.

Ferrajoli¹⁸⁹ enseña que “(...) en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos... Así, si la *intención de la igualdad* depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la *extensión de la igualdad* y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de *status* que las determinan (...)

Sin dudas, pues, que la corrupción impide la democracia plena, afecta los derechos fundamentales y socaba las bases de toda sociedad.

¹⁸⁹ Ferrajoli, Luigi “ Derechos y Garantías..ob cit., pág.39

CAPÍTULO IX

A modo de conclusión:

Es imperioso comprender la situación, posicionarnos en tiempo, lugar y analizar cuáles son las condiciones imperantes en nuestra sociedad que pueden condicionar el sistema político, afectar (o no) los derechos fundamentales; y en qué dimensión; debemos desentrañar cuáles son las causas (o la) que condicionan el propio funcionamiento estatal, comprendiendo este a la población, el territorio y el poder que articula a los primeros a través del derecho.

Partimos de la base, en nuestro primer capítulo, qué es el sistema democrático, el mejor- o el menos malo para los que gustan la perfección- pero el único que amalgama libertad, respeto al ser humano y un diseño de poder suficiente para garantizar la paz social. Este modelo de vida, más allá de las visiones diversas, distintas y variadas, según la época; se impuso con fuerza en el planeta coadyuvando a ello valores volcados al sistema jurídico internacional.

Todo el orbe aspira a una democracia sin restricciones y más allá de los matices idiosincráticos, es una conquista de la humanidad que logró expresar los valores paradigmáticos del sistema, difundir las bondades de su contenido, lograr que estos tengan una raíz cultural, para más tarde traducirlos en forma jurídica para que sean obligatorios para todos. Intentamos describir este proceso en el capítulo I.

Concebimos el sistema en función del hombre y por ello no podría estar ausente la dimensión de la dignidad humana – fin cardinal de este - y abordamos también la defensa de los derechos fundamentales, en una amplia concepción. No puede ser ajena a

ella la necesidad de comprender y hacer comprender una nueva dimensión de los derechos subjetivos, que trascienden la individualidad, siendo una obligación estatal la satisfacción de los derechos elementales del ser humano para lograr la verdadera igualdad.

Por ello intentamos describir este fenómeno nuevo que se da en una particular simbiosis de demandas sociales con aportes de la ciencia del derecho que fueron capaz de poner freno al auge neoliberal de los años ochenta en el siglo XX, y abogamos por un estado garantista en tal sentido; no sólo por una marcada concepción ideológica y compromiso social, sino también convencidos que es una conveniencia colectiva. Todo ello describimos en el capítulo II.

Es que la conjunción de democracia, satisfacción de los derechos fundamentales es insoslayable. El sistema democrático dejó de ser una expresión formal de una forma de gobierno, ya no puede soslayarse que está obligada a dar contenido sustantivo a sus actos procurando la satisfacción más amplia y efectiva de las demandas sociales, particularmente de los que menos tienen. Por eso decimos que esta orientación procura una democracia eficiente y para ello los modernos conceptos de ciudadanía, la necesidad de comprensión del sujeto democrático como protagonista de esta epopeya que tiene en la sociedad nichos de intolerancia, incomprensión, y donde también, es necesario aclarar, tanto grupos de presión, factores de poder y partidos políticos no están a la altura de los cambios producidos en el mundo, y menos aún, la orientación que debe tener un sistema político para garantizar los servicios esenciales a los ciudadanos.

Por ello en el capítulo IV apuntamos que el flagelo que azota como causa principal al sistema democrático, que lo torna disfuncional para la satisfacción de los derechos es la corrupción,

causa fuente de los problemas para que el sistema institucional sea eficiente y la atención de los derechos fundamentales efectivo y prestación de servicios por parte del estado conjugue hoy, por hoy, libertad con igualdad.

Intentamos dar un esbozo del funcionamiento genérico de la sociedad para comprender el fenómeno político, social y cultural que compone la corrupción, anclada entre nosotros desde que el hombre es hombre, mas no en la magnitud y proporción que la padecemos actualmente, y por ello hicimos hincapié que no hay corrupto sin corruptor y tal situación se advierte en las relaciones humanas tal como lo describe Manfrioni¹⁹⁰ “ las corporaciones comerciales económicas no carecen de poder económico, pero ese poder está excesivamente vinculado con la voluntad del Estado. De tal modo, las empresas no tienen una influencia institucional en el sistema. Su influencia, procede del favor siempre circunstancial del funcionario gubernamental o del partido político con el que empresarios hubiesen pactado, pocas veces en términos admisibles frente a la sociedad”.

Comprendimos que el flagelo de la corrupción tiene también diferentes formas, modos, grados y que sin dudas socaba las bases del funcionamiento institucional; de allí entonces que abordamos las deficiencias institucionales de nuestro sistema político que cuando no funciona correctamente genera resquicios por donde se articulan acciones indebidas que no hacen funcionar correctamente las instituciones. No se articulan los controles internos y externos y se genera allí la primera etapa de la corrupción.

El mal funcionamiento institucional, la falta adecuada de controles, su relajamiento, es caldo de cultivo para la corrupción.

¹⁹⁰ Manfrioni, Carlos A. “Control político en el capitalismo global” Ed Abeledo Perrot. Buenos Aires Año 1999, pág. 17

Empieza desde la cúspide del poder y se extiende a toda la sociedad. De allí entonces el estudio esbozado en el capítulo V ya que resulta ineludible la conjunción de impunidad con inmunidad como característica sistémica como lo expresa muy bien Pegoraro.¹⁹¹

Esta disfuncionalidad puede generar desde los llamados Estados de Corrupción, hasta los llamados sistemas cleptocráticos (gobierno de los ladrones) pasando por estados de corrupción moderada hasta controlada.

Nos importa la lucha contra la corrupción partiendo de la base que la misma será permanente, y que siempre se debe evitar siempre la llamada corrupción sistémica, que como nos enseña Klitgaard¹⁹² "... es aquella que distorsiona los incentivos, socaba las instituciones y redistribuye la riqueza y el poder en forma injusta. Cuando la corrupción compromete el derecho de propiedad, el imperio de la ley, y los incentivos a la inversión, el desarrollo económico se paraliza..."

Por ello la primera fase de la lucha por la erradicación sistémica de la corrupción debe empezar en la cúspide del poder. La garantía de ello reside en primer lugar en el estricto respeto de los ámbitos de poder de cada órgano, como a los controles institucionales, recíprocos y cruzados, que la constitución obliga a estos. También en los controles externos y por supuesto en el control social.

¹⁹¹ Pegoraro, Juan S. "La corrupción como cuestión social y como cuestión penal" Universidad de Buenos Aires, Facultad de ciencias sociales. Instituto de Investigación Gino Germani.

¹⁹² Klitgaard Robert. "Contra la Corrupción" Cuadernos de Finanzas y Desarrollo junio del 2000 volumen 37 Nº 2 pág 2-4.

Esto constituye una actividad central, acompañada de un sistema normativo que sancione actos y hechos de corrupción en la faz punitiva y administrativa. De allí entonces que abordamos la problemática en los capítulos siguientes, aclarando que este problema no se soluciona con aumento de las penas, si antes no se buscan los responsables y menos aún se los sancionan posteriormente.

Hay que evitar la corrupción generalizada, que esta sea vertical, esto es que atraviese a todos los sectores sociales, y más que emane desde la cúspide del poder generando una situación de certeza de impunidad.

Emilio Lamo de Espinoza,¹⁹³ sostiene que el verdadero problema es siempre un sistema insuficientemente provisto de controles y contrapoderes, una nueva ética económica, el bloqueo de controles institucionales, lo que le resta sustento a la democracia por cuanto implica un proceso de ciudadanía inconclusa, y la manifestación ostensible de una democracia delegativa.”

Mas la lucha contra la corrupción ni siquiera empieza si no existe reproche penal sobre el hecho injusto receptado en la ley. Es que puede haber corrupción lo que no puede (ni debe) haber es impunidad.

No se trata ello de un diseño legal o del sistema penal, menos aun de política criminal donde esbozamos, incluso, la necesidad de un cambio sino de decisiones: luchar contra la causa que corroe el sistema.

¹⁹³ Lamo de Espinosa, Emilio, "Corrupción Política y ética económica", en "la corrupción política" compilada por Laporta, Francisco y Silvina Alvarez, (editores). Alianza Editorial, Madrid 1997. Pág 284.

Pegoraro¹⁹⁴ se formula entonces el angustiante interrogante: Frente a ello, qué puede hacer el Sistema Penal?; la ley declara el interés público mientras la conducta pública pasa a ser un asunto de interés privado. De tal manera el temor al castigo, ya sea de la instancia judicial-penal o la condena social se muestra insuficiente como instancia reguladora ya que resulta que el temor al castigo se diluye cuando la pertenencia de los funcionarios a un grupo-partido-corporación-alianza o empresa hace que se pueda neutralizar el sistema penal y apostar a la inmunidad y a la impunidad.

Tampoco se agota el tema en el diseño administrativo de controles estatales, siempre laxos o insuficientes, por más avance normativo que se reconoce, mas no debe dejar de analizar que el objetivo de la lucha contra la corrupción tiene etapas ya que el primer objetivo es luchar contra la corrupción, tratar de controlarla luego, para más tarde desmantelarla, por lo menos del aparato estatal.

De allí entonces que la frondosa literatura aportada desde el derecho administrativo es indispensable, pero no suficiente, para emprender esta cruzada. Por ello creemos imprescindible una estrategia colectiva, que sea una hoja de ruta para hacer eficiente el sistema, que los derechos fundamentales sean garantizados con eficacia.

La toma de razón de esta epidemia social y cultural que padecemos en nuestro suelo no puede encontrar justificación de ninguna especie, aunque se expresen distintas tácticas, como modos, métodos o caminos para emprender esta verdadera gesta que, sobre todo, será emancipadora de los espíritus más nobles de los ciudadanos.

¹⁹⁴ Pegoraro Juan S. ob citada.

Hay que llegar a una situación de cooperación, como lo señala Elster¹⁹⁵ “cooperar es operar contra el propio interés de una manera que beneficie a todos, si algunos o posiblemente todos actúan de ese modo...” se llega a ello por altruismo o por interés particular con dosis de honestidad, por conveniencia”.

Se debe empezar con la renovación moral de los compromisos públicos de los representantes más conspicuos que ocupan los cargos más relevantes, desde allí se debe generar el cambio cultural, para que luego, se forme una conciencia colectiva.

Por supuesto que luego de tal episodio deviene la lucha que normalmente algunos la llaman corrupción ordinaria que van desde las sanciones punitivas de los actos o el activo mecanismo de contralor estatal; mas es imperioso que existan valores como premisas de comportamiento que no están en los textos legales, tal como la honestidad y compromiso patriótico del funcionario que accede al cargo, limitar el margen de arbitrio estatal en cuestiones vinculadas a contratos que el Estado realiza con terceros, fomentar la competencia e impedir el monopolio, buscar que el ingreso salarial sea un incentivo suficiente para que el soborno como la forma más usual de corromper al funcionario pueda hacer mella en el comportamiento de este.

Señalamos la degradación del ciudadano con prácticas clientelares, peor aún es el acceso a la administración pública con personal carente de idoneidad suficiente lo que se agrava con el nepotismo como una forma de corromper la vida pública, ya que, como lo afirma Cazarola Pérez¹⁹⁶ “...podría considerarse un

¹⁹⁵ Elster, Jon. “Tuercas y tornillos” una introducción a las conceptos básicos de las ciencias sociales” Ed.Gedisa. Barcelona 2003.

¹⁹⁶ Cazarola Pérez, José, *El clientelismo de partido en la España de hoy: una disfunción de la democracia*, en Revista de Estudios Políticos N° 87, 1995, pág. 45

subtipo de clientelismo, diferenciable por la existencia de un lazo familiar, y en consecuencia por el distinto origen de la confianza que se presta, del compromiso que se adquiere y a veces, por no ser tampoco imprescindible una dimensión de intercambio, aunque siempre sí de favorecimiento”.

Se debe evitar siempre toda forma de adecuación del interés público al interés privado y ello se logra con firme compromiso colectivo de cumplimiento obligatorio.

Reisman¹⁹⁷ plantea con acierto la necesidad de la respuesta institucional ante el problema de la corrupción, la efectividad por sobre la estridencia, el resultado antes que la puesta en escena, toda vez que la tolerancia es caldo de cultivo con los códigos prácticos alejándolos del código mítico- aquel que se debería cumplir- señalando que la corrupción (soborno) es, en tiempos de paz, equiparable a la traición a la patria en tiempos de conflictos bélicos.

Es más que evidente que es un tema crucial. La corrupción socaba las bases del sistema político e institucional al sustraer los recursos públicos que van a un destino privado e indebido. De allí que señaláramos la grave situación puesto que no solo el problema se manifiesta en el ámbito público, propio del comportamiento estatal, sino en toda la sociedad y se retroalimenta entre funcionario ímprobo y ciudadano no comprometido, con el resto de la sociedad que se abstrae de la cuestión como si la misma le fuera ajena.

Analizar la gravedad del problema; empezar a trabajar sobre las causas de una democracia que se muestra ineficaz para solucionar

¹⁹⁷ Reisman W. Michel “Remedios contra la corrupción” Ed. Fondo de Cultura Económica .México. 1979

problemas acuciantes nos impone un derrotero: tomar a la lucha contra la corrupción como una política de estado.

Necesidad de un pacto político El proceso político y social iniciado luego de la superación de la crisis institucional, social, económica de la Argentina en el año 2003 viene a obligar a nuevos compromisos. La democracia, a su vez, ya abre el abanico de los llamados derechos de cuarta generación o dimensión, junto con el derecho a la información y al pluralismo político ampliado lo que esbozáramos antes.

En este período se han visto asegurados el funcionamiento político e institucional del país; ahora es necesario asegurar y ampliar las fronteras que contienen los derechos humanos o fundamentales y garantizarlos efectiva y eficazmente.

Cierto es que a la democracia republicana de la tolerancia y pluralidad, se la amplió notablemente con nuevos derechos (desde el matrimonio igualitario a la asignación universal por hijo) lo que extiende los pliegues de la cobertura de los derechos, sobre todo a los que menos tienen, o eran objeto de una incomprensible discriminación.

Si bien esto se pudo llevar adelante por un marcado superávit fiscal y comercial, por una balanza de pagos netamente favorable a la Argentina, que pudo colocar sus productos en el mundo, sobre todos los de origen primario, es más cierto aún que existe voluntad política para una mejor distribución de la riqueza y que esta – como expresión social- llegue a todos los ciudadanos, especialmente a los que menos tienen.

El avance en política exterior es positivo en cuanto fortalece los vínculos con los países que están hermanados en la lucha común y con problemas comunes.

Se necesita pues abordar problemas que tienen que ver cómo y de qué manera se satisfacen más y mejor los derechos humanos de los ciudadanos en la actualidad- trabajo, educación, seguridad, salubridad- que no pueden subsumirse dentro de la llamada calidad de vida en forma genérica.

La mejor distribución del ingreso va asociada a un sistema institucional que mejorado- más calidad- optimice la prestación de los servicios que el Estado está obligado a brindar a cada ciudadano.

Por ello la materialización del mandato del artículo 36 de la Constitución Nacional es una necesidad ya que el problema de la disfuncionalidad del sistema democrático, la afectación a los derechos fundamentales son abordados desde el ámbito público y estructural del funcionamiento estatal, mientras que la corrupción tiene este aspecto y el ético e individual propio de cada ciudadano, que debe actuar en este caso como celoso custodio del ordenamiento institucional, jurídico y social.

Hay que pasar de la protesta a la propuesta. Sin dejar de efectuar las denuncias por hechos abominables de corrupción hay que articular diálogos imprescindibles para que este tema sea prioritario en la agenda común de la dirigencia política y de todos los sectores de la sociedad.

Es imperioso generar estructuras y formas de comportamiento que desalienten las prácticas corruptas. Si el Estado es grande y sin controles cruzados aflorará la corrupción; si el Estado es débil, está a merced de ella, en tanto si el Estado es fuerte puede combatirla.

Estado mínimo es sinónimo de insolidaridad, es tener controles superficiales y formales.

Estado fuerte, pues, no significa grande o con amplias dimensiones, pero no se puede caer en la concepción neoliberal del Estado mínimo.

Pero el propósito imprescindible para lograr la efectividad y eficiencia del modelo de vida democrático es evitar que el Estado caiga en manos de personas sin preparación o con fines inconfesables.

Se debe combatir el sistema de corrupción institucionalizada. Suárez y Gorrocheategui¹⁹⁸ explican que este como “las estructuras y los procesos que con el tiempo se instalaron en la sociedad como modalidades corrientes de lograr de manera continua beneficios personales a expensas de un bien público”.

Estas conformaciones organizacionales tienen una forma de sutil convicción más proclive al desencanto y hasta incluso provocar el desaliento como una forma de impedir la investigación llamadas técnicas de la neutralización que se pueden sintetizar en una supuesta justificación y argumentación como ser: a) Justifican su accionar en que todos lo hacen. b) Niegan haber quebrantado una ley ya que ésta es injusta y por ende, inválida. c) Justifican su inocencia en que las leyes que los juzgan son tan criminales como ellos.

Los grupos que buscan ganancias fáciles, rápidas y sin inversiones de riesgos buscando la renta segura y el mercado cautivo tienen la política de la llamada “Captura del Estado”. Esto es promocionar y colocar a individuos que aprovechan su poder,

¹⁹⁸ Suárez, F. y Gorrocheategui, N. (1998) “Corrupción Organizacional: Aspectos vinculados a la Estructura de Oportunidades en Diversos Tipos de Organizaciones y Casos de Corrupción Institucionalizados”. *Instituto de Investigaciones Administrativas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires.

influencias, amistades o asociaciones, para condicionar la acción de un sector del aparato estatal instalándolos en ellos. El zorro cuidando las gallinas.

Por ello los partidos políticos deben profesionalizar sus cuadros, formar seriamente a sus dirigentes capacitándolos debidamente para la función pública. Si bien tal premisa está contenida en las leyes de partidos políticos y electorales, esto no se cumple debidamente.

Los partidos políticos, y más aún el sistema de partidos políticos en conjunto, deben tomar la posta de abordar el problema de la corrupción para evitar caer en lo que Della Porta¹⁹⁹ califica corrupción sistémica fundado en los intercambios ocultos, la existencia de cajeros del partido, profesionales protegidos, todo suerte de burócratas llamados políticos de negocios, el transfuguismo, y todo otra modalidad execrable, cayendo en la socialización de lo ilícito, con lo que al desbaratarse el sistema de partidos, se resiente la democracia y ello se traslada a las instituciones.

Así, los distintos parlamentos se nutren de partidos políticos de distinto espectro ideológico y representan a toda la sociedad, por lo que tiene una superlativa importancia este poder ya que como ningún otro, representa la soberanía popular y más allá de las disfuncionalidad de los fueros llama la atención al fenómeno de la " corrupción parlamentaria nos estamos refiriendo a los actos corruptos que realizan los políticos elegidos en perjuicio de las expectativas por las cuales su electorado les ha elegido.

En este tipo de corrupción; política, por supuesto, los parlamentarios reciben sobornos por parte de ciertas élites

¹⁹⁹ Della Porta, Donatella . "Partidos políticos y corrupción. Reflexiones sobre el caso italiano" en Nueva Sociedad Nº 145, 1996. Caracas.

(lobbies, empresarios) con la finalidad de defender sus intereses ante la cámara legislativa, dejando de lado la representación política que se les ha confiado; y por ende, el bien común, anteponiendo el privado, lo que se manifiesta en la existencia de conflictos de interés.." como señala Ortiz²⁰⁰, cosa reprochable que se alimenta de una práctica no delictiva en términos punitivos como ser el transfuguismo.

Como bien se define²⁰¹ "se entiende el transfuguismo; restringiendo su acepción al ámbito político, como aquella forma de comportamiento en la que un individuo, (en este caso el parlamentario) en su carácter de representante democráticamente elegido, abandona la formación política en la que se encontraba para pasar a engrosar las filas de otra" germen de la corrupción política si las hay en ámbitos representativos.

Mario Caciagli²⁰², tomando el caso italiano que bien puede ser pauta general, señala las causas y condiciones que facilitan los actos de la corrupción en una clasificación basada en causas institucionales, políticas, culturales, económicas y morales.

También es caldo de cultivo para la corrupción, la maraña de reglamentación y oficinas con actividades superpuestas o superfluas que contribuye a alimentar este flagelo. Debemos propender a la simplificación y control con eficacia.

²⁰⁰ Ortiz Ibarra, Yaneth Alejandra. "Corrupción y nepotismo Boletín de la Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno Universidad de Salamanca año 2011, N° 1, vol.I.

²⁰¹ Renu y Villamala Josep María, Reyes Román (dir.) *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales* en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/transfuguismo.htm>. fecha de consulta: 14 de mayo 2009

²⁰² Caciagli, Mario, Clientelismo, corrupción y criminalidad generalizada. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1996.

Dijimos, cuando abordamos el sistema jurídico para la protección de los derechos, que la moral migró hacia el derecho, debe hacerlo también a la política, y para ello es indispensable el correcto funcionamiento del sistema de partidos y la interrelación de estos entre sí para tener un pacto de estado sobre la corrupción.

La corrupción no está anclada en un partido político o sector en particular, nos corta de manera transversal a todos y, por ende, es tarea común y no deben existir distinguos entre oficialistas u opositores. Es (o debe serlo) tarea de todos.

Necesidad de analizar las causas: Resultará primordial para ello evitar la tentación populista de ganar elecciones y olvidarnos de las cuestiones de Estado que garantizarán el futuro de las generaciones que vienen.

Nos obliga a suspender nuestra marcha en la vorágine de la dinámica política de estos tiempos, donde lo que importa es ganar, no importa cómo. Hay que hacerlo ahora remitiendo el análisis de temas que socaban la base de la sociedad y conspiran contra el funcionamiento del Estado mismo como es la corrupción. Es la causa fuente de la afectación a los derechos fundamentales.

Sapelli²⁰³, a modo de ejemplo, lucidamente propone analizar el sistema social, la dimensión socio-política del fenómeno de la corrupción con las conductas prácticas de los actores, el sistema económico con el sistema político y su efecto sobre los individuos, y la corrupción está en el eje que vertebra las condiciones de "vida" de un ciudadano, por lo que sostiene que se ha producido una "balcanización" política del Estado ya que ha sido ocupado por grupos de poder y estos funcionarios responden más a su grupo que al estado como representante de la comunidad. Es que el norte

²⁰³ Sapelli, Giulio. "Cleptocracia. El mecanismo único de la corrupción entre economía y Política. Ed Losada. Buenos Aires 1998.

de nuestra intención es la conformación de una democracia con poder, y que el centro de gravedad del poder sea el ciudadano.

El simplismo encubridor y hasta cómplice de toda la sociedad, más aún de los que tienen la más alta responsabilidad institucional o social, no advierten que, problemas tales como la inseguridad, la falta de trabajo, educación, y cultura pretendemos solucionarlo con restricciones a los derechos y aumentar el radio de la punitividad del Estado.

Sin dudas que es necesario tomar medidas urgentes. No se puede rehuir abordar prioritariamente la lucha contra la corrupción como la tarea central para después buscar soluciones específicas. Es lo importante.

Esconder los graves problemas o diferir el tratamiento de temas escabrosos no soluciona el problema. Lo agrava.

Estamos en estos temas tan desorientados que creemos que damos en el blanco mientras disparamos, en la neblina, tiros al aire y por doquier.

El camino es fácil, claro y sencillo: se trata de comprender la magnitud de esta crisis y empezar a resolver las cuestiones, veremos (como integrante de la sociedad) que es más redituable- aunque lleve más tiempo- invertir en educación y cultura para sacar a un sector del delito. Difícil es trasladar ello a la práctica y más difícil aun es lograr que esta premisa se transforme en un pacto de Estado.

Se advertirá que si tenemos trabajo genuino y salimos de los planes de emergencia social, esto alejará del delito y traerá más seguridad ya que el mismo vecino investido como ciudadano

cuidará la seguridad pública como a su fuente de trabajo estable y duradero.

La seguridad y certeza en el manejo de la economía con reglas de juego claras tendrá efecto irradiador de comportamientos donde la competencia ofrezca más oportunidades. Debe tenerse presente que la Inflación es a la economía lo que la corrupción es a la política, y esta afecta a los sectores más débiles.

Si un joven tiene trabajo, educación, cultura y salud garantizada es más fácil que cambie el revólver por un libro, el trabajo por el delito, y el disfraz para delinquir por la investidura de un ciudadano al que se le reconocen derechos y los ejerce y defiende en plenitud.

De lo contrario se seguirán haciendo más cárceles y se poblarán más rápidamente de cementerios de precoces delincuentes y trabajadores de la seguridad que dan su vida cumpliendo con su deber. Todo ello porque no somos capaces de abordar la causa de nuestros males.

Alfonsín²⁰⁴ nos enseñó que el drama social actual está "...en el ocultamiento de la naturaleza ética de los graves problemas que hoy debate la Nación entera. A la ética están vinculadas las grandes interrogaciones de nuestro pueblo y las respuestas que cada uno les da" simplemente porque nos olvidamos de la moral.

Evitar los facilismos: Ackerman²⁰⁵, precisa con acierto que "la corrupción sistemática socava la legitimidad de los gobiernos, especialmente la de los democráticos, los que incluso pueden verse amenazados por golpes de Estado dirigidos por líderes

²⁰⁴ Alfonsín, Raúl Ricardo " El olvido de la moral" diario Clarín del 26/9/97

²⁰⁵ Ackerman, Rose: *Transparencia en la contratación estatal*. Fundación Interamericana de Abogados – BID, 1997, p. 28.

totalitarios". Esta circunstancia es abonada por situaciones económicas y sociales de crisis son caldo de cultivo para propuestas autoritarias que generalmente van de la mano de liderazgos emergentes de sectores poco proclives a una democracia republicana, más cercanas al cesarismo plebiscitario que lejos de orientar la acción a erradicar las causas de los problemas abordan a estos desde las consecuencias.

Se relajan los controles y aparecen las soluciones rápidas como por arte de magia o prestidigitación en la propuesta del líder.

Hernández y Hurtado²⁰⁶ indican que "(...) el Populismo produce un esquema de dominación y es en sí mismo más evolucionado políticamente que el caudillismo decimonónico. Su anclaje, como propuesta política a los problemas sociales, se logra no por vías racional-ideológicas sino mediante un puente emocional-metafórico, evocando en el mensaje a las masas soluciones obvias y sencillas a las crisis, muchas de las cuales se relacionan con haberse apartado de un pasado idealizado o miticado (...)"

Analizando las circunstancias de la región Marcos Novaro²⁰⁷ señala que [...] el resurgir de los populismos latinoamericanos se ha caracterizado por la personalización de la representación en líderes carismáticos que ofrece una salida solo aparente a la crisis institucional de la región: estos líderes se autopresentan ante la sociedad aprovechándose de un vacío de imágenes unificadoras de la misma, permiten en la situación de crisis la traducción

²⁰⁶ Hernández Ivo, Hurtado Héctor " El Populismo, una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos" cuaderno de ciencias sociales Nro 156 Ed. Facultad latinoamericana de ciencias sociales (FLACSO) Costa Rica, 2010 pág 12/13

²⁰⁷ Novaro, Marcos. Los Populismos latinoamericanos transfigurados. Nueva Sociedad, Caracas, Nº.144, jul.-ago. 1996, pág. 99

política de un conjunto disperso de voluntades particulares, pero al costo de la manipulación de las reglas institucionales, la violación a las promesas y compromisos con los votantes y de los derechos ciudadanos”

Es que al no trabajar sobre las causas, los problemas persisten aunque existan paliativos sociales; la solución real, efectiva y que puede ser definitiva no aparece.

Si se impide el normal funcionamiento de las instituciones de contralor institucional y se deja las soluciones en manos de un liderazgo cuasi mágico, esto posibilita la entronización de la corrupción, lo que sin dudas reproduce y consolida la desigualdad social, alimenta el clientelismo político y perpetúa la ineficacia de la burocracia y, por lo tanto, impide contar con una administración pública eficiente al servicio de la satisfacción de los derechos de los ciudadanos

Esta concentración del poder va de la mano con el desarrollo de prácticas políticas corruptas, tal como la eliminación de órganos de regulación independientes, control de la justicia y establecimiento de estructuras de mando verticales efectuadas de facto, lo que facilita la corrupción.

Por ello es menester extender los pliegues del sistema democrático en armonía con las garantías de los derechos fundamentales. Es un camino áspero, ríspido, que obliga al paso lento, pero seguro, ya que la confianza se deposita en la constitución y las instituciones que funcionan conforme a la ley.

La solidez de un sistema permite la competencia y con ello el crecimiento de toda la sociedad; es obvio que debe existir el espacio para la renta empresaria luego de una inversión de riesgo que genere empleo y las instituciones deben dar esta garantía,

asegurando al mismo tiempo un salario digno y el cumplimiento de las normas que amparan a los sectores más vulnerables. Se trata de lograr desarrollo económico que asegure el funcionamiento del sistema democrático.

Kaufman²⁰⁸ ante el interrogante de “¿Por qué es necesario estudiar la relación entre desarrollo económico, calidad de gobierno y anticorrupción? (concluye) Porque el costo de la corrupción y de un mal gobierno es enorme para el desarrollo. En el pasado se ha subestimado la importancia primordial de la calidad, probidad, transparencia e integridad de las instituciones públicas. La evidencia demuestra que la corrupción reduce la inversión interna y externa; merma los ingresos tributarios y afecta el gasto social. Por ende, empeora la distribución del ingreso y distrae recursos que se podrían destinar para reducir la pobreza.

Siguiendo a este autor, y convencidos de que la problemática de la lucha contra la corrupción obliga la atención de la sociedad en todos los frentes, es indispensable entonces que para el servicio público estatal haya una buena política salarial para evitar tentaciones de soborno, entre tantas; que haya mérito para el acceso a la función pública mediante concursos públicos, información amplia y sin restricciones. Por otra parte el Estado debe asegurar un control financiero de su actividad, no solo la obligada por el texto constitucional sino la operativa de todos sus sectores donde se invierten los dineros públicos; con auditorías de su gestión financiera; el control social y participativo de la adquisición de bienes o contratación de servicios sea el modo que fuese, en especial teniendo en cuenta el presupuesto.

²⁰⁸ Kaufman, Daniel. Revista *Perspectivas* (Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile), vol. 3, N° 2, 2000 (pp. 367-387)

La actividad de control que conlleva la lucha contra la corrupción no podrá realizarse eficazmente dejando esta actividad en poder de los organismos estatales únicamente; se necesita que exista un monitoreo y escrutinio social, abogando por la mayor concienciación ciudadana; dando participación activa a las organizaciones no gubernamentales, además de los órganos de contralor predispuestos por el sistema institucional.

Necesidad y posibilidad: En circunstancias difíciles somos capaces de sacar lo mejor de nosotros mismos como sociedad. Vivimos en trance de heroísmo cuando las circunstancias sociales llegan al límite y somos capaces de ser solidarios ante la adversidad de nuestros semejantes; pero nos cuesta ser valientes, esto es saber lo difícil y espinoso de una situación y no obstante los riesgos, aunque mínimos, no acometer el acto necesario para sortear la crisis o situación que dificulta un armonioso desarrollo para mejorar nuestra sociedad.

Tal vez pueda inferirse la tolerancia por manifestaciones corruptas por nuestra escasa vigencia de la idea de Nación y la ausencia de una solidaridad amplia fundada en el bienestar común.

La asignatura pendiente de la batalla ética, como dato cultural, sin dudas que es a largo plazo, y se expresan sobre todo en el terreno de la legitimidad social como lo expresa Habermas²⁰⁹, por lo cual es un cuestión difícil que puede generar resistencias. Por ello, es imperioso, reiteramos, un pacto de estado para que la ética inunde la política y que no sea patrimonio de pujas políticas solitarias o de arrebatos individuales a fin de generar consensos perdurables en la lucha contra la corrupción.

²⁰⁹ Habermas Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorortu Editores, Buenos Aires, 1975.

La nota de ejemplaridad de conductas es imprescindible, como también lo es la toma de conciencia de la gravedad del flagelo y la convicción profunda de emprender una verdadera cruzada.

Como dato imprescindible para ello resulta la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, y si se suma la ejemplaridad de conductas de los funcionarios, no solo que se fortalece la confianza sino que se estimula a una acción.

La persistencia de una marcada tolerancia social hacia el gozo de privilegios privados permite que prevalezca una conveniencia y justificación del lucro privado sobre la moralidad cívica.

Sin dudas que nuestra crisis es una crisis moral; ya que los valores están en dudas cuando colisionan con potenciales beneficios económicos y más cuando estos puedan ser obtenidos a cualquier costo. Menos aún se puede esperar que exista el acto de arrojo de un ciudadano que conociendo hechos execrables como ser la trata de blancas, el narcotráfico, sea capaz de anotar de esto a las autoridades.

La falta de compromiso del ciudadano es directamente proporcional a la falta de confianza de estos con las instituciones y funcionarios. De allí la imperiosa necesidad de articular un pacto de estado en la lucha contra la corrupción, esta está poniendo en peligro el sistema democrático y afecta la posibilidad de garantizar nuestros derechos fundamentales y afecta de modo indirecto pero fulminante

El compromiso con la vigencia de las instituciones y de la igualdad ante la ley es imprescindible ya que se debe terminar con la creencia de una cultura de la ilegalidad generalizada o reducida a grupos sociales que creen que "la ley no les alcanza a ellos" ya que fomenta la corrupción y la tolerancia social hacia ella.

Se puede entender que haya corruptos, lo que no se puede soportar es que haya impunidad, ya que ello mina la confianza social, máxime en las instituciones y su dirigencia y fomenta la anomia social.

Así como señalamos que la moral impregnó o migró al derecho, lo propio debe hacerse con la política pues como lo señala Spota²¹⁰ “la gran lucha por el derecho consiste en lograr que lo jurídico sea influido por lo ético y que el derecho sea el cumplimiento de lo jurídico y no el resultado de la decisión de lo político. La ética busca lo justo y lo político busca la eficacia”.

Este es el nuevo desafío, es posible, tuvimos ejemplos, tuvimos oportunidades hoy estamos obligados como sociedad en asumir la plenitud de nuestra soberanía colectiva para ganar el espacio común, para nosotros y las generaciones que nos precederán.

²¹⁰ SPOTA, Antonio Alberto. “Ética y Política”. ED 175-901.

BIBLIOGRAFÍA

Abal Medina, Juan Manuel “Manual de ciencia política” Ed. Eudeba Buenos Aires. 2010

Abramovich Víctor, Curtis Christian “Los derechos sociales como derechos exigibles” Ed. Trotta, Madrid 2004

Abramovich, Víctor «Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y política de desarrollo», *Revista de la CEPAL*, nº 88, Santiago, Chile.

Ackerman, Rose: *Transparencia en la contratación estatal*. Fundación Interamericana de Abogados – BID, 1997, p. 28

Ackerman, Susan, Rose- “La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”. Siglo XXI de Argentina Editores, Buenos Aires, 2001

Alfonsín, Raúl R. “Núcleo de coincidencias básicas “LA LEY 1994- D-824.

Alfonsín, Raúl R “Memoria Política- transición a la democracia y derechos humanos” Ed. Fondo de Cultura Económica Buenos Aires

Alfonsín Raúl Ricardo “El olvido de la moral” diario Clarín del 26/9/97

Aguilera Portales, Rafael E “Hacia una democracia de mínimos: del mandato imperativo al mandato representativo “en página www.fldm.edu.mx/pdf/revista nro 2.

Aragone Alberto y Luis Giménez “La inmunidad de los legisladores frente al proceso penal” LA LEY 2000-E-1149

Aranguren, J. *Ética y política*. Orbis, Madrid, 1983

Baigún, David; Bergel Salvador: *El fraude en la administración societaria*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990

Barberis, Mauro, "Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral", en Neoconstitucionalismo(s), UNAM, Trotta (ed. Miguel Carbonell), 2003.

Bauman Zygmunt "En busca de la Política" Ed. Fondo de Cultura Económica. Argentina.2001

Bayala Basombrío Manuel A "Malversación de caudales públicos" Ed. Astrea. Buenos Aires. 2008

Bazán Víctor. La inconstitucionalidad por omisión en la mira de una sentencia sólida y creativa. LA LEY 2004-A, pág.602

Bergoglio Jorge M. "Corrupción y Pecado. Algunas reflexiones en torno al tema de la corrupción" Ed. Claretiana. Buenos Aires. 2013

Bidart Campos, Germán "Tratado elemental de derecho constitucional argentino". Tº II, Ed. Ediar, Buenos Aires.

Bidart Campos: Germán J. Manual de la Constitución, T.ºIII, Buenos Aires, Ediar, 1997

Bobbio, Norberto, "El tiempo de los derechos". Ed. Sistema, Madrid, España. 1991.

Bobbio Norberto "El futuro de la democracia "ed. Fondo de Cultura Económica. México 1986.

Boron Atilio" Tras el Búho de Minerva- Mercados contra democracia en el capitalismo de fin de siglo" Ed. fondo de cultura económica. Buenos Aires. 2000

Buompadre Jorge E. "Delitos contra la Administración" Ed.Mave. Corrientes. Arg., año 2001.

Buompadre, Jorge E. "Tratado de derecho penal" parte especial Tº 2, Ed Astrea 2009

Cafiero Antonio, Convención Constituyente de la reforma constitucional de 1994 sesión del 13/7/94

Campagna, Maria Cristina, El Siglo XXI será ético o no será" Ed. Fundación Unión y UPCN, Bs As.2008

Campbell, Tom "la justicia" Ed. Gedisa Barcelona España 2002.

Campuzano, A., *Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización*. Madrid, Ed. Dykinson. 2007

Caciagli, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad generalizada*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1996

Carbonell Miguel, "Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas" *Estudios Constitucionales Rev.* Año 6 No 2, 2008 pág. 43/71.

Cárdenas Emilio, Chayer Héctor M. "Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla" ed LA LEY Buenos Aires, 2005

Carrera, Daniel P. "Peculado de bienes y servicios públicos" Ed. Mediterránea Córdoba 2005.

Carrera, Daniel Pablo "Administración fraudulenta. Deslealtad de resguardadores de patrimonio ajeno" Ed Astra. Buenos Aires. 2004

Carrizo Rubén O. "tipificación del delito de lavado de activos de origen delictivo" *La Ley sup.* Actualidad 8/7/ 2003

Cazarola Perez José, *El clientelismo de partido en la España de hoy: una disfunción de la democracia*, en *Revista de Estudios Políticos* N° 87, 1995

Colautti, Carlos E, *Los limites a los denominados fueros de los legisladores*" LA LEY 1996- C- 1420

Contreras Peláez, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Ed Tecnos Madrid, 1994.

Creus, Carlos. *Delitos contra la Administración*. Ed. Astrea. Bs.As. Año 1981

Chiapini, Julio *El delito de no justificación de enriquecimiento – art. 282 (2) del C.P.*, La Ley 1986, C, 851

Chomsky Noam "Democracias y Mercados abiertos en el nuevo orden mundial" librería virtual Tutopia.

Dahl, Robert A. *La Poliarquía. Participación y oposición*. Editorial Tecno. Madrid. 1989

D'Alessio Andrés, J. (director) Código Penal Comentado y concordado. Ed La Ley T. II, Bs.As. 2011

Daniel, Tim, Maton, James "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles" en obra colectiva compilada por Guillermo Jorge "Recuperación de Activos de la corrupción" Ed Editores del Puerto

D'Auria Aníbal "Teoría y crítica del Estado" Ed. Eudeba Bs. As.2012

Della Porta, Donatella . "Partidos políticos y corrupción. Reflexiones sobre el caso italiano" en Nueva Sociedad N° 145, 1996. Caracas.

De Lucca Javier y López Casariego, Julio E "Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional "La Ley 2000-A- pag.249.

De Olivera, Francisco, *Fernando Collor de Melo. Perfil de un prestidigitador*, Revista Nueva Sociedad N° 118, julio 1991

Díaz, Elías, "Estado de derecho y sociedad democrática", Taurus, Madrid, 1998.

Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte especial*, vol. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000

Donna, Edgardo Alberto, "Derecho Penal- Parte especial", t. II - B, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001

Durkheim, Emile. "La educación moral", Ed. Losada Buenos Aires 1997

Durkheim, E. "El suicidio" Editorial Schapire. Buenos Aires 1965

Dworkin Ronald" La democracia posible" Ed. Paidós. Barcelona, España 2008

Easton, David "Enfoques sobre teoría Política" Ed. Amorroutu, 1969

Echeverría, Julio, "La democracia bloqueada. Teoría y crisis del sistema político ecuatoriano", Letras Editores, Quito, 1997

Ekmekdjian Miguel A. en "Manual de la Constitución Argentina", Edit. Depalma

Elster, Jon "Tuercas y tornillos" una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales" Ed. Gedisa. Barcelona 2003

Estévez, Eduardo E. Seguridad e Inteligencia en el Estado Democrático. Fundación A. Illia. Buenos Aires. 1987

Fallos judiciales: Corte Suprema Justicia Nación Alem fallos t54 432: 466

C N Crim. y Correc VII, in re "B., J y otros", 1982/08/31, ED, 103-377

Ferrajoli, Luigi" Derechos y Garantías, La ley del más débil" Ed. Trotta. Madrid. 2009.

Ferrajoli Luigi "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, Doxa, cuadernos de filosofía del derecho Nro. 29, 2006.

Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Ed Trotta Madrid España 1998.

Fontan Carmen, "Inmunidades parlamentarias y el Estado Democrático de Derecho "en obra colectiva "El poder legislativo Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación. Compilación de Gentile Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fund. Konrad Adenauer

Freedman, Diego "El decomiso del producto del delito en la Argentina" en obra colectiva compilada por Guillermo Jorge "Recuperación de Activos de la corrupción" Ed Editores del Puerto

García Delgado, Daniel "Estado -Nación y globalización " Ed. Ariel 1998 Argentina

García Lema Alberto Manuel "La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional" Ed. Planeta Buenos Aires. 1994,

Garreton, Miguel A. "Política y sociedad en dos épocas" Ed. Homo Sapiens, 2000. Argentina

Garzón Valdez: Ernesto «Acercas de la calificación moral de la corrupción. Tan sólo una propuesta», en *Isonomía*, n.º 21, octubre, 2004, ITAM-Fontamara.

Garzón Valdez Ernesto "Acercas del concepto de corrupción" 1996. Francisco Laporta y Silvina Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Alianza, Madrid, 1997

Gelli, María Angélica: Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001

Gelli, María Angélica -*El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de su enmienda*- La Ley. Buenos Aires, 3 febrero de 2006. La Ley 2006 -A

Gelli, María Angélica *Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial* LA LEY diario del 26/6/2013

Gherzi, Carlos A. "Corrupción. Análisis económico, social y jurídico. LA LEY 2010- E-667

Gil Domínguez, Andrés "Neoconstitucionalismo y derechos colectivos" Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

González Campaña "Corrupción y Derechos Humanos "UNLP 2005-36, 342

González Joaquín V. "Manual de la Constitución Argentina" Ed Estrada y Cia., Buenos Aires.

González, Joaquín. Corrupción y justicia democrática, Ed Clamores, Madrid, 2000

Guastini, Ricardo. "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico": El caso italiano, en AAVV, Neoconstitucionalismo Ed. Trotta España 2003.

Haberle Peter El Estado constitucional, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007

Habermas, Jürgen “El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?” en *Tiempo de transiciones*, Madrid, Trotta, 2004

Habermas. Jürgen, *Facticidad validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, (trad., sobre la cuarta edición revisada, de M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998.

Habermas Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorortu Editores, Buenos Aires, 1975

Hernández Ivo, Hurtado Héctor “El Populismo, una aproximación a un problema de las democracias de todos los tiempos” cuaderno de ciencias sociales Nro 156 Ed. Facultad latinoamericana de ciencias sociales (FLACSO) Costa Rica, 2010

Huntington S.P. “el orden político en las sociedades en cambio” Paidós, Buenos Aires 1972.

Ibarra Pedro “Anuario de movimientos sociales. Una mirada sobre la red.” Elena Grau y Pedro Ibarra (coord.). Icaria Editorial y Getiko Fundazioa. Barcelona, 2000

Informe de Consejo Internacional de los derechos humanos *Corrupción y Derechos Humanos estableciendo el vínculo*. Monterrey, México 2009

Jorge, Guillermo “Recuperación de activos de corrupción una investigación de Guillermo Jorge” Ed Editores del Puerto Buenos Aires. 2008

Kant Immanuel “Fundamentación de la Metafísica de las costumbres “Ed las cuarenta Buenos Aires, 2012.

Kapiszewski Diana” La corte suprema y la política constitucional en la Argentina post Menen” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* N 7 julio del 2006.

Kaufman Daniel *Revista Perspectivas* (Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile), vol. 3, N° 2, 2000

Kelsen Hans, “Teoría pura del Derecho” Ed Porrúa México 1991,

Kelsen, Hans "Teoría general del Estado" México Ed. Nacional, 1985

Kirchheimer Otto "El camino hacia el partido de todo el mundo" en Teoría Sociológica crítica de los partidos políticos, Ed. Anagrama Barcelona. 1989.

Kliksberg, Bernardo "Hacia una economía con rostro humano" Ed. Fondo de Cultura económica. Argentina 2002.

klitgaard Robert "Controlando la corrupción. Una indagación practica para el gran problema social de fin de siglo" Ed. Sudamericana. Buenos Aires.1994.

Klitgaard Robert "Contra la Corrupción" Cuadernos de Finanzas y Desarrollo junio del 2000 volumen 37 N° 2

Lamo de Espinosa, Emilio, "Corrupción Política y ética económica", en "la corrupción política" compilada por Laporta, Francisco y Silvina Alvarez, (editores). Alianza Editorial, Madrid 1997.

Laporta y Álvarez (eds.): La corrupción política, Madrid: Alianza Editorial, 1997

Linz, Juan J. "la quiebra de las democracias" Ed. Alianza Universidad. Madrid España 1993.

Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Ed. Ariel. Barcelona, España, 1979

Loñ Félix, Morello Augusto M "Lecturas de la Constitución" Ed. Librería Ed. Platense, Lexis Nexis Bs As, 2003

Mairal Héctor A "las raíces legales de la corrupción" o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla Ed. R.P.A. Bs As. 2004

Malamud Andrés "Los partidos políticos" en introducción a la ciencia Política compilación de Julio Pinto Ed. Eudeba 2000 Buenos Aires

Malem Seña Jorge F “la corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos” Ed Gedisa, Barcelona España año 2002

Malem Seña, Jorge F “corrupción, normas morales y educación “publicado en www.cartapacio.edu.ar

Manfrioni, Carlos A. “control político en el capitalismo global” Ed Abeledo Perrot. Buenos Aires Año 1999.

Martínez Pujalte, Antonio Luis - Tomas de Domingo “los derechos fundamentales en el sistema constitucional Teoría general e implicaciones prácticas. Ed. Palestra, Lima Perú, 2010

Mendonca Daniel “Infame condición- democracia-pobreza – corrupción - Paraguay Centro de Publicaciones de la Universidad Católica- Asunción Paraguay

Merton, Robert. Teoría y estructura social.: Ed Fondo de Cultura Económica. México. 1965.

Midon Mario A R “Decretos de Necesidad y Urgencia” Ed LA LEY, Bs. As. 2001.

Moreno Ocampo, Luis, “En defensa propia. Cómo salir de la corrupción” Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993

Mouffe Chantal “En torno a lo político” Ed. Fondo de cultura económica. Bs. As. 2009

Nieto Alejandro “Corrupción en la España Democrática” Ed. Ariel, España, 1997

Nino, Carlos. La Constitución de la democracia deliberativa .Ed. Gedisa. Barcelona, España, 1997.

Nino, Carlos Santiago: “La participación como remedio a la llamada ‘crisis de la democracia’” en Aznar, L. et. al.: *Alfonsín, discursos sobre el discurso*, Buenos Aires, EUDEBA-FUCADE, 1986.

Nino, Carlos Santiago “Un país al margen de la ley” Ed. Emece. Buenos Aires 1992.

Nino, Carlos Santiago “Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación” Ed. Astrea. Bs.As. 1989

Nino Carlos Santiago "Juicio al mal absoluto" Ed Ariel. Argentina, 2006.

Novaro, Marcos. Los Populismos latinoamericanos transfigurados. Nueva Sociedad, Caracas, N°144, jul.-ago. 1996

Nun, José "Democracia – Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos" Ed. Fondo de Cultura Económica Bs As. 2000,

Núñez Ricardo "Tratado de Derecho Penal", Ed. Marcos Lerner. TºVII Cordoba.1988

Núñez Carlos Tratado de derecho Penal T IVº, ed. Marcos Lerner Córdoba, 1988

O' Donnell Guillermo, Schmitter Philippe "Transiciones desde un gobierno autoritario" Ed. Prometeo Libros. Buenos Aires, 2010.

O' Donnell Guillermo "La democracia Delegativa" Diario La Nación del 28 de mayo del 2009.

Ortiz Ibarra Yaneth Alejandra corrupción y nepotismo Boletín de la Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno Universidad de Salamanca año 2011, N° 1, vol.I

Panbianco Ángel "Modelos de Partidos" Ed. Alianza Universidad, Madrid.1990

Peces Barba Gregorio "Ética, Poder y Derecho" Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1995

Pegoraro, Juan S. "la corrupción como cuestión social y como cuestión penal "Universidad de Buenos Aires, Facultad de ciencias sociales" Instituto de investigación Gino Germani.

Pérez Luño, A. E., "La ciudadanía en las sociedades multiculturales". En De julios Campuzano, A., Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización. Madrid, Ed. Dykinson. 2007.

Pérez Tapias, José Antonio "Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural. Ed Trotta . Madrid España 2007

Peruzzotti y Catalina Smulovitz (Eds.), Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas, Buenos Aires, Temas Editorial, 2002

Petrella Ricardo, "el bien común. Elogio de la Solidaridad. Temas de Debate. Madrid, 1997

Pisarrello, Gerardo; De Cabo, Antonio, "La renta básica como nuevo derecho ciudadano" Ed. Totta. Madrid, España 2006.

Pisarrello Gerardo, "Un largo Termidor – la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático- Ed. Trotta 201

Pizzolo, Calogero "Entre la inmunidad funcional y la impunidad" LA LEY 2004- C- 322

Pizzorno, Alessandro en "la corrupción en el sistema político" en " lo scambio occulto" comp por Donatella Della Porta II .Mulino Bologna. 1992

Popper Karl "la sociedad abierta y sus enemigos "Ed. Orbis Hispanoamérica Bs. As. 1985

Prieto Sanchis, Luis" Justicia constitucional y derechos fundamentales Ed. Trotta Madrid 2009

Prieto Sanchis, Luis, "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial" En Neoconstitucionalismo (s), Miguel Carbonell (Coord.), Trotta, Madrid, 2003.

Przeworski, Adam "Rendición de cuentas Social en América Latina y más allá", en Enrique

Quiroga Lavié, Humberto. Derecho Constitucional. Ed. Depalma. Buenos Aires. Año 1993.

Reniu y Villamala Josep María, Reyes Román (dir.) *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales* en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/transfuguismo.htm>. fecha de consulta: 14 de mayo 2009

Reisman W. Michel "Remedios contra la corrupción" Ed fondo de cultura económica .México.1979.

Rigoli, Juan "Senado S.A" ed planeta, Bs As, 2000

Rimondi, Jorge Luis "Calificación legal de los Actos de Corrupción en la Administración Pública" Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005

Riofrio, Claudio La Capital Rosario 112 de julio del 2013

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime "Ética, Poder y Estado" Ed. RAP. Argentina.

Romero César Enrique: Derecho constitucional (Realidad política y ordenamiento político), tomo II, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallá Editor, 1976.

Sancinetti, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito del funcionario público – art. 282, 2, Cod. Penal-*. Ed. Had Hoc, Bs. As., 1994.

Sagües, Néstor Pedro. El concepto de "desconstitucionalización". LA LEY 2007-B, pág. 1268

Sagües, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, tomo Nº1, Ed. ASTREA, 1999

Sapelli, Giulio. "Cleptocracia. El mecanismo único de la corrupción entre economía y Política. Ed Losada. Buenos Aires 1998

Sartori, Giovanni. Elementos de teoría política. Cap. 4 Democracia. Alianza Editorial. Madrid. 1987.

Sartori Giovanni "Partidos Políticos y Sistemas de partidos" ed. Alianza, Madrid.

Savater, Fernando "Invitación a la Ética. Ed Planeta España.1995.

Scabino, Dardo "La era de la desolación. Ética y moral en la Argentina de fin de Siglo"Ed. Manantiales, Buenos Aires 1999

Schumpeter, Joseph. Capitalismo, Socialismo y Democracia. Harper. N.Y. 1947.

Soler Sebastián "Tratado de Derecho Penal" T. V Ed. T.E.A. Buenos Aires, 1973

Spota, Antonio Alberto "Ética y Política " El Derecho 175-901

Spota, Alberto Antonio «Privilegios e inmunidades parlamentarias y el estado de derecho» *Revista El Derecho*, t.º179, p. 117

Suárez, F. y Gorrochategui, N. (1998) "Corrupción Organizacional: Aspectos vinculados a la Estructura de Oportunidades en Diversos Tipos de Organizaciones y Casos de

Corrupción Institucionalizados". *Instituto de Investigaciones Administrativas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires

Terragno, Rodolfo en " www.terragno.org.ar" proyectos presentados.

Tourraine, Alain, "Que es la democracia" Ed. Fondo de Cultura Económica". Uruguay 1995

Tucídides, El discurso fúnebre de Pericles, publicado por Ediciones Sequitur, Madrid 2007

Vásquez, Rodolfo "Corrupción política responsabilidad de los servidores públicos" *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007)

Verbitsky, Horacio "Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control" Ed. Planeta 1993

Verbitsky, Horacio "Robo para la corona..."Ed. Planeta, Buenos Aires 1991

Villoria Mendieta, Manuel "la corrupción política" Ed Síntesis España,

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta

Zúñiga Castro, Iván, *Ética y Corrupción en la Administración de Justicia tesis doctoral* Fac Derecho Universidad de San Marcos, Lima, Perú, 2004

ÍNDICE

Pág.

CAPÍTULO I:

1. La democracia concepto y evolución
2. La dignidad humana
3. La sistematización de la democracia
4. La democracia como forma de gobierno y forma de vida.
5. Los últimos problemas de las democracias de post guerra, procesos
6. El estado de derecho actual
7. La necesidad de la democracia deliberativa como forma y modo de vivir plenamente la constitución
8. La época actual cambio de paradigmas

CAPÍTULO II:

Los Derechos Fundamentales. Nuevos Paradigmas

1. La doble dimensión de los derechos subjetivos en una democracia social y deliberativa
2. La función estatal y obligaciones colectivas
3. Complejidad de la satisfacción
4. Obligaciones estatales
5. Entre omisiones y acciones inconstitucionales
6. El rol activo del Estado
7. Necesidad del modelo garantista.
Consolidación

CAPÍTULO III:

La Búsqueda de una Democracia Eficiente

1. Ciudadanía
2. Ciudadanía y sujeto democrático
3. El viejo modelo corporativo
4. Los partidos políticos

- 5. Movimientos sociales: irrupción entre la necesidad y el desencanto
- 6. Anomia boba de Nino

CAPÍTULO IV:

La Corrupción como Fenómeno

- 1. Introducción
- 2. Concepto
- 3. El aspecto ético
- 4. El aspecto social
- 5. El aspecto jurídico
- 6. Aspecto político
- 7. El comienzo del cambio necesario
- 8. El mandato constitucional
- 9. La ley de ética en la función pública
- 10. El marco internacional y el incumplimiento de los tratados

CAPÍTULO V:

Las Deficiencias Institucionales

- 1. Imperiosa necesidad de modificación
- 2. Excesos y abusos. El dictado de decretos de necesidad y urgencia
- 3. La desnaturalización de los llamados fueros
- 4. La recepción en nuestro sistema
- 4.1. La inmunidad de opinión
- 4.2 La inmunidad de arresto
- 5. Intento de solución por la reglamentación
- 6. El desafuero
- 7. La ley 25.320 y las legislaciones provinciales
- 8. El juicio político
- 9. Los órganos de contralor y extra poder

10. Organismos específicos: Oficina Anticorrupción.
Fiscalía de Investigaciones Administrativas:
La Unidad de Información Financiera
Sindicatura General de la Nación

CAPÍTULO VI:

El Combate a la Corrupción desde el Ámbito Punitivo del Estado

1. Los distintos tipos penales y la dificultad de la sanción ...
2. El delito de enriquecimiento ilícito
3. El cohecho: La acción típica
4. Cohecho del juez.
La consumación del delito
5. El tráfico de influencias:
La conducta típica.
Aspecto subjetivo
6. Otras situaciones:
Malversación de caudales
El peculado.
La defraudación a la administración pública.
El delito de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública.
El lavado de activos
7. Consideraciones finales sobre el aspecto punitivo
8. Necesidad de incrementar las penas

CAPÍTULO VII:

Los Nuevos Desafíos

1. Necesidad del retorno a la ética pública
- 2.- El renovado compromiso
3. Necesidad de más control y compromiso social
4. Evolución del proceso en América Latina
5. La autoridad del ejemplo
6. La necesidad de la lucha contra la corrupción

- 7. La concepción sistémica y la crisis que provoca la corrupción
- 8. Democracia derechos humanos y corrupción

CAPÍTULO VIII:

A modo de conclusión

- 1. Necesidad de un pacto político
- 2. Necesidad de analizar las causas
- 3. Evitar los facilismos
- 4. Necesidad y posibilidad

BIBLIOGRAFÍA.....

