

CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE CONSTITUCIONALISMO Y CORRUPCIÓN

Diego VALADÉS*

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Corrupción, democracia, Estado de derecho, transparencia y desarrollo humano.* III. *Derecho al buen gobierno.* IV. *Desconstitucionalizar vs. reconstitucionalizar el Estado.* V. *Diseño constitucional y combate a la corrupción.* VI. *Internacionalizar la persecución de la corrupción.* VII. *Conclusión.*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Esta obra, que he tenido el privilegio de coordinar junto con mi querido y admirado colega Antonio María Hernández, aborda las experiencias específicas de 12 países, en tres continentes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Francia, Guatemala, Italia, México, Perú, Singapur y Venezuela. En este ensayo se formulan reflexiones de carácter general, acompañadas por algunas propuestas para hacer frente al problema de la corrupción.

La corrupción es el vicio más extendido y antiguo del poder. Por esto mismo, para Victoria Camps también es el más sencillo de combatir, por cuanto no es un problema abstracto y tiene nombres propios.¹ La experiencia muestra que no es tan fácil conseguirlo, pues la corrupción tiene una gran capacidad osmótica, de manera que infiltra las esferas del poder incumbidas de combatirla y, además, se camufla de manera hábil y eficaz. En ocasiones, los corruptos mismos adoptan un discurso reiterado y convincente en contra de la corrupción, de suerte que distraen la atención, al

* Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, del Sistema Nacional de Investigadores y del Sistema Nacional de Creadores. Miembro de la Academia Mexicana de la Lengua, El Colegio Nacional y de El Colegio de Sinaloa.

Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, p. 195.

tiempo que medran desde el poder. A veces persiguen a los corruptos *de la competencia*, por lo que reciben reconocimiento y apoyo mientras despejan el camino para sus propios excesos.

La utilización del discurso anticorrupción como estrategia diversiva para ocultar la corrupción propia se ve facilitada en los sistemas políticos cerrados, ajenos a los controles de una democracia establecida. También hay casos en los que el propósito de combatir la corrupción es genuino, pero la sola buena fe tampoco es bastante para alcanzar el éxito si no se dispone de un aparato institucional sólido, fundado en los principios del constitucionalismo. Por estas razones, en las páginas que siguen me interesa subrayar la relación entre constitucionalismo y corrupción.

II. CORRUPCIÓN, DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO, TRANSPARENCIA Y DESARROLLO HUMANO

Es famosa la expresión del historiador inglés John Edward Acton en el sentido de que “el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”. Acton escribió esta sentenciosa afirmación en una carta dirigida al arzobispo Mandell Creighton en abril de 1887,² en la que analizaba el principio de infalibilidad papal adoptado por el Concilio Vaticano I en 1870, durante el papado de Pío IX, que otorgaba al monarca eclesiástico un poder absoluto. Luego agregaba que “los grandes hombres [aludía a los hombres de gobierno] casi siempre son malvados”.

Acton nunca desarrolló una teoría a partir de su aseveración, pero en ella estaba presente su profundo conocimiento de la historia, en especial de la eclesial. La fuerza de su aserto consiste en señalar que la corrupción acompaña al poder, y que el grado de poder que se alcance determina el nivel de corrupción que se padezca. Ese poder, por otra parte, no es solo el político. Él no hizo la distinción ni tiene por qué hacerse cuando se caracteriza en general el posible comportamiento de quienes disponen de instrumentos para hacer prevalecer sus decisiones. Lo que Acton indicaba es que, cualquiera que sea la forma de ejercer el poder (p. ej., castrense, eclesiástico, económico o político), existe el riesgo de que se corrompa. Repárese en que él decía que el poder “tiende” a corromper, porque no es una fatalidad ineludible. La historia también da cuenta de gobernantes probos.

Acton, J. E., *Lectures on Modern History*, Londres, Collins, 1960, p. 13. Para un análisis actual referido a México véase también Zaid, Gabriel, *El poder corrompe*, México, Penguin Random House, 2019.

Acton vivió en la Inglaterra victoriana. Fue una larga época de transición que permitió consolidar las instituciones constitucionales. Por siglos, la elección de miembros del Parlamento se había visto afectada por tres grandes formas de corrupción: 1) compra directa de votos; 2) sobornos mediante la ministración de alimentos y bebidas a los votantes, y 3) otorgamiento de sinecuras a quienes controlaban a determinado número de electores. A partir de 1832, el Parlamento comenzó a dictar leyes para reducir los efectos de la corrupción, que culminaron con la Ley contra las Prácticas Ilegales y Corruptas de 1863.³ El axioma de Acton, por ende, tenía una base empírica en la tradición política y eclesiástica de su país. Reducir la corrupción electoral fue un objetivo moral que se pudo alcanzar al complementarse con el objetivo político de fortalecer el sistema parlamentario británico en el siglo XX. En la actualidad se sabe de casos de corrupción, pero el sistema institucional ofrece respuestas eficaces que permiten contener la corrupción en niveles mínimos. Los episodios que adquieren notoriedad siempre son objeto de corrección inmediata.

El constitucionalismo contemporáneo provee instrumentos para limitar la corrupción, como son los sistemas representativos robustos y las libertades públicas que permiten a la sociedad conocer y pronunciarse en contra de las desviaciones del poder. El constitucionalismo también limita el patrimonialismo del poder, para lo cual la Administración pública debe ser profesional, regirse por el mérito y actuar de manera independiente a la política partidista. Conforme a la tesis de Acton, si se evita el poder concentrado, se atenúan los riesgos de la corrupción.

La corrupción no es un fenómeno aislado. En un sistema institucional puede haber áreas más o menos proclives a la corrupción, pero cuando esta es ostensible en algún ámbito significa que también afecta otros, así sean menos visibles. La corrupción desbordada suele resultar devastadora, porque contamina la estructura del poder; la constante histórica demuestra sus efectos desintegradores en los sistemas políticos que no aciertan a reducirla.

En los sistemas donde no está consolidada la democracia representativa el combate a la corrupción tiende a apoyarse en procedimientos persecutorios propios de los sistemas políticos cerrados. El poder concentrado hace que solo se responda ante el personaje situado en el peldaño superior de la jerarquía, hasta llegar al vértice de la estructura, el presidente. En estos casos, la corrupción llega a ser contemplada como un acto de desobediencia. Los esquemas adoptados en regímenes herméticos, como el chino, por

Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, editado por Cocks, Barnett, Londres, Butterworth, 1971, p. 32.

ejemplo, aplican el patrón punitivo de que el poder, para paliar la erosión de un régimen sin sustento democrático, castiga de manera selectiva las desviaciones de conducta. Se mantiene así la disciplina interna y se procura la aprobación externa.

Ese modelo de controles interiores es explicable mientras no prosperan las instituciones democráticas que aportaron instrumentos más dinámicos de control horizontal y vertical del poder. Sostener solo ese tipo de respuesta es insuficiente. En la actualidad, uno de los instrumentos más eficaces para contrarrestar la corrupción reside en la libertad de información. Las investigaciones de los medios de comunicación, el acceso a la información y las redes sociales han servido para contener el flagelo corruptivo; sin embargo, esto tampoco es suficiente.

A lo largo de la historia, la tarea informativa ha sido crucial en la lucha por abrir espacios a los derechos y acortar territorio a la corrupción. Las escenificaciones dramáticas en el mundo clásico griego, el deambular de los juglares en el medievo o la intensidad panfletaria decimonónica contribuyeron a difundir los excesos del poder. La mayor exposición se debe a la conjunción de medios formales, impresos y electrónicos, con los informales, que incluyen a las redes sociales, influyentes por su penetración, mas no poderosas, por estar desestructuradas. Sin embargo, en cuanto a la corrupción, se registra la paradoja de su impunidad cuando se carecía de datos; y ahora que se dispone de evidencias tampoco es mucho lo que se consigue. Lo que antes se suponía ahora se sabe y, aun así, no ha bastado para desterrar la impunidad. La experiencia reciente muestra que conocer la corrupción, sin consecuencias, multiplica su práctica y propicia el cinismo. La información siempre ha sido relevante, pero por sí sola no es bastante para contener la corrupción si se carece de un entramado institucional capaz de reducir la impunidad a su menor nivel posible.

Cuando se conjugan los instrumentos informativos en manos de particulares y sistemas representativos bien diseñados, donde los congresos disponen de instrumentos adecuados de control, el resultado se traduce en una clase dirigente de mejor calidad y mayor honestidad. La británica es una de las democracias mejor construidas y de las más aptas para reducir al mínimo las prácticas de corrupción. Allí comenzó a construirse la más importante aportación a la democracia, desde la antigüedad griega y romana: el sistema representativo. El constitucionalismo inglés no comprimió la función representativa hasta encasillarla solo como *Poder Legislativo*. Por el contrario, mantuvo a los representantes como el eje del sistema de libertades ciudadanas y de responsabilidades políticas. En una magistral síntesis, Bagehot, una de las mentes más brillantes del constitucionalismo, identificó cinco funcio-

nes clave del Parlamento, en este orden: 1) elegir al gobierno; 2) expresar la voluntad del pueblo; 3) enseñar al pueblo el valor de la política y del respeto; 4) informar a la sociedad lo que hace el poder público y, al final, 5) legislar.⁴ Un sistema representativo con esa magnitud de funciones se convierte en un pilar de la institucionalidad. No es lo único que el sistema ha construido, también cuenta con uno de los más sólidos servicios civiles existentes, pero la base es un Parlamento actuante y un modelo de libertades públicas que pone en sinergia al sistema representativo y al sistema informativo.

La corrupción desprestigia la política. Reducir la corrupción es rescatar al sistema constitucional. Para tener éxito es indispensable modificar el ejercicio del poder. No es un desafío ético que se resuelva solo con actos de voluntad personal ni solo con medidas punitivas. La experiencia prueba que, además de las convicciones democráticas, se requiere de instituciones sólidas entre las que se prevean las responsabilidades políticas. La impunidad no se debe a la falta de normas para castigar la corrupción; lo que suele frustrar la lucha contra la corrupción es la organización del poder en la que prevalece el verticalismo. Si se eluden los problemas de fondo y no se rompe el nudo gordiano de la irresponsabilidad política, los procedimientos administrativos y penales adoptados no variarán los resultados de manera significativa.

Cuando la corrupción alcanza los niveles como los que se registran en la tercera década del siglo XXI solo puede ser vencida con innovaciones institucionales radicales. Mientras el poder siga muy concentrado y se carezca de instrumentos efectivos de control político sobre todos los órganos del poder, la lucha contra la corrupción será infructuosa, pues las medidas de carácter represivo son apenas una parte de la solución, pero por sí solas resultan insuficientes.

La relación entre la corrupción y el sistema institucional se puede apreciar de manera empírica a través de los indicadores que reflejan la situación de diferentes áreas en la vida del Estado. Para tener una imagen de los factores más relevantes, elegí los indicadores relativos a democracia, Estado de derecho, transparencia, desarrollo humano y corrupción, tomando los datos aportados por instituciones cuyas indagaciones son reconocidas por su solvencia técnica. Seleccioné los datos correspondientes a los países cuyos casos son examinados en este volumen. En el cuadro 1 presento los correspondientes a cada país seleccionado y, para facilitar el análisis, en el cuadro 2 identifiqué el lugar que ocupan esos países conforme a las cifras que constan en el primero. Los resultados son estos:

Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 100 y ss.

CUADRO 1
INDICADORES DEL DESEMPEÑO INSTITUCIONAL

<i>País</i>	<i>Democracia^a</i> <i>(lugar entre 167 países)</i>	<i>Estado de derecho^b</i> <i>(lugar entre 128 países)</i>	<i>Transparencia^c</i> <i>(lugar entre 179 países)</i>	<i>Desarrollo humano^d</i> <i>(lugar entre 193 países)</i>	<i>Corrupción^e</i> <i>(puntuación: la mayor corrupción se acerca al cero)</i>
Argentina	48	48	78	46	40
Brasil	49	67	94	84	35
Chile	17	26	25	43	67
Colombia	46	77	92	83	36
España	22	19	32	25	58
Francia	24	20	23	26	72
Guatemala	97	101	149	127	27
Italia	29	27	52	29	52
México	72	104	124	74	28
Perú	57	80	94	78	36
Singapur	74	12	3	11	85
Venezuela	143	128	176	113	18
^a The Economist: Democracy Index 2020. ^b World Justice Project: Rule of Law Index 2020. ^c Transparencia Internacional: Índice de percepción 2020. ^d Organización de las Naciones Unidas: Índice de Desarrollo Humano 2020. ^e Banco Mundial: Índice de percepción de corrupción 2018.					

CUADRO 2
POSICIÓN RELATIVA DE CADA UNO DE LOS PAÍSES

<i>País</i>	<i>Democracia</i>	<i>Estado de derecho</i>	<i>Transparencia</i>	<i>Desarrollo humano</i>	<i>Corrupción</i>
Argentina	6	6	6	6	6
Brasil	7	7	8	10	9
Chile	1	4	3	5	3
Colombia	5	8	7	9	7

<i>País</i>	<i>Democracia</i>	<i>Estado de derecho</i>	<i>Transparencia</i>	<i>Desarrollo humano</i>	<i>Corrupción</i>
España	2	2	4	2	4
Francia	3	3	2	3	2
Guatemala	11	10	11	11	11
Italia	4	5	5	4	5
México	9	11	10	8	10
Perú	8	9	8	7	7
Singapur	10	1	1	1	1
Venezuela	12	12	12	12	12

Con el objeto de apreciar la importancia de los lugares y de los puntajes asignados a cada país, a continuación, en el cuadro 3 se presenta el esquema de factores considerados en cada uno de los conjuntos mencionados:

CUADRO 3
FACTORES DE CADA CONJUNTO

<i>Conjunto</i>	<i>Factores</i>
Democracia	Procesos electorales y pluralismo; funcionamiento del gobierno; participación política; cultura política; libertades civiles.
Estado de derecho	Límites al poder gubernamental; ausencia de corrupción; gobierno abierto; derechos fundamentales; orden y seguridad; cumplimiento de las normas; justicia civil y penal.
Transparencia	Abuso del poder; acceso a información pública; beneficio privado en el desempeño de funciones públicas.
Desarrollo humano	Esperanza de vida al nacer; tasa de alfabetización de adultos; matrícula en educación primaria, secundaria y superior; índice de pobreza.
Corrupción	Percepción sobre soborno a funcionarios gubernamentales y judiciales; malversación de recursos públicos; escándalos políticos; tráfico de influencias; financiación ilegal a partidos y a medios de comunicación; nepotismo; contratación sin concurso.

Para tener un referente que facilite contextualizar la información anterior, enseguida se presentan los resultados, procedentes de las mismas fuentes, tomando como base de la comparación a los cinco países mejor y peor clasificados en cuanto a democracia:

CUADRO 4
LOS MEJOR CALIFICADOS EN DEMOCRACIA

<i>País</i>	<i>Democracia</i> <i>(lugar entre 167</i> <i>países)</i>	<i>Estado de derecho</i> ^a <i>(lugar entre 128</i> <i>países)</i>	<i>Corrupción</i> <i>(puntuación: la menor</i> <i>corrupción se acerca al 100)</i>
Noruega	1	2	84
Irlanda	2	-	72
Suecia	3	4	85
Nueva Zelanda	4	7	88
Canadá	5	9	77
^a El índice consultado no incluye a Chad, Corea del Norte, Irlanda, República Centroafricana ni Siria.			

CUADRO 5
LOS PEOR CALIFICADOS EN DEMOCRACIA

<i>País</i>	<i>Democracia</i> ^a <i>(lugar entre 167</i> <i>países)</i>	<i>Estado de derecho</i> <i>(lugar entre 128</i> <i>países)</i>	<i>Corrupción</i> <i>(puntuación: la mayor</i> <i>corrupción se acerca</i> <i>al cero)</i>
Chad	163	-	21
Siria	164	-	14
República Central de África	165	-	26
República Democrática del Congo	166	126	18
Corea del Norte	167	-	18
^a El índice consultado no incluye a Somalia, considerado en los demás índices como el Estado con mayor nivel de corrupción.			

De manera general, es posible colegir que hay una relación inversa entre el desarrollo democrático y el rezago corruptivo, pues entre mayor es el primero, menor es el segundo. Entre los países analizados, esta línea solo presenta una interrupción significativa en el caso de Singapur, cuya posición como Estado democrático es muy baja (cerca de la mitad de la tabla en el índice consultado), mientras que su desempeño en cuanto a Estado de derecho, transparencia, desarrollo humano y combate a la corrupción es muy favorable. Si se examinan los cuadros 4 y 5, se verá que los datos son consistentes con la tendencia general apuntada con relación al cuadro 1, por lo que el caso de Singapur presenta peculiaridades que lo hacen una excepción dentro de la tendencia dominante.

Singapur se independizó de la Federación Malaya en 1965. Desde esta fecha y hasta 1990 fue gobernada por Lee Kuan Yew. Y su hijo, Lee Hsien Loong, gobierna desde 2004. Entre padre e hijo solo hubo un primer ministro. Según Lee, padre, la democracia consistía en celebrar elecciones periódicas. Durante un largo periodo el Partido Acción del Pueblo (PAP) actuó como partido único.⁵ Para paliar el efecto de esta hegemonía, la Constitución dispone la presencia en el Parlamento de hasta nueve diputados designados por el presidente de la República y hasta 12 diputados adicionales al número total de los elegidos, correspondientes a partidos que no formen parte del gobierno (art. 39). Otro aspecto sensible en cuanto a los principios democráticos consiste en la flexibilidad que la propia Constitución asigna a los derechos fundamentales, y en particular a las libertades de expresión y de reunión, sujetas a las restricciones que la ley determine en función del orden, la seguridad y la moral (arts. 9o., 13 y 14). En esta medida el partido gobernante cuenta con un margen bastante amplio para decretar lo que entienda más conveniente para la estabilidad del Estado.

Ese nivel de discrecionalidad hace que la normativa y el funcionamiento del poder político reciban una baja calificación desde una perspectiva democrática. En contraste —y este es un caso excepcional—, el comportamiento de las autoridades se adecua a la preceptiva, y los indicadores de Estado de derecho, transparencia, desarrollo humano y corrupción se encuentran entre los que ofrecen buenos resultados. En los casos restantes, lo mismo del grupo de Estados a los que hace referencia esta obra que entre los de mejor o de peor calificación en materia democrática, la tendencia es bastante homogénea y confirma que a mayor democracia, menor corrup-

Nam, Tae Yul, "Singapore's One-Party System: its Relationship to Democracy and Political Stability", *Pacific Affairs*, Vancouver, vol. 42, núm. 4, 1969-70, pp. 465 y ss.

ción y, viceversa, a menor vida democrática, mayores son también los déficits en los demás índices seleccionados.

El problema más relevante no es enunciar una relación más o menos obvia, sino determinar qué puede hacerse mediante los diseños constitucionales para salvar los escollos que impiden desarrollar la democracia y combatir la corrupción. La interrelación entre corrupción desmedida y exigüidad democrática hace que se produzca un circuito conforme al cual el déficit democrático acentúa la incidencia corruptiva y la proliferación corruptora precipita la caída democrática. Maquiavelo había advertido este fenómeno cuando contrapuso el *vivere corrotto* al *vivere político*, significando con el primero la anomia y con el segundo la convivencia organizada por el Estado.⁶

Vistas las cosas así, parecería que no hay solución posible, por cuanto la corrupción asfixia a la democracia e impide que esta se vigore para reducir aquella. La corrupción se realimentaría mediante una secuencia circular de los déficits institucionales ocasionados por la ausencia de democracia, Estado de derecho y transparencia, que harían imposible salir de la trampa. Sería un ensamble de adversidades que desencadenaría frustración, irritación y escepticismo sociales, integrándose así un escenario inmutable en el que la corrupción se perpetuaría.

Un conjunto de factores de ese género sería paralizante y las sociedades quedarían atrapadas, destinadas a consumir cantidades ingentes de energía y de tiempo sin salir del circuito negativo. Empero, la experiencia muestra que todos los sistemas se han corrompido, y que muchos han podido romper la redundancia de la corrupción. Para conseguirlo, en algún momento debieron romper la inercia que mantenían la circularidad de corrupción y déficits institucionales sistémicos. Ya se dijo más arriba que las solas soluciones coercitivas no son suficientes cuando la corrupción captura a múltiples agentes dentro del Estado y altera el conjunto de la vida institucional.

La corrupción no debe ser desestimada, ya que reproduce un modelo organizativo eficaz. Considerarla como un fenómeno desestructurado es un error que limita las posibilidades de combatirla. Su presencia tiene soporte en instituciones públicas y privadas, y si bien actúa de forma subrepticia, se vale de los recursos organizacionales de los espacios donde encuentra acogida. En los Estados con una capacidad combativa débil, la corrupción se vuelve autopoiética.⁷ El concepto implica que la replicación se lleva a cabo

⁶ Maquiavelo, Nicolás, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, en *Opere*, Turín, Einaudi-Gallimard, 1997, t. I, pp. 309 y ss.

⁷ El concepto de *autopoiesis*, tomado por Luhman de las investigaciones de Humberto Maturana y Francisco Varela acerca de la capacidad celular de reproducirse a sí misma, opera

sin depender del entorno. Cuando el Estado se limita a combatir las exteriorizaciones de la corrupción al tiempo que deja subsistente su acción sistémica, las prácticas corruptas se multiplican como resultado de la impunidad.

Así como se sabe que donde hay sociedad hay derecho, también se sabe que donde hay poder hay corrupción. El ordenamiento jurídico es eficaz para hacer frente a la corrupción, en tanto que el poder esté diseñado de tal manera que no todos sus órganos se vean infiltrados por la corrupción al mismo tiempo y con igual intensidad; en cambio, es ineficaz a pesar de que algunos de sus órganos se mantengan ajenos a la corrupción, pero carezcan de instrumentos para identificar y corregir a los que hayan claudicado. Por este motivo, la sola separación de poderes es insuficiente para garantizar buenos resultados, pues su diseño puede favorecer la concentración de facultades en alguno de ellos, con lo cual los restantes órganos del poder quedan en desventaja. Las asimetrías entre los órganos del poder juegan como factores de potenciación para la corrupción y exponen a los órganos más fuertes a las patologías de la corrupción. Donde el poder no controla al poder, el poder sucumbe ante la corrupción que alcanza una dimensión exorbitante, conocida como *gran corrupción*, cuya irradiación la proyecta también hacia las esferas del poder económico y social.

Si los controles horizontales y verticales del poder están mal diseñados, no podrán dar respuestas eficaces ante la corrupción y será imposible romper el circuito que la sostiene y alimenta. Se hace necesario salir de esa circularidad y la experiencia institucional demuestra que esto solo es posible si se reforma el ejercicio del poder, de manera que primero se establezca el ejercicio controlado del poder para que el poder controlado pueda, a su vez, someter a la corrupción.

Los Estados libres de corrupción primero tuvieron sistemas controlados y luego funcionaron con probidad; lo contrario nunca se ha registrado en la historia de las instituciones públicas. Incluso en casos como el de Singapur, a pesar de sus restricciones a las libertades públicas, se ha diseñado un esquema de organización y funcionamiento que no da lugar al acaparamiento del poder político por parte de un solo órgano, y menos aún de un órgano personal de base plebiscitaria. El Código de Conducta de los Ministros, adoptado en 1954, tomó como base la práctica británica y se vio complementado por un servicio civil “bien entrenado, eficiente y honesto”⁸ como factores de mitigación para la rigidez de la concentración

en el ámbito interno de los sistemas. Véase Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Universidad Iberoamericana-Alianza Editorial, 1991, pp. 56 y ss.

Yl Tan, Kevin, *The Constitution of Singapore*, Portland, Hart Publishing, 2015, p. 115.

del poder político. Es previsible que esa república evolucione hacia una democracia plena, pues no tiene obstáculos que la dificulten. Este fue el proceso en otros sistemas, como el inglés.

La historia institucional muestra la presencia de la corrupción en todas las etapas de la vida del Estado, y deja ver cómo comenzó a decrecer a partir del surgimiento del Estado constitucional, dando lugar al tránsito de la Edad Moderna a la Edad Contemporánea. Los Estados antiguo, estamental y absoluto transcurrieron en medio de la corrupción. La supresión, o al menos la atenuación de la corrupción, fue posible gracias a que se introdujo una nueva dinámica institucional que se expresó en el constitucionalismo moderno y luego en el constitucionalismo democrático contemporáneo.

No hay posibilidad de errar cuando se recurre al laboratorio de las instituciones, donde se comprueba que las soluciones existen y funcionan. Para esto se tienen que superar las formas de concentración y de ejercicio patrimonialista del poder, lo cual no es sencillo, pues el apetito por el poder completo impide adoptar diseños de equilibrio y control.

También hay otro obstáculo. Las soluciones para la corrupción basadas en diseños institucionales democráticos requieren tiempo para dar resultados, y el combate a la corrupción se ha convertido en un estribillo político rentable en las agendas electorales. Denunciar a los corruptos y ofrecer su eliminación suele generar votos. Los apremios electorales y los ofrecimientos de hipotéticos resultados en el corto plazo permiten el acceso al poder. Si una vez alcanzado no se tienen la visión, la entereza y la congruencia de rediseñarlo, de manera inevitable se ahonda el circuito que favorece la permanencia de la corrupción. Esta solución es eficaz, pero presenta el inconveniente electoral de que no ofrece resultados súbitos; los efectos de la reforma del Estado siempre son progresivos, y esto es difícil de explicar a un electorado impaciente. Por lo general, los dirigentes políticos no asumen los riesgos de proponer soluciones a largo plazo.

El constitucionalismo democrático ofrece un extenso elenco de instituciones aptas para domeñar la corrupción, pero concierne a la política la decisión de adoptarlas y dar el margen de tiempo requerido para que entren en vigor, maduren y alcancen sus metas. Estas instituciones son, en esencia, un sistema de controles políticos intraorgánicos (gobiernos colegiados responsables, servicio civil de carrera robusto), de controles políticos interorgánicos (controles parlamentarios, derechos de las minorías parlamentarias, tribunales de cuentas, federalismo o regionalismo funcionales) y de controles sociales (instrumentos de acceso a la justicia, interdicción de la arbitrariedad, derecho a la verdad, defensa horizontal de los derechos humanos, medios de comunicación libres). El remedio para la corrupción está

en las instituciones, no en el voluntarismo que, en cambio, opera como un distractor provisional para la sociedad y deja intacta la inercia de la gran corrupción.

En materia de servicio civil es posible un esfuerzo de cooperación internacional que permita aprovechar la experiencia de los sistemas mejor consolidados. Está demostrada la relación inversa entre servicio civil y corrupción; pero la implantación del servicio civil genera una importante resistencia, pues afecta el ejercicio patrimonial del poder. En tanto que corrupción y patrimonialismo sigan corriendo por vías paralelas, el discurso anticorrupción no pasa de una simulación. Un servicio civil sólido y potente supone el ejercicio del poder de una manera diferente a la practicada por los sistemas de alta concentración de potestades. La implantación, desarrollo y consolidación de los servicios civiles llevan largo tiempo, por lo que no es una decisión que se traduzca en alta rentabilidad política para quien la asuma. Además, hay severas dificultades para implantar el servicio civil en condiciones de gran corrupción.

Las experiencias son muy aleccionadoras. Por ejemplo, el servicio civil danés comenzó en el siglo XVII, utilizándose como un instrumento para fortalecer la monarquía ante la nobleza. En 1821 fue aprobada una ley conforme a la cual, para ser parte del servicio civil, se requería la licenciatura en Derecho;⁹ en Inglaterra, la abolición de las sinecuras y la profesionalización de la Administración pública inició también en el siglo XVII, y en 1840 ya funcionaba un sistema ajeno al tráfico político; en Francia, una exigencia de la Revolución fue sustraer la administración al favoritismo, aunque llevó mucho tiempo conseguirlo; en Estados Unidos, la Ley Pendleton, de 1883, fundó un servicio civil profesional, eficiente y autónomo de la política.¹⁰ Los indicadores de éxito en el combate a la corrupción muestran el impacto favorable de ese tipo de medidas.

En general, las transiciones exitosas a la democracia o a la independencia poscolonial se han visto facilitadas por la presencia de estructuras administrativas solventes, ajenas a los procesos electorales y sustraídas al sistema patrimonialista.

⁹ Mungiu-Pippidi, Alina, *The Quest for Good Governance. How Societies Develop Control of Corruption*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 71.

¹⁰ En Estados Unidos el presidente designa alrededor de 4 000 personas para cargos administrativos, de los cuales 1 200 requieren confirmación senatorial. Joseph Biden tomó posesión el 20 de enero de 2021; dos meses después, el Senado solo había ratificado 29 nombramientos presidenciales. En ese periodo el presidente expidió 37 órdenes ejecutivas. *The Washington Post* publicó un reporte el 29 de marzo y subrayó que el presidente estaba gobernando con el apoyo profesional del servicio civil, <https://www.washingtonpost.com/politics/interactive/2020/biden-appointee-tracker/>.

III. DERECHO AL BUEN GOBIERNO

Podría suponerse que hablar de un derecho al buen gobierno es una fórmula retórica. No lo veo así. La idea de un buen gobierno está asociada al funcionamiento legal, responsable y eficaz de los órganos de gobierno. El tema viene de muy lejos en el tiempo y todas las generaciones de cada espacio estatal han tenido su propia perspectiva.

Si uno de los objetivos del constitucionalismo es asegurar un ámbito de libertades, entre los propósitos de un buen gobierno se inscribe que esas libertades tengan sentido para quienes disfrutaran de ellas. El constitucionalismo resuelve los problemas básicos de relación entre gobernados y gobernantes, y de los gobernados entre sí. En el horizonte del Estado contemporáneo, la discusión ya no atañe al elenco de derechos que fueron la bandera inicial del constitucionalismo; ahora es posible avanzar a otros niveles en el desarrollo de esos derechos.

Las libertades tienen sentido cuando su ejercicio depende de un ordenamiento conforme al cual cada persona tiene un rango cada vez más amplio de opciones en condiciones de igualdad, seguridad y regularidad, y dispone de las garantías para hacerlas valer. En la medida en que los órganos del poder obstaculicen las garantías que el ordenamiento establece, sobreviene una situación de desventaja para el gobernado, pues sus libertades se ven restringidas por factores fuera de su control democrático.

Las libertades también tienen sentido en tanto que las personas puedan ejercerlas para alcanzar los fines que el ordenamiento establece como lícitos. Toda transgresión por parte de terceras personas, incluidos los titulares de órganos del poder, que sin derecho coarten, limiten o condicionen el ejercicio de las libertades como resultado de complicidad, ineptitud, lenidad, violencia o por cualquier otra razón, hace que las libertades pierdan sentido, puesto que su ejercicio se vuelve arriesgado, difícil, imposible o improductivo.

Además de gozar de libertades que tengan sentido, otra forma de ver el buen gobierno consiste en identificar su opuesto: es mal gobierno aquel que incumple la ley por omisión o comisión, y el que, aun acatando la ley, actúa de manera deficiente o insuficiente, ocasionando con ello un déficit de gobernabilidad. Esta última y la legalidad son el eje del buen gobierno, y los gobernados tienen derecho a que los órganos del poder actúen siempre conforme a derecho y a los fines del Estado constitucional. La gobernabilidad tiene que ver con los múltiples temas concernidos con el Estado constitucional, como la legitimidad de las instituciones y de sus titulares, la legalidad en el desempeño de sus funciones por parte de los funcionarios públicos; las relaciones entre los órganos del poder; los instrumentos de

control político y jurisdiccional; el sistema representativo y de partidos, y la opinión pública, por ejemplo.

Por eso, en el diseño de las instituciones constitucionales se debe incluir la valoración que la sociedad hace de ellas y de los resultados que ofrecen en cuanto al equilibrio entre los órganos del poder, la prestación de satisfactores para las necesidades colectivas, las acciones jurídicas y políticas para mantener la cohesión social, las medidas para alcanzar y asegurar la justicia, la equidad en las relaciones sociales y la protección del ambiente, y la probidad con la que actúen los funcionarios públicos de todos los niveles. La corrupción, por consiguiente, es un factor que altera el buen gobierno al que tiene derecho la sociedad.

El buen gobierno está obligado a racionalizar el ejercicio del poder. Cuando quienes gobiernan no resuelven los conflictos que afectan la convivencia social por ineptitud, o los exacerban por su propia voluntad, pueden no incidir en hechos punibles conforme al ordenamiento, pero vulneran el derecho de los gobernados a disfrutar de un buen gobierno.

El buen gobierno implica dar a los gobernados la certidumbre de que los órganos del poder actúan de manera *oportuna* y *eficaz* para prevenir y solucionar los problemas que afectan a cada individuo y al colectivo. La oportunidad concierne al uso idóneo del tiempo en las funciones de gobierno, y la eficacia implica utilizar de manera *legal*, *satisfactoria* y *razonable* los recursos del Estado. Es satisfactoria cuando los recursos aplicados para la atención de las demandas colectivas corresponden a la magnitud de la necesidad atendida, y es razonable cuando alcanza los mejores resultados esperados con el menor sacrificio social posible. Los recursos, *humanos*, *financieros*, *materiales*, *organizativos* y *políticos*, deben ser gestionados de manera experta, responsable, seria y honesta.

El buen gobierno está obligado a la *previsión* de los problemas, adoptando medidas anticipadas para su atenuación, y a la *prevención* de sus causas, evitando los problemas potenciales. Las acciones previsoras y preventivas corresponden al buen gobierno al que tiene derecho todo miembro de un Estado constitucional. La previsión es el conocimiento anticipado de los riesgos potenciales y de las opciones para sortearlos o minorarlos; mientras que la prevención consiste en adoptar acciones precoces, como fortalecer las instituciones y las relaciones entre gobernados y gobernantes.

Todo gobierno se ve en la disyuntiva de optar entre decisiones que suponen costes sociales mayores o menores. Para identificar la decisión menos onerosa, conviene aplicar una fórmula transaccional derivada del óptimo de Pareto. Antes la he utilizado en cuanto al diseño de instituciones aptas para garantizar la gobernabilidad democrática, y he señalado que *hay una si-*

tuación constitucional razonable cuando, para definir la estructura y el funcionamiento de las instituciones, se adopta el criterio de que una situación es mejor que otra, si ninguna de las instituciones resulta afectada de manera desproporcionada y por lo menos alguna de ellas mejora, siempre que el costo político que representa este esfuerzo se vea compensado por el mayor bienestar colectivo, por la mejor garantía de los derechos de los gobernados, por una relación más simétrica entre los órganos del poder o por un ejercicio del poder más responsable y mejor controlado.

En cuanto al buen gobierno, es posible adaptar el óptimo constitucional para entenderlo como aquel *cuya actividad se adecua a los principios y reglas del Estado constitucional, y se lleva a cabo de manera continua, eficaz, honrada, profesional, razonable, responsable y sistemática, para garantizar el ejercicio de las libertades y de los demás derechos que el ordenamiento otorga a los gobernados, maximizando los resultados que se traduzcan en bienestar colectivo y minimizando los costes financieros, materiales y sociales de su funcionamiento y operación.*

El buen gobierno maximiza la convivencia y minimiza el desorden mediante un *proceso de decisiones adoptadas por autoridades legítimas, de manera legal, razonable y eficaz, para garantizar a las personas el ejercicio de sus derechos ambientales, civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, en un ámbito de libertades y de estabilidad política, y para atender los requerimientos de la población mediante prestaciones y servicios regulares, suficientes y oportunos.*

La corrupción se sitúa en las antípodas del buen gobierno y, por ende, afecta la gobernabilidad del Estado, las libertades y el bienestar de los gobernados. Con toda probabilidad, el interés por este tema ha acompañado al Estado desde su origen. El diálogo entre Protágoras y Sócrates es un ejemplo elocuente de lo enraizada que estaba la preocupación por la corrupción en la conciencia pública de los antiguos. El sofista de Abdera refería que la sociedad había tenido dos momentos fundacionales. Basado en una fábula, explicaba que en un primer intento Prometeo entregó al hombre el secreto de las artes y el fuego, pero no le otorgó el conocimiento de la política, reservado a Zeus. Como los primeros hombres vivían apartados y, por tanto, expuestos a la furia de las bestias, decidieron unirse y fundar ciudades, pero, dado que carecían de virtudes políticas, su convivencia fue imposible y tuvieron que volver a su condición previa de aislamiento. Zeus advirtió que si los hombres fracasaban en su intento asociativo corrían el riesgo de extinción y entonces envió a Hermes para que los dotara de respeto y justicia para que, con esas virtudes, se volvieran a asociar.¹¹ Esta original teoría contractual, que contiene los elementos contrastantes que siglos después sostendrían Hobbes y Rousseau de manera respectiva es, asimismo,

Platón, *Protágoras*, p. 322.

una formidable metáfora del poder: ante la ausencia de un buen gobierno, basado en un orden libre, responsable y justo, sobreviene lo que ya en la antigüedad se conocía como *stasis*, la fractura de la convivencia.¹²

El admirable mural de Ambrosio Lorenzetti, en Siena, es una de las mejores representaciones posibles de la imagen del buen gobierno. En el siglo XIV, cuando lo pintó, la idea de buen gobierno estaba asociada a las virtudes individuales del gobernante, que correspondían a la sabiduría y la prudencia, de las que resultaba la justicia y de esta, a su vez, la paz, la concordia y el bienestar. García Pelayo observó que la interpretación iconológica de esta hermosa obra denota un proceso de secularización del poder en marcha desde la baja Edad Media, pues las imágenes centrales de la alegoría del buen gobierno corresponden a una joven y a un anciano, en tanto que solo la del mal gobierno acoge la idea agustiniana del poder diabólico.¹³

Los efectos del buen gobierno también se proyectaban sobre el mundo civil, no sobre el religioso. Las imágenes dejan ver un orden estamental armonizado por la justicia distributiva y conmutativa, en tanto que el mal gobierno se centra en la hegemonía derivada de la soberbia de la que emergen la tiranía, la fractura social, la violencia y la corrupción.¹⁴ La conclusión de García Pelayo consiste en que, entonces como ahora, el buen gobierno solo ha sido concebible desde la perspectiva de su eficacia social y económica.

El buen gobierno se complementa con la buena administración, de la que se cuenta con un esquema en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 41 dispone que toda persona tiene derecho a que sus asuntos sean tratados de manera imparcial y equitativa, y en un plazo razonable. Agrega que ese derecho incluye ser oída antes de una decisión que la afecte; acceder a su expediente; recibir la reparación por los daños que se le causen, y usar su lengua en los trámites administrativos. Además, las administraciones están obligadas a motivar sus decisiones.¹⁵

El buen gobierno incluye una buena administración. Uno y otra se complementan y forman el núcleo de un derecho esencial para hacer fren-

¹² Puede verse una revisión del concepto clásico desde la perspectiva contemporánea en Agamben, Giorgio, *Stasis*, Turín, Bollati Boringhieri, 2015.

¹³ García Pelayo, Manuel, “El buen y el mal gobierno”, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, Revista de Occidente, 1968, pp. 319 y ss.

¹⁴ Meoni, Maria Luisa, *Utopia and reality in Ambrogio Lorenzetti's Good Government*, Florencia, IFI, 2005, pp. 22 y ss.

¹⁵ El desarrollo doctrinario del derecho a la buena administración puede verse en Matilla, Andry, “Buena administración como noción jurídica y la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, Granada, núm. 16, junio de 2020.

te, con éxito, a la corrupción. Las posibilidades de contar con un gobierno y una administración así se vinculan con diseños institucionales adecuados. El buen gobierno es una condición ineludible para la positividad de los derechos humanos. En este sentido, se cuenta con un análisis empírico muy amplio acerca del impacto negativo de la corrupción en cuanto al ejercicio de estos derechos. Landman y Schudel han demostrado, con evidencia estadística inobjetable, que en los países donde prevalece la corrupción los derechos humanos se encuentran en condiciones precarias.¹⁶

IV. DESCONSTITUCIONALIZAR VS. RECONSTITUCIONALIZAR EL ESTADO

En 1910 Jellinek concluyó su célebre *Teoría general del Estado*. Tuvo resonancia inmediata. En 1911 fue traducida al francés y en 1914 Fernando de los Ríos la vertió al español. Allí aludió a la *fuerza normativa de los hechos*¹⁷ para subrayar la relación entre los órganos del Estado y la sociedad y entre los distintos factores sociales. Décadas más tarde (1959), en una lección inaugural que también se hizo famosa, Konrad Hesse desarrolló una teoría novedosa, cuya génesis está en el pensamiento de Lassalle y de Jellinek: *La fuerza normativa de la Constitución*.¹⁸

Para los efectos de este estudio, los argumentos básicos de Hesse ayudan a descifrar la relación entre el constitucionalismo y el fenómeno de corrupción que, en algunos sistemas, parece irreductible. Hesse asume las tesis sostenidas por Lassalle en cuanto a los denominados factores de poder. Sigue a Lassalle en la enunciación de los factores que identificaba: la monarquía, la aristocracia, las burguesías grande y pequeña, los banqueros y, en una especie de apostilla y “dentro de ciertos límites”, agregó “la conciencia colectiva y la cultura general del país”.¹⁹ Entre estos componentes incluye, como es comprensible, al poder castrense. Como último factor, Hesse imprimió un

¹⁶ Landman, Todd y Schudel, Carl Jan Willem, “Corruption and human rights: empirical relationship and policy advice”, International Council on Human Rights, 2007, <https://www.researchgate.net/publication/238790101>.

¹⁷ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1914, t. I, pp. 432 y ss.

¹⁸ Véase Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 61 y ss.

¹⁹ Lassalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de Wenceslao Roces, Madrid, Cenit, 1931, p. 64. Roces señala que se trataba de la primera traducción al español, con la que quiso hacer una aportación al debate político en los inicios de la Segunda República en España.

sesgo al denominarlo “poder espiritual”. Hay un elemento que Lassalle no identificó, porque no era un dato relevante de su época: los partidos políticos y sus facciones. Y hubo otro factor que a, su vez, Hesse no consideró, pues tampoco representaba una amenaza para la vida institucional cuando pronunció su conferencia: la corrupción.

Hesse aludió al poder de la realidad como un condicionante de la Constitución, aunque también insistía en la capacidad de la norma para orientar la realidad. Entendió bien que hay una relación reflexiva, de ida y vuelta, entre realidad y norma. Empero, todas sus consideraciones acerca del mundo fáctico atendían al estándar unidimensional sistematizado por Lasalle. Sus hallazgos fueron útiles en su momento y pueden serlo en el nuestro a condición de desdoblar la facticidad entre factores de poder legítimos y factores de poder ilegítimos. Los primeros pueden imponer criterios y decisiones contraventoras de la Constitución, pero actúan dentro de la legalidad formal. Los factores de poder ilegítimos imponen ese mismo tipo de desviaciones desde la clandestinidad, aunque pueden actuar desde adentro del aparato estatal.

Hesse encuentra que la fuerza normativa de la Constitución reside en su capacidad, así sea limitada, para motivar y ordenar la vida política. El primer efecto de la fuerza normativa de la Constitución se proyecta en el ordenamiento jurídico del Estado, basado en la Constitución vigente. La adopción del conjunto de normas secundarias y de los tratados internacionales implica la positividad de la Constitución. En cuanto al orden político, respecto del cual Hesse elaboró su teoría, la positividad constitucional transcurre en varios planos. Uno, de carácter formal, concierne a la organización del Estado. Toda vez que resulta difícil encontrar ejemplos en los que no coincidan la organización aparente del Estado y la norma fundamental que lo rige, se tiene que concluir que, en el sentido formal, son pocos los casos en los que no rige la Constitución. De esta manera, el ámbito principal en el que se localizan los déficits de positividad constitucional es en el de gobernabilidad.

La tarea de *reconstitucionalizar* al Estado consiste en recuperar la gobernabilidad conforme a los principios, las reglas y los estándares democráticos que integren a la propia Constitución. Aquí entran en juego los factores reales de poder clásicos. A diferencia de lo que sucedía al mediar el siglo XIX y en buena parte del XX, para esos factores es crucial la vigencia y la positividad de un orden normativo que dé seguridad a sus transacciones. Los factores de poder no actúan en esferas aisladas, ajenas entre sí. Por la dinámica misma de sus actividades e intereses, se relacionan, interactúan y en ocasiones se complementan. Su identificación individualizada es válida solo como ejercicio analítico; desde una perspectiva estática que permite hacer la disección de cada factor, pero, en cuanto elementos de la realidad

cultural, económica y social, forman parte de un conjunto en el que cada uno cuenta con canales de entrada y de salida que los pone en comunicación de intensidad variable con algunos o con todos los demás.

El problema de la positividad de la Constitución, de su fuerza normativa, o de la reconstitucionalización del Estado es bastante más complejo de como se le ha visto en la doctrina clásica. La corrupción es un síntoma, no siempre bien entendido, de un déficit de gobernabilidad. Al fallar en cuanto al entendimiento de las causas de la corrupción —error en el diagnóstico—, se han generado expectativas equivocadas para erradicarla —error en el pronóstico—.

Desde las perspectivas monistas tiende a creerse que los estímulos de la corrupción proceden del sector privado, pervertidor del sector público; o que el poder político padece una carga intrínseca de inmoralidad y que la corrupción es una característica del Estado. En ambos casos está presente el desprestigio de la función pública, por lo que la única solución es castigar a los servidores del Estado. Este planteamiento deja fuera el examen de las relaciones entre gobernabilidad y corrupción, lo que dificulta encontrar la salida del laberinto. Es indudable la necesidad de imponer controles a los servidores, y sancionarlos con rigor cuando proceda, pero el fenómeno de la corrupción es más complejo que las conductas individuales de quienes tienen a su cargo tareas públicas.

Donde la corrupción mantiene altos niveles de recurrencia el Estado acumula una multiplicidad de errores, por acción y por omisión. Unos consisten en no reconocer —y por lo mismo, en no remediar— que varias causas están en el arcaísmo de su propia organización y funcionamiento; otros consisten en no haberse percatado de la necesidad de involucrar a los actores privados de una manera más activa. Para el sector privado es crucial actuar como aliado y no como rival del Estado. La acción eficaz del Estado es indispensable para que la población en general disfrute de seguridad jurídica. Solo el Estado de derecho ofrece garantías efectivas para las transacciones legales al margen de corrupción.

Hesse construyó un concepto muy sugerente, *voluntad de Constitución*, para denotar la superioridad de lo normativo sobre lo fáctico y el rechazo a la arbitrariedad.²⁰ Es posible retomar esa idea y adicionarle nuevos contenidos, dado que la *voluntad de Constitución* no es solo la del poder ni solo la de la sociedad, sino la que resulta del consenso y, en este caso, de un consenso informado, capaz de establecer la gobernabilidad mediante diseños institucionales adecuados.

Véase Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 76.

Constitucionalizar significa introducir una norma, un principio, una práctica o una institución a la Constitución. Una segunda acepción de constitucionalizar corresponde al proceso mediante el cual se construye el Estado constitucional, a partir de un acuerdo fundacional y de sucesivas adecuaciones también consensuadas que generan una dinámica incremental. Pero además son posibles procesos que sigan una ruta inversa, de manera que el Estado constitucional está expuesto a regresiones. La *desconstitucionalización* consiste en la pérdida o en la erosión de los elementos del Estado constitucional. Esto puede suceder merced a modificaciones formales que introduzcan elementos que interactúen de manera negativa con el resto del sistema, o bien por conductas contraventoras del ordenamiento que tiendan a normalizarse como parte de la vida del Estado.

Las interacciones negativas resultan de un mal diseño involuntario o del propósito deliberado de producir colisiones institucionales. Por ejemplo, en un sistema presidencial plebiscitario, toda adición que fortalezca esta modalidad de consulta auspicia los efectos concentradores del poder presidencial y debilita al sistema representativo. En la medida en que los presidentes hegemónicos dispongan de mayores arbitrios para prescindir del aparato representativo y hagan apelaciones directas al electorado con el que se entienden, se tiende a la *desconstitucionalización*.

La normalización de las conductas contrarias a la Constitución tiene dos expresiones principales: una que procede de los propios titulares del poder, otra, de agentes externos. En el primer caso, la distorsión se origina en quienes están obligados a cumplir y hacer cumplir el ordenamiento; en el segundo, en quienes actúan contra el ordenamiento y no son objeto de acciones correctivas eficaces. El resultado en ambos casos se traduce en una gobernabilidad decreciente. Además, los dos factores fácticos pueden coincidir en tiempo, potenciando así el proceso de desconstitucionalización. El déficit de gobernabilidad denota que los factores adversos al ordenamiento van substrayéndose a la acción coercitiva del Estado y que son capaces de imponer sus propios patrones de conducta. Esto sucede cuando una serie de conductas delictivas exceden la capacidad de decisión o de acción del Estado, o cuando la violencia se enseñorea en un territorio. Entre las conductas delictivas se inscribe la corrupción, de suerte que su normalización tiene relación directa con la desconstitucionalización del Estado.

La remediación de ese proceso implica *reconstitucionalizar* al Estado. Esto no siempre se tiene presente, sobre todo cuando el combate a la corrupción se contrae a mecanismos administrativos, penales y procesales. En un Estado constitucional es suficiente con adoptar instrumentos de ese tipo, pero cuando los soportes institucionales están vencidos, así sea en

parte, las medidas propias de un Estado funcional no dan resultados. Esto sucede cuando la corrupción ha alcanzado niveles críticos, identificados por el Banco Mundial con el concepto de *Estado capturado*. Si bien esta no es una categoría técnica, pues, por definición, un Estado del que alguien se apodera deja de ser Estado, sí es descriptiva. El concepto surgió durante el proceso de transición del estatismo soviético a la democracia parcial, para aludir al uso privado del aparato público en una escala superior a la que se suele identificar como *patrimonialismo* a partir de Max Weber. No consiste en la simple apropiación de la función pública, sino en utilizarla como cosa propia y para beneficio personal, transgrediendo la normativa vigente. Este quebrantamiento de la legalidad se lleva a cabo de manera sigilosa, aunque hay casos en los que su ocultamiento es imposible y entonces se incurre en la ostentación cínica e impune del poder como medio de enriquecimiento.

Al llegar a esos extremos, los mecanismos administrativos, penales y procesales dejan de ser funcionales, porque quienes deben aplicarlos están coludidos con los agentes corruptos, o solo los combaten con el objeto de sustituirlos. En una situación así se está ante un caso de desconstitucionalización del Estado, y para vencer la corrupción es necesaria su reconstitucionalización. Esto no significa que por necesidad se tenga que cambiar de Constitución, pues esta podría ser una nueva acción diversiva para tomar un discurso de apariencia constructiva que permitiera seguir medrando con y desde el poder político. *Reconstitucionalizar* al Estado significa suprimir las estructuras verticales, hegemónicas, concentradoras del poder, e introducir instituciones de gobierno abiertas, controlables, funcionales, responsables, transparentes, acompañado por un sistema jurisdiccional y administrativo potente, profesional, ajeno a las prácticas patrimonialistas, y por un sistema representativo sólido, dinámico, en el que las minorías ejerzan los derechos de control que le corresponden en toda democracia, conforme al principio de que la mayoría gobierna y la minoría controla.

V. DISEÑO CONSTITUCIONAL Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN

En agosto de 1928, Bertolt Brecht estrenó su célebre *Ópera de los tres centavos* (*Die Dreigroschenoper*), con la música inconfundible de Kurt Weill. Fue una denuncia de la corrupción que estremeció a la República de Weimar. A casi 100 años, esta obra de arte sigue siendo un referente para identificar la magnitud que puede alcanzar la degradación del poder. Brecht se inspiró en el trabajo

de John Gay, *La ópera del mendigo* (*The Beggar's Opera*), escenificada 200 años antes, en enero de 1728, en el ambiente de intensa corrupción londinense. Gay utilizó la sátira, muy en boga en su época, para exhibir la decadencia que minaba a la vida pública inglesa. Vistas hoy, ambas óperas descuelan por su calidad artística, pero en el contexto de su época implicaron una fuerte sacudida en la conciencia de sus coetáneos.

El personaje que retrató Gay y que llegó hasta Brecht fue Jonathan Wild, un sujeto sórdido que traficaba con personas y con bienes robados, con la protección de políticos encumbrados y de policías que participaban de su lucrativa actividad criminal. Para sostener su posición, de cuando en cuando, Wild ofrecía pistas para aprehender a otros delincuentes, competidores suyos. Al diluirse su red de complicidades su fortuna cambió y fue ahorcado tres años antes de que Gay lo tomara como tema operístico.²¹

La corrupción fue un dato común de la vida pública en Europa y Estados Unidos a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX. Los congresistas de Filadelfia advirtieron temprano que debían cerrar la puerta a las desviaciones éticas del poder; tenían a la vista los estragos causados por la concentración del poder absoluto y, por lo mismo, incluyeron en la Constitución una primera clave para prevenir la corrupción: “Los Estados Unidos no concederán títulos de nobleza, y ninguna persona que desempeñe empleo remunerado o de confianza podrá, sin el consentimiento del Congreso, aceptar ningún obsequio, emolumento, empleo o título de la clase que fuere, y que proceda de ningún rey, príncipe o Estado extranjero” (art. 1o., secc. 9, párr. final). No obstante esto, en el siglo XIX estalló la corrupción en múltiples frentes. La expansión territorial, el esclavismo, la construcción de redes ferroviarias, los monopolios y los apetitos electorales, entre otros muchos pretextos, dieron lugar a que se multiplicaran los actos de corrupción. Muchos fueron descubiertos por una prensa inquisitiva y crítica.²² La primera gran respuesta en Estados Unidos fue la Federal Corrupt Practices Act de 1910.

El colonialismo, las guerras del opio, el imperialismo económico, el belicismo, el esclavismo, el racismo, la intensa concentración de la riqueza hicieron de la corrupción un fenómeno generalizado, a cuya expansión también contribuyó la debilidad de la democracia. Si aceptamos que solo hay democracia cuando se cuenta con garantías para elegir a los gobernantes mediante sufragio universal, periódico, directo, secreto, donde están ase-

²¹ Véase *Encyclopedia Britannica*, Londres, 1955, vol. 23, p. 595.

²² Brisochi, Carlo Alberto, *Corruption*, Washington, Brookins Institution Press, 2017, pp. 107 y ss.

gurados los derechos de las minorías y donde el poder político se ejerce de manera responsable y controlada, llegaremos a la conclusión de que antes del siglo XX no había Estado alguno que pudiera ser catalogado como democrático. En materia electoral, por ejemplo, no es sostenible hablar de democracia antes de que la mujer ejerciera el voto; en materia de derechos fundamentales no es argumentable que haya democracia donde se practica o se tolera la discriminación o subsiste el confesionalismo y, en cuanto al desempeño del poder, no es posible caracterizar como democráticos a los Estados donde prevalecen la concentración de potestades, la irresponsabilidad política y la ausencia de controles efectivos.

Un recuento de los Estados que han traspuesto el umbral de la duda y que han consolidado la vida democrática deja ver que son los mismos que han conseguido domeñar el fenómeno de la corrupción. Aun así, hay ejemplos recientes de descontrol de la corrupción, como sucedió con la crisis financiera mundial de 2008, o con guerras como las desencadenadas en torno al canal de Suez o al petróleo de Medio Oriente.

Por supuesto, sería ingenuo asumir que la democracia plena es suficiente para reducir la corrupción a los niveles mínimos posibles. También las instituciones de justicia, los medios de comunicación, las organizaciones, los partidos y los parlamentos son objeto de desviaciones. De ahí la importancia de que en ese combate intervengan todas las expresiones sociales, como parte de una red de controles recíprocos que tengan como actor y testigo al pueblo. En este punto es preciso admitir que las idealizaciones contrastan con la realidad. Los grandes contingentes populares también pueden ser objeto de manipulación demagógica, pero la suma de problemas y obstáculos para hacer frente a la corrupción no son un motivo para el escepticismo. Por esta razón, el buen gobierno juega un papel modular en ese combate.

Las utopías desempeñan un papel constructivo relevante, pues identifican objetivos ideales. Nuestro tiempo no ha propiciado nuevas utopías, pero las clásicas son orientadoras en materia de honestidad. Acercarnos a sus metas tanto como sea razonable y posible es una forma de trazar una ruta por la cual encaminar el diseño y la operación de las instituciones constitucionales democráticas. La idea dominante en la construcción de una democracia constitucional es alcanzar la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica en sus mayores niveles posibles, y disponer de las garantías necesarias para hacerlas valer. La corrupción afecta el ejercicio de los derechos y limita la igualdad, las libertades y la seguridad jurídica; por ende, es un obstáculo para la democracia.

Susan Rose-Ackerman y Bonnie J. Palifka,²³ por un lado, y Michael Johnston,²⁴ por otro, han identificado los aspectos del quehacer democrático que dejan espacios abiertos a la corrupción. Sus obras ofrecen una contribución sistemática para entender el fenómeno corruptivo, marcando entre sí algunas discrepancias.

En lo que atañe a la organización y al funcionamiento político Rose-Ackerman y Palifka señalan tres cuestiones relevantes para la corrupción: la reelección de los gobernantes, el sistema electoral y la financiación de las campañas. Consideran que la reelección expone a los gobernantes a las presiones y a las tentaciones procedentes de grupos económicos, en lo que tienen razón. En cuanto al sistema electoral, examinan los efectos de la elección de los representantes mediante elección mayoritaria y mediante elección proporcional. Desde una perspectiva de mayor o menor exposición a la corrupción, concluyen que el riesgo no solo está en las campañas, sino en el desempeño mismo de las tareas parlamentarias. En este punto advierten —y aciertan— que el sistema proporcional incide más en los partidos, en tanto que el mayoritario se vincula a las personas. En consecuencia, quien tenga que responder de manera directa ante su electorado está más expuesto a que se conozcan sus entendimientos subrepticios que quien concurre a las elecciones en una lista. El lugar que se ocupe en esta lista determina las mayores o menores posibilidades de alcanzar un sitio parlamentario, por lo que la posición depende de una negociación no siempre transparente; los electores solo influyen de manera indirecta, ya que la asignación de espacios en el Parlamento se lleva a cabo conforme a la proporción de votos obtenidos por cada partido, según las reglas aplicables. Las autoras agregan que en este caso se exponen a las presiones corruptivas quienes elaboran las listas, o sea, los dirigentes partidistas. Por lo que atañe a la financiación de las campañas, basan sus argumentos en la dificultad de controlar el monto y el origen de las aportaciones de particulares.

Los argumentos de las autoras son convincentes y las soluciones constitucionales son asequibles. La democracia y el combate a la corrupción se fortalecen cuando existe una prohibición general de reelección para los gobernantes, pues la perpetuación en el poder —máxime si se trata de uno muy concentrado— favorece la formación de camarillas dispuestas a obtener ventajas indebidas. La tesis de que las decisiones mayoritarias deben

²³ Rose-Ackerman, Susan y Palifka, Bonnie J., *Corruption and Government. Causes, consequences and reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 341 y ss.

²⁴ Johnston, Michael, *Corruption, contention and Reform. The power of deep Democratization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 29 y ss.

prevalecer en una democracia en toda circunstancia y que no se debe restringir a los ciudadanos la posibilidad de refrendar su apoyo a un gobernante tantas veces como deseen hacerlo carece de sustento. La periodicidad electoral perdería sentido si se utilizara para perpetuar en el poder a alguien dispuesto a utilizar en su favor los medios de control, influencia y manipulación para una permanencia sin límite en el cargo. Muchas dictaduras han utilizado esa estrategia. La clave para superar las objeciones de Rose-Ackerman y Palifka consiste en regular las opciones de reelección, suprimiéndolas en las tareas de gobierno y limitándolas en las representativas.

En lo concerniente a la representación mayoritaria o proporcional, además de su mayor o menor impacto en la corrupción, hay que valorar su relevancia para el sistema representativo. Las autoras aseguran que son menos vulnerables a la corrupción los candidatos que participan en distritos mayoritarios, porque están sometidos al escrutinio directo del elector. Aun aceptando que esto sea así, también está demostrado que los sistemas mayoritarios generan una desigualdad muy significativa en cuanto a la presencia parlamentaria de las minorías políticas. En este sentido, debe considerarse como una forma de corrupción de un sistema, no de personas en particular, excluir de la representación política a las corrientes políticas no encuadradas en las organizaciones mayores. Para superar las ventajas y las desventajas de cada sistema electoral es posible encontrar soluciones jurídicas. La presencia de sistemas que combinan la integración mediante representación mayoritaria y proporcional, por ejemplo, es una de ellas. En el caso de adoptarse solo la segunda, además de la opción de las listas abiertas a la que aluden las autoras, que en la práctica resulta confusa para los electores y complica la asignación de escaños parlamentarios, existe la posibilidad de que las listas no estén abiertas, de manera que el elector no escoja a candidatos de las diferentes listas presentadas por los distintos partidos, pero sí estén desbloqueadas, de suerte que la determinación del orden de preferencias dentro de una misma lista la fije con libertad el elector.

Un aspecto adicional a los que señalan Rose-Ackerman, Palifka y Johnston consiste en que una parte de su atención está dirigida a la relación entre los agentes políticos y los económicos. En este caso, la corrupción se traduce en una relación ilegal entre actores legítimos; pero también hay otra fuente de corrupción cuando se produce entre quienes actúan desde una investidura legal y quienes lo hacen desde la clandestinidad delictiva. Puede darse una relación corrupta entre protagonistas de los ámbitos público y privado, pero también pueden darse situaciones corruptas entre los protagonistas de esos sectores y un tercer grupo que actúe en la informa-

lidad al margen del derecho, y que impone o induce a la corrupción por igual a las organizaciones públicas y a las privadas. Este tipo de situaciones se producen sobre todo en el seno de Estados en los que la gobernabilidad y el Estado de derecho registran déficits de diferente magnitud. El déficit de gobernabilidad expone a los funcionarios a corromperse por coludirse con terceras personas, o por la intimidación que ejercen los delincuentes incluso sobre funcionarios probos en un contexto en que el Estado no aplica las respuestas acordes con la gobernabilidad democrática. En estos términos, como ya se ha dicho, se desencadena un circuito donde corrupción y anomia se realimentan.

Otro factor que debe considerarse en cuanto a la caracterización de la corrupción es la intencionalidad. Las relaciones corruptas entre funcionarios y delincuentes pueden darse por la disposición de ambas partes para establecer entendimientos ilegales: el propósito de ambas es obtener beneficios mutuos. Pero existen casos en los que el funcionario se deja extorsionar para evitar un daño en su persona o en la de su familia, de manera que no actúa movido por la obtención de un beneficio, sino para evitar un perjuicio. Aquí no entran en juego los acuerdos o las concesiones ilegales entre actores legales, sino entre uno que es legal y otro que es ilegal. Puede decirse que sí está presente un interés público frente a otro de orden privado, pero lo relevante es que el segundo existe y actúa en contra de la norma en todo momento.

En ocasiones, para un funcionario es menos intimidante la sanción potencial por infringir la norma que el riesgo ocasionado por no acceder a la extorsión del delincuente. En este supuesto, el nudo del problema está en la impunidad delincuencia, que expone a los funcionarios a quedar atrapados en las redes de aquellos a quienes persiguen o de quienes los obligan a servirlos desde los cargos públicos. Este tipo de corrupción muestra la necesidad de que el poder sea transparente, como una forma de defender a los funcionarios mismos.

En esencia, la corrupción tiene vertientes diferentes en los Estados institucionalizados, donde debe procurarse que la relación entre los sectores público y privado transiten de acuerdo con las reglas vigentes y los mejores estándares de un sistema democrático, y en los Estados de institucionalidad precaria. En este último escenario, las relaciones son aún más complejas, pues en el interior mismo de los sectores público y privado pueden surgir desviaciones corruptas. En este caso no se trata de que las pulsiones entre intereses y formas de organización contrapuestas busquen su respectiva preminencia a través de acuerdos o de conductas corruptas.

Cuando la institucionalidad es precaria, aparecen disfuncionalidades intrasectoriales, de manera que dentro de los sectores público y privado

se pueden producir relaciones corruptas. El ámbito más vulnerable es el público, pues si los estilos internos de relación son de alta conflictividad y carecen de reglas eficaces para dirimir sus diferencias, aumenta el riesgo de la corrupción como sucedáneo de la regla o de la buena práctica. Este tipo de fenómeno acompaña a la institucionalidad débil. Johnston examina este fenómeno como parte de la fragilidad en la que se encuentran las sociedades a la salida de una dictadura o de un conflicto mayor;²⁵ pero el fenómeno también se presenta cuando el aparato institucional no se ha reformado a tiempo o solo lo ha hecho de manera asimétrica, por ejemplo, cuando se avanza en materia electoral, potenciando el pluralismo, pero se mantienen elementos arcaizantes en otras estructuras del poder. Ese conflicto entre pluralismo político y concentración e irresponsabilidad en el ejercicio del poder hace disfuncional lo nuevo y lo arcaico, con consecuencias como la precariedad institucional y la corrupción, que tienden a realimentarse de manera recíproca.

El panorama se complica aún más cuando esa precariedad institucional auspicia el fortalecimiento de organizaciones informales, ilegítimas e ilegales. Un Estado que permite o que no tiene la capacidad para evitar que surja y prospere un entramado de poder paralelo al legal, queda sujeto a presiones corruptoras fuera de su control. En todo Estado existe la latencia de un mundo marginal; si la eficacia de las instituciones no permite absorber las tendencias a la entropía, se produce una ruptura que deja a los órganos del poder regulado en condiciones deficitarias. Cuando el Estado llega a este punto, solo una reforma profunda puede darle los instrumentos propios del Estado constitucional para restablecer la gobernabilidad.

VI. INTERNACIONALIZAR LA PERSECUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

En los países latinoamericanos se advierten numerosos tropiezos para hacer efectiva la persecución de la corrupción. Buena parte de esas dificultades están asociadas a deficiencias en el diseño de las instituciones. El más frecuente consiste en la concentración del poder presidencial, que genera efectos negativos en cadena en cuanto al funcionamiento de las instituciones, pues limita el juego constructivo de los partidos y, por ende, las tareas de control político parlamentario, además de acentuar la dependencia de los órganos

Ibidem, pp. 57 y ss.

fiscalizadores y jurisdiccionales. Desde luego, debe evitarse el reduccionismo de ver solo un aspecto como el causante de la impunidad, pero, sin duda, la concentración del poder tiene un impacto adverso en el funcionamiento de la cadena de controles, políticos y jurisdiccionales, que obstaculiza un combate exitoso de la corrupción.

En el caso de las autoridades fiscalizadoras y jurisdiccionales, la concentración del poder conduce a que los titulares de los órganos respectivos sean designados a partir de su relación con el concentrador del poder político, entre cuyos intereses está contar con lealtades que le confieran márgenes de seguridad jurídica mientras ejerce el poder y una vez que lo haya dejado. Por otro lado, le ofrece un instrumento adicional de coerción potencial, que acrece su poderío. De esta manera, la *colonización* de los órganos relacionados con la persecución de la corrupción opera como una forma más de concentración del poder y de la impunidad.

Las soluciones nacionales exigen democratizar el ejercicio del poder, lo que se ve impedido por el círculo vicioso que genera la impunidad: concentración del poder-impunidad-más concentración del poder, y así de manera sucesiva. Para cubrir las apariencias, se opta por introducir normas penales y administrativas de vanguardia, que luego no se aplican e, incluso, se persiguen algunos asuntos de manera selectiva para dar una impresión de efectividad en la lucha contra la corrupción al tiempo que se aprovecha para castigar o intimidar a enemigos políticos.

Lo anterior hace aconsejable acortar el camino y construir instrumentos que permitan llevar asuntos ante la jurisdicción internacional. Esta tesis se apoya en la tendencia creciente en el sentido de considerar a la corrupción como un agravio a los derechos humanos.²⁶ Esta posibilidad obligaría a un mayor cuidado en los manejos internos de cada Estado, rompiendo las inercias prevalecientes. La modificación del rumbo permitiría rediseñar los instrumentos de control político y jurisdiccional, ponerlos en sintonía entre ellos y abrir el espacio para una evolución que iría cobrando velocidad a medida que las acciones internacionales se vieran como parte de un proceso hacia la democracia plena.

A manera de ejemplo para explicar en qué consistiría ese cambio hacia la internacionalización del combate a la corrupción, presento la siguiente propuesta para un protocolo de adiciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José):

Véase Petters, Anne, “La corrupción como una violación a los derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 10, enero-junio 2020, pp. 123 y ss.

i) Artículo 3o. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

DICE: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

SE PROPONE QUE DIGA: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica Y A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA Y DE CORRUPCIÓN”.

ii) Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

DICE: “5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

SE PROPONE QUE DIGA: “5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, RACIAL, religioso O DE CUALQUIER OTRO GÉNERO que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, IDIOMA, origen nacional O FORMA DE PENSAR”.

iii) Artículo 23. Derechos Políticos

DICE: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) ...
- b) ...
- c) ...”

SE PROPONE QUE DIGA: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) ...
- b) ...
- c) ...

d) DE DISFRUTAR DEL DERECHO A LA DEMOCRACIA, QUE INCLUYE LA TRANSPARENCIA DE LAS ACTIVIDADES GUBERNAMENTALES, LA PROBIIDAD Y LA RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN PÚBLICA”.

Las características de esta propuesta son:

- 1) En el artículo 3o. se agregan dos elementos:
 - a) El primero se refiere a “una vida libre de violencia”, procedente del artículo 3o. de la Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida como Convención Belém do Pará, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1994. Se trata, por consiguiente, de extender este principio a la totalidad de la población.
 - b) El segundo alude a que esa libertad también se ejerza para disfrutar de una vida libre de corrupción. Es irrefutable que la corrupción afecta el universo de los derechos humanos subjetivos y sus respectivas garantías.
- 2) En el artículo 13 se introducen los siguientes cambios:
 - a) Puntuación después de los vocablos “racial” e “idioma”, para agregar otros elementos. Son aspectos de carácter gramatical.
 - b) Se agrega la expresión “cualquier otro género”, pues la apología del odio puede ser una coartada para encubrir actos de corrupción. Con frecuencia se dirige contra los juzgadores, los medios de comunicación, las organizaciones sociales e incluso contra adversarios políticos, para invalidar sus acciones en pro de un espacio menos corrupto. Además, en la actualidad se registran expresiones apologéticas del odio con motivo de criterios o de posiciones políticas o filosóficas, por parte de autoridades, con lo que se afectan los derechos fundamentales, los principios democráticos del Estado constitucional y de la laicidad del Estado.
 - c) Se agrega la expresión “o forma de pensar”, que no está comprendida en los enunciados vigentes de *raza, color, religión, idioma y origen nacional*. En virtud de que la Convención tutela la libertad de pensamiento, es razonable que se impida la apología del odio por sustentar ideas diferentes, que incluyen las denuncias de la corrupción.
- 3) En el artículo 23 se propone la adición de un cuarto párrafo que incorpore el contenido de dos preceptos de la Carta Democrática Inte-

ramericana, adoptada en 2001 por decisión unánime de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos. La aprobación de esta Carta fue precedida por un amplio periodo de análisis, a partir de un primer proyecto presentado por Perú. Por ende, este par de preceptos ya fueron bien meditados, discutidos y suscritos por los Estados parte del Pacto de San José. En cuanto a la palabra *probidad*, se emplea en el sentido de *honradez, rectitud, integridad en el obrar*, que es lo contrario de *corrupción*. Los artículos vigentes de la Carta disponen:

Artículo. 1o. Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

Artículo. 4o. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

Con las adiciones propuestas, el Pacto de San José incorporaría principios que darían lugar a un nuevo derecho humano: el *derecho al buen gobierno*. En el orden práctico, al hacer justiciables las conductas corruptas ante instancias internacionales, la elevada tasa de impunidad que prevalece tendería a disminuir.

La corrupción ha generado un fuerte embate contra los sistemas judiciales nacionales, los medios de comunicación, las organizaciones sociales y, en algunos casos, incluso contra los centros académicos. En cuanto a los centros de estudio, el acoso suele darse mediante el recorte de apoyos económicos; a las organizaciones sociales se les ponen trabas y restringen recursos fiscales; a los medios de comunicación se les hostiliza mediante diferentes arbitrios y, en el caso de la judicatura, se intenta desprestigiarlos e infiltrarlos. Ambas formas de acoso han dado resultados parciales en algunos países, por lo que es importante un cambio radical que permita llevar los asuntos no resueltos, o mal resueltos, ante juzgadores internacionales, ajenos a las presiones que se registran en los espacios nacionales como consecuencia de la corrupción.

En materia de instrumentos internacionales, la iniciativa para su adopción o modificación incumbe de manera exclusiva a los gobiernos. Esta limitación afecta al Estado constitucional, ya que se tiende a equiparar las disposiciones constitucionales con las convencionales. Esto contrasta con las formulaciones constitucionales que, al menos en lo formal, obedecen a un proceso democrático en el que siempre intervienen los representantes po-

líticos y, en muchos casos, los electores mismos, de manera directa. En cambio, la elaboración de los tratados es una decisión exclusiva de los gobiernos, y en especial de sus equipos técnicos, y los órganos de representación solo tienen una función limitada pues aprueban o rechazan en su conjunto las disposiciones acordadas por los gobiernos nacionales con otras potencias. Solo de manera limitada se ha permitido la participación de los órganos de representación política en cuanto a la denuncia de los tratados. Respecto a la posibilidad de proponer nuevos instrumentos internacionales, o de sugerir reformas o adiciones, la práctica democrática es casi inexistente. En el caso del Pacto de San José el artículo 77 dispone que los protocolos adicionales deben ser presentados por los gobiernos ante la Asamblea General.

Es necesario que la democracia también prospere en materia de tratados y convenciones internacionales, máxime cuando están involucrados los derechos humanos. Las constituciones limitan la iniciativa legislativa popular a la legislación nacional y, en algunos casos, a la reforma constitucional. Si se tiene en cuenta la importancia creciente de las normas nacionales de fuente externa, se apreciará que esta es una restricción democrática que se acentúa, en tanto que los congresos solo están facultados para aprobar la suscripción, modificación o denuncia de los tratados, pero no para hacer propuestas que los gobiernos deban llevar a los foros internacionales.

Lo anterior explica la propuesta hecha aquí, en el sentido de internacionalizar la jurisdicción en el combate a la corrupción. Los gobiernos nacionales están obligados a prestar atención a la demanda creciente de combatir con eficacia la corrupción, más allá de adoptar normas que no están en condiciones o ánimo de aplicar, o de enarbolar proclamas que en ocasiones solo encubren las prácticas viciosas que aparentan combatir. Erradicar la corrupción obliga a un esfuerzo supranacional; de otra manera el esfuerzo será más tortuoso y prolongado, con daños sociales cada día más profundos por el desánimo generalizado que produce lo infructuoso de la lucha.

Dado que la corrupción lacera al Estado nacional y genera múltiples complicidades internas, es prioritario dejar atrás los enfoques locales y asumir que se trata de rescatar al Estado de un proceso erosivo que ya tiene impacto en el ámbito internacional. Es imposible contener la corrupción dentro de las fronteras nacionales. En un mundo tan interconectado, las distorsiones en el ejercicio del poder nacional se expanden hacia terceros Estados. Los fenómenos asociados a la corrupción, como son el empobrecimiento, la violación de derechos humanos, la violencia delictiva o el tráfico de droga, no tienen efectos selectivos solo sufridos por los habitantes de un Estado; trascienden sus fronteras e impactan a los vecinos e incluso se proyectan a mayor distancia.

A más de deseable, la cooperación internacional para combatir la corrupción nacional es una medida ineludible y posible.

VII. CONCLUSIÓN

La corrupción ha expuesto a las instituciones estatales a condiciones de extrema vulnerabilidad que pueden culminar en el descarrilamiento de los sistemas constitucionales.

En un reporte que utiliza instrumentos para medir la corrupción y la gobernabilidad, elaborado por encargo del Banco Mundial en 2000, fue acuñado el concepto “Estado capturado”. Dicha modalidad del Estado forma parte de los escenarios de la denominada “gran corrupción”. Transparencia Internacional define este grado de corrupción como “el abuso del poder de alto nivel para beneficiar a unos pocos en perjuicio de la mayoría, que ocasiona malestar generalizado en los individuos y en la sociedad y que por lo general queda impune”.

La gran corrupción se presenta en todos los niveles y órganos de gobierno y corresponde a procesos de alta complejidad en que los intereses privados, lo mismo ilegítimos que legítimos, se confunden con los públicos para obtener ventajas indebidas.

Reitero que, en términos jurídicos, no existe un “Estado capturado”, pues si hubiera fuerzas superiores al Estado que lo dominaran, ellas serían el Estado. No obstante, enunciados como “Estado fallido” o “Estado capturado”, propios de la ciencia política, tienen una función descriptiva que sirve para localizar los puntos débiles de las instituciones, así como sus potenciales remedios. La combinación de los conceptos “gran corrupción” y “Estado capturado” permite identificar la magnitud de los estragos ocasionados por la primera y definir la magnitud del esfuerzo requerido en la reconstrucción del Estado constitucional.

Para disminuir la corrupción son necesarios la templanza personal, la ejemplaridad de los dirigentes y un elenco de castigos severos, pero esto no es suficiente. El costo de omitir todas las demás decisiones que exige la gravedad del problema llevaría a la acumulación de fracasos, con efectos negativos en cuanto a la eficacia del Estado y en la confianza social.

El poder político organizado, o sea, el Estado, tiene entre sus objetivos centrales evitar la violencia, la inseguridad, la arbitrariedad, la inequidad y la injusticia. Cuando en lugar de resolver estos padecimientos el poder se suma a ellos y hasta los propicia, significa que debe hacerse una revisión completa de las desviaciones del Estado y de las correcciones requeridas.

En el caso del poder municipal, el más próximo a los gobernados, la corrupción se transforma en violencia, como muestra la multiplicación de actos de intimidación, cohecho y aun eliminación física de alcaldes, candidatos y periodistas. En el ámbito local, el número elevado y en ascenso de exfuncionarios perseguidos, procesados o sentenciados, muestra la profundidad de la corrupción.

Los indicadores internacionales sobre corrupción sitúan a América Latina en rangos críticos. Esto incluye la colusión con intereses privados que corresponden al fenómeno de la gran corrupción.

Abundan los ejemplos del Estado sujeto a los intereses privados, incluidos los ilícitos. El saneamiento del poder exige, a quienes lo ejercen o aspiran a hacerlo, el conocimiento de las carencias, de los recursos y de las potencialidades institucionales. La reconstrucción del Estado es una tarea ciclópea que excede las posibilidades del voluntarismo de los dirigentes gubernamentales, aun aceptando que sea genuino, y exige el concurso coordinado de los liderazgos de la política, de la sociedad, de la academia, de la empresa y de los medios.

En los niveles nacional y local de cada país nada mejorará en tanto subsistan los caciquismos. Hay alivio cuando cambian los estilos de gobierno, pero solo habrá remedios efectivos cuando cambien las instituciones. El Estado capturado y la gran corrupción denotan una patología generalizada del poder que no sanará solo con la elección de nuevos protagonistas.

Conviene tener presente que las soluciones deben procurar amplitud y completitud; de no ser lo más amplias y comprehensivas posible, apenas funcionarán como remedios coyunturales y efímeros cuyos efectos parciales erosionarán la confianza en la capacidad del Estado para dar buenos resultados. Combatir la corrupción con buenas razones para el éxito exige tener presente que la gran corrupción se aloja en el centro del poder. Conocer su ubicación es indispensable para saber cómo reducirlo a su mínima expresión. Esto significa que las medidas a adoptar no pueden ser fragmentarias, aisladas, ocasionales ni oscilantes. Un problema sistémico solo se resuelve en el conjunto del sistema.

La acumulación de frustraciones no obedece a la invencibilidad de la corrupción, sino a que todavía no han sido utilizados todos los instrumentos adecuados que ofrece el constitucionalismo.