

**CORRUPCION, DEMOCRACIA Y CONTROL SOCIAL: A PROPÓSITO DE LA
DECLAMADA CONALEP DE LA CORRUPCIÓN**

Armando Rafael Aquino Britos

Doctor en el área del derecho de la Universidad Nacional Del Nordeste - UNNE. Profesor titular por concurso cátedra D de derecho constitucional Universidad Nacional Del Nordeste - UNNE. Designado para el fuero provincial y federal como conjuer de ambas jurisdicciones. Asesor de la Cámara de Diputados de la Provincia. Asesor de la Convención Constituyente Nacional en Santa Fe en 1994. Diputado provincial en 1999. Asesor del Poder Ejecutivo Provincial, convencional Constituyente Provincial en el año 2007. Diputado Provincial desde el año 2007-2011 y ex asesor del Senado de la Provincia de Corrientes (Argentina).

RESUMEN

La democracia constitucional aparece como metagarantía en el siglo XXI y los derechos que emergen del sistema político social forman parte de los derechos humanos, entre ellos el derecho a un buen gobierno que garantiza los noveles derechos al mismo tiempo que lo hace con los derechos fundamentales que dieron origen a las distintas etapas del constitucionalismo.

Con la participación social se logra un control mas severo sobre el comportamiento institucional y permite que una novel concepción de soberanía popular de mas y mejores derechos al titular de esta : el ciudadano, que para la realización del mandato constitucional y convencional debe superar la inconstitucionalidad por omisión o la desconstitucionalizacion como problemas estructurales del ordenamiento jurídico y el sistema institucional.

PALABRAS CLAVES: Sistema de derechos. Garantías. 4ª generación de derechos. Democracia. Control social. Corrupción.

1. SISTEMA DE DERECHOS Y LA DEMOCRACIA COMO METAGARANTIA

Desde fines del siglo XX el reconocimiento de derechos en el mundo ha cambiado estimulado por la modificación en el sistema de producción normativa. Ya no son, únicamente, los Estados Nación en el ejercicio de su soberanía los que le reconocen y garantizan, sino que los tratados internacionales y los órganos supranacionales creados al efecto quienes también garantizan plenamente los derechos humanos con plausible efectividad. Se advierte en la labor de la Corte Europea de los D.H, la Corte Interamericana de los D.H, la Corte Africana de los D.H.

Dicho proceso se manifiesta en la adecuación de los textos constitucionales donde se reconocen a los tratados internacionales una igual o similar jerarquía al texto constitucional vernáculo. El punto de partida es que todos los estados admiten que los instrumentos internacionales tuitivos de los derechos humanos tienen una jerarquía superior a sus leyes comunes. Esto constituye un avance singular respecto de tiempos anteriores.

Los derechos humanos tienen un sistema político e institucional que oficia de mecanismo idóneo capaz de dotarlos de efectividad: la democracia constitucional.

Este proceso está reconocido en la Carta democrática interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA en Lima, Perú, el 11/9/2001. Allí se admite que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región. Se toma como misión promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención.

Admite que el crecimiento económico y el desarrollo social basados en la justicia y la equidad y la democracia son interdependientes y se refuerzan mutuamente y reconoce que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia, recordando otros instrumentos y compromisos internacionales.

En 28 artículos, se plasma este instrumento internacional-regional que se llama Carta Democrática interamericana.

Un año antes en la ONU, en la 8a. sesión plenaria 8 de septiembre de 2000, se aprobaba la Declaración del Milenio.

En el amanecer de un nuevo siglo, se reconocen que los nuevos derechos humanos (además de los ya reconocidos) solo pueden ser satisfechos dentro y mediante el sistema democrático.

Los nuevos derechos reconocidos vienen a reabrir el debate sobre el conjunto y categorías de los mismos que surgiera por la descripción realizada por Karel Vasak¹ quien expresa la forma y modo en que los derechos humanos fueron reconocidos en distintas etapas

¹ Ver en AAVV, Vasak Karel, “*Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*” Serbal. UNESCO Barcelona, 1984, pág. 15.

de la humanidad más allá de su misma jerarquía, más por su contemporaneidad: los llama “generaciones”.²

Más allá de la falta de rigor teórico e imprecisión, podemos señalar sin equivocarnos, que todos son tributarios del constitucionalismo emancipador.

En efecto, en las postrimerías del siglo XVIII se reconocieron los derechos civiles y políticos; a comienzos del siglo XX los derechos sociales y protección al trabajador como a las asociaciones gremiales; a mediados del siglo XX -luego de la tercera guerra mundial- se evidencia otra etapa, los derechos al consumo, al medio ambiente, a la participación entre otro signo las etapas de la libertad, la igualdad y fraternidad, para concluir en la solidaridad y la participación.

Los derechos, así reconocidos, tuvieron sus garantías como una forma efectiva de realización.

Empero, en los últimos años del siglo XX se abrió un debate sobre la existencia (o no) de nuevos derechos y que categorías la integraban puesto que las dos últimas décadas estuvieron signadas por las transformaciones producidas en todo sentido, pero que repercuten en lo jurídico. Ello admitía suponer la irrupción de nuevos derechos como una categoría distinta, propia de una nueva generación.

Las posturas doctrinarias son variadas en cuanto a las categorías de lo que se cree constituyen nuevos derechos expresados a modo de generaciones:³ van desde los derechos informáticos, producto de la revolución tecnológica y científica de los últimos tiempos, los cambios operados en el sistema de protección de derechos universales, etc., hasta el profesor brasileño Bonavides⁴ reconoce una quinta generación de los mismos.

Una reseña histórica nos devela que la gestación y evolución hasta la llamada 3ª generación no admitía mayores dificultades; mas como lo sintetiza el instrumento de la ONU,

² El termino generación merece reparos dada su impresión lingüística, teórica, histórica y la justicialidad de los mismos mediante una garantía efectiva. Eduardo Rabossi es un lúcido objetor de ello y lo expresa en “ Las generaciones' de derechos humanos: la teoría y el cliché “ en *Lecciones y Ensayos*, núm. 69-71, 1997

³ Ver en Morello, Augusto Mario, *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela judicial efectiva de los derechos*, Platense/Abeledo-Perrot, La Plata, 1994, «Los derechos del hombre de las tercera y cuarta generaciones» en *Estudios de derecho procesal* Ed Platense/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; Bustamante Donas, Javier, “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica», en <http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/bustamante.htm> Vallespín Perez, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002. Perez Luño, ANTONIO en “*Las generaciones de derechos humanos*” *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global – www.ufsm.br/redesg* v. 2, N. 1, jan./jun/ 2013 y también “*las generaciones de derechos humanos*” en *Revista del centro de estudios constitucionales*” N° 10 Sep/ dic. 1991.

⁴ Bonavides, Paulo “*A quinta geração de direitos fundamentais*” en *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 2, n° 3, abr./jun. 2008; y también en “*Curso de direito constitucional*”. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 571.

“Nuevo milenio, nuevos derechos”: resta acordar cuales son ese conjunto de derechos, con que categoría se los incluye, que los contempla y agrupa y cuál es la garantía de efectivizarían de los mismos.

En el lenguaje generacional se toma los principios de libertad donde se agrupan los derechos civiles y políticos; de la igualdad, donde a través del constitucionalismo social se agrupan los derechos de segunda generación que también se consolidaron entre la Ira y la 2ª guerra mundial: la igualdad básica y elemental se erigió como pretensión.

Los derechos de 3ª generación son consecuencia de la irrupción de los derechos humanos en clave universal (1948) que ampliaron la participación social, la solidaridad y la fraternidad⁵ como principios.

En otro lugar⁶ planteamos que estamos ante una 4ª generación : la democracia constitucional es la síntesis de una constelación de derechos; es el continente de un archipiélago de derechos, que como tal, no debe verse de manera insular o individual.

Solo con la consolidación del sistema democrático y constitucional se garantizan los derechos humanos.

La democracia como forma de vida oficia de “metagarantía” para satisfacer nuevos derechos que surgen de la plena vigencia de tal sistema político-institucional, que solo con ella y a través de ella se pueden garantizar.

Esta nueva generación incluye a todas las categorías de derechos antes citados por los autores que tienen una mirada particular.

Es a “partir” de la democracia que aparecen nuevos grupos de derechos como ser: la igualdad informática y digital; a la tolerancia, respeto, pluralidad y diversidad de los seres humanos, categorías de genero para garantizar la igualdad real como principio estructurante, que solo se pueden realizar plenamente en la democracia, pues estos derechos son incompatibles en un régimen autocrático cualquiera sea la forma de este.

Como un manifiesto del destino que se repite:⁷ cada fin de siglo irrumpen nuevos derechos. Cada uno trajo su garantía expresamente reconocida: habeas corpus, amparo, y habeas data; el comienzo del siglo XXI reconoce a la democracia constitucional como

⁵ Fayt Carlos S. “los derechos de 3ª generación en la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN Ed La Ley Bs As. 2014

⁶ Aquino Britos, Armando Rafael 4ª Generación de derechos fundamentales. democracia y corrupción” Ed Lerner 2019 Córdoba, cap. 2 pag 57 y sig.

⁷ Ver en Basterra, Macerla I. “El *habeas data*” en AAVV Derecho Procesal constitucional en AAVV Pablo Luis Manili coordinador. Universidad, Bs. As. 2005 pág. 141 y sig

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 20, N. 2, pp. 767-788, Mai.-Ago. 2019. 770

metagarantía y creemos es la acción de inconstitucionalidad la realización garantística de este conjunto de derechos.

2. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Lo que predicamos encuentra sustento en la propia constitución nacional. El sistema se protege constitucionalmente como una forma de hacer efectivo el resto de los derechos. En nuestro país está concebido el art.36⁸, con fuerte carga histórica al igual que el art.29 del texto originario.

Mas, con un diseño racional normativo se pretende aventar posibles antiguos males, pero también con la finalidad de garantizar la efectividad el sistema realizador de otros derechos.

Este itinerario de la 4ª generación de derechos, para nosotros⁹, empieza cuando se amplían los derechos con otro capítulo en el texto constitucional; se estampa la defensa del orden constitucional y la protección del sistema democrático, asegura su vigencia mediante ultraactividad en caso de suspensión o alteración por violencias institucionales y consagra expresamente la resistencia a la opresión. Al mismo tiempo que se amplía el espectro de los delitos calificados como "traición a la patria" a los que se anexa delito de enriquecimiento ilícito que pueda cometer un funcionario público en el ejercicio de su función

La reforma constitucional de 1994 evidencia un verdadero giro copernicano en la práctica institucional: consagra la conjunción indisoluble de democracia y constitución, que se manifiesta en: 1º) el reconocimiento de los instrumentos internacionales a los que se adopta con la misma jerarquía que la constitución nacional con lo que se refuerzan y fortalecen los derechos y garantías ya reconocidos generando un bloque constitucional, 2º) un capítulo de "nuevos derechos y garantías" que nos pone en sintonía con los derechos de 3ª generación (y

⁸ El art. 36 de la C. Nacional establece “*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*”

⁹ Aquino Britos, Armando R. "Elementos de teoría y derechos constitucionales" T.I. Ed Contexto, 2017, pág. 83. Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 20, N. 2, pp. 767-788, Mai.-Ago. 2019. 771

es la base de los derechos de 4ª generación) y 3º) nuevos sistemas de control a lo que se suma la modificación sobre los poderes constituidos.

Pero a la salud del sistema y las bonanzas del mismo le suceden fenómenos sociales y criminales que la ponen en peligro, que son: a) empresas transnacionales con más poder que los estados mismos y que aplican el rigor del más fuerte más allá de los límites legales, b) la criminalidad organizada que le quita ingresos económicos a los estados, c) el terrorismo como forma de imponer pensamientos políticos, d) la falta de cuidado del medio ambiente como la casa común, e) la postverdad como fenómeno sociológico que trasladado a los ámbitos jurisdiccionales puede ser afectación del proceso justo, entre otras.

Si bien nuestro diseño constitucional no solo contiene mandatos claros en defensa del orden constitucional y el sistema democrático, también habilita delitos constitucionales. A la par que garantiza el sistema equipara a los delincuentes que atenten contra el sistema “infames traidores a la patria” que señalaba el art.29 (solo aplicable a delitos llamados “concesión de poderes tiránicos” propio de los funcionarios públicos).

La definición de que “...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 mandato reconoce la preocupación de Antonio Caffero¹⁰ y de Raúl Alfonsín quien lo anticipara¹¹ claramente y se sintetizan en la democracia delegativa como degradación del sistema y la corrupción.

Sin embargo, una mirada fáctica sobre la realidad actual devela un proceso de desconstitucionalización, un desmontaje del mandato constitucional como problema severo, a la par que existe una inconstitucionalidad por omisión que nos coloca en la mora en cumplir cabalmente el mandato del art. 36 de la carta magna.

La corrupción, como problema reconocido en el mandato constitucional fue abordada por el Congreso de la Nacional cumpliendo la última parte del art.36 dictando la ley de ética pública N 25.188, pero no se cumple cabalmente la parte que lo antecede.

¹⁰ Caffero, Antonio discurso en la convención Constituyente Santa Fe, como miembro informante.

¹¹ Alfonsín, Raúl “Núcleo de coincidencias básicas” LA LEY 1994-D, 824

3. FUNDAMENTOS

a) el derecho a un buen gobierno.

La dimensión de la democracia que concebimos no es solo formal sino sustancial; no es una mera fórmula para elegir gobernantes, es aquella que impone límites a la mayoría, que se legitima no solo con el sufragio sino con el respeto escrupuloso a los derechos fundamentales de los ciudadanos y ello se advierte con un elenco de garantías estables como reaseguro de tales derechos en caso de alguna violación, amenaza o restricción de los mismos.

Tales derechos conforman la *dimensión constitucional* de la democracia, donde existen acciones que se prohíben y por otro lado obligan a todos. El Estado es el garante de tal comportamiento, pues “ las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia”¹².

Ello enerva una obligación a los representantes, que devendrá en una garantía subyacente para cada ciudadano: el derecho a un buen gobierno, el que se da solo en el marco de la constitucionalización del derecho¹³ que en este punto veremos alcanza al derecho administrativo y se advierte en la transformación del concepto del servicio público que se presta al interés general que se debe satisfacer.

El Derecho Administrativo está diseñado y estructurado en función del marco constitucional, como dice Rodríguez Arana¹⁴ pues “...el Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y, ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función”

El Estado, a través de la Administración, ha de garantizar los derechos fundamentales y para ello es vital *la buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena administración, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes*

¹² Ferrajoli, Luigi “Los poderes salvajes. La Crisis de la democracia constitucional. Ed Trotta, España 2011. y Ferrajoli, Luigi *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2010;

¹³ Ver Guastini, Ricardo “*La Constitucionalización del ordenamiento jurídico*”: El caso italiano, en AAVV, “*Neoconstitucionalismo*”. Ed Trotta, España, 2003.

¹⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006

comicios electorales. La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental.

Acorde con esta premisa las garantías emergentes del art.36 de la C. Nacional descansan en dos mandatos claros: 1º cuando señala “...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...*” por un lado, y 2º cuando dispone *El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función*”

b) El problema de la corrupción

Decimos 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”.

Se la define como "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” según el Banco Mundial, como la organización Transparencia Internacional.

Desde la doctrina, Huntington¹⁵ dice 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 Seña¹⁶ indica que se “pueden definir los actos de corrupción como aquellos que constituyen violación, activa o 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”.

El fenómeno de la corrupción vincula al manejo de los dineros públicos que de manera ilícita van de las arcas del Estado a los bolsillos privados.

Ello obliga a un comportamiento político transparente; genera el derecho a un buen gobierno donde no puede estar ausente el control en el ejercicio del poder delegado por el pueblo a los representantes.

¹⁵ Huntington S. P. "El orden político en las sociedades en cambio" Paidós, Buenos Aires 1972. Pág. 63.

¹⁶ Malem Seña Jorge F. "La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos" Ed Gedisa, Barcelona, España, año 2002, pág. 35.

Por ello Klitgaard¹⁷ expresó 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 $C = M + D - T$).

Solo puede ocurrir ante la inexistencia de control. Moreno Ocampo¹⁸ "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 decisión estatal sin escrutinio institucional ni social sólido.

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.

Siempre debe existir control institucional, legal, y social. Es la clave de bóveda del funcionamiento del sistema. Se puede abordar la lucha contra la corrupción de todas las formas posibles; pero es indispensable el derecho, aunque con este solo no alcanza, pero sin el derecho prevalece el desquicio, se genera la anomia social y deviene un gobierno democrático en populismos cleptocráticos.

4. LOS DÉFICITS DEL SISTEMA PUNITIVO

En el combate a la corrupción se advierten con plenitud los problemas de inconstitucionalidad por omisión y de desconstitucionalización.

Si bien no existe un delito típico y específico de corrupción, el que más se asimila a este en términos genéricos es el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 268(2)¹⁹ del C. Penal; mas, sin perjuicio de ello, todos los delitos tipificados en el título XI (XIV

¹⁷ Ver en Klitgaard Robert *"Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo"* Sudamericana. Buenos Aires. 1994

¹⁸ Moreno Ocampo, Luis, *"En defensa propia. Cómo salir de la corrupción"* Sudamericana, Bs As, 1993.

¹⁹ Impulsado por ley 16.68 (modificado por ley 25.188) por el Presidente Illia promovido por un grupo de expertos liderados por Ricardo C Núñez.

capítulos)” delitos contra la administración pública” pueden ser aplicados a casos de corrupción.

El art.36 de la C.N da origen a un llamado delito constitucional cuando dice “quien *incurriere en grave delito doloso contra el estado que conlleve enriquecimiento...*” y esta acción punible a partir del mandato constitucional habilita (a nuestro juicio ordena y condiciona) al Congreso Nacional para que sea considerado un delito “contra los poderes públicos y el orden constitucional” del Título X del código penal (que en esta parte tiene solo III capítulos).

Es una asignatura pendiente.

Adecuación del bien jurídico penal al bien jurídico constitucional. La tesis del mandato constitucional indica la finalidad en la previsión de la pena cuando dice “... *quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos...*”.

También debe advertirse que para las otras hipótesis de atentado contra el régimen constitucional y el sistema democrático las penas son de a) inhabilitación a perpetuidad, b) excluidos del indulto y la conmutación de penas, c) las acciones (delictivas) serán imprescriptibles. No es un delito común.

4.1. LAS PROPUESTAS

Estimamos necesario abordar reformas desde el ámbito punitivo, en el régimen electoral y en el funcionamiento institucional.

En el régimen penal: a) *ubicación sistémica del ilícito*: el delito de enriquecimiento ilícito por ser más cercano al mandato constitucional debería ser ubicado correctamente en el catálogo punitivo; pasar del título XI al título X, ya que es un delito contra el orden constitucional y sistema democrático²⁰

b) *la sanción*: la pena más importante debería ser la de inhabilitación a perpetuidad para preservar el funcionamiento de la democracia formal y procedimental en base a reglas de juego claras (para que haya far play debe haber off side).

Esto obliga a que haya también modificación en la penalidad efectiva del injusto típico.

²⁰ Ver la lucida interpretación de la habilitación constitucional en Magariños, Mario “El delito de enriquecimiento ilícito: la posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales Rev Dcho Penal y Proc. Penal 2004-4-716

c) *caracterización*: Este tipo delictivo debe ser considerado delito de lesa humanidad y por ende imprescriptible²¹, ya que la suspensión de la prescripción prevista en el art.67 2ª parte del C. Penal no es suficiente.

Se fundamenta en que los daños que producen estos delitos son generalizados y sistemáticos; son urdidos mediante complicidad de gobernantes y un sector minúsculo contra del resto de la población y por ende sus consecuencias bien pueden asimilarse al exterminio (art.7.a Estatuto de Roma)²² .

Esta caracterización se toma, por la forma y los efectos que produce, asimilable a los de lesa humanidad según la distinción que hace Zuppi,²³ mas respetando las reglas del derecho penal no debe admitirse la analogía. Obliga a ser precisado por una ley especial que así lo consigne para ser respetuosos de las garantías constitucionales, en especial el principio de estricta legalidad.

Para Gordillo²⁴ este accionar se inscribe en el derecho humano a “la no corrupción” .y en función de los instrumentos internacionales adoptados por nuestro país, ello nos obliga reflexionar sobre el sistema jurídico ya que “...La eficacia tiene un nuevo rostro, que poco a poco se va construyendo y develando, mientras nadamos en un mar de dudas e interrogantes. Necesitamos abrir los ojos.”

Para los delitos de la misma categoría constitucional, el mismo art.36 de la C. Nacional prohíbe el indulto o la conmutación de penas.

d) *son delitos de 4ª velocidad*: estamos ante un derecho especial, de 4ª velocidad (clase o categoría), parafraseando a Silva Sánchez²⁵, donde surge la categoría del *traidor a la patria* donde la pena más relevante y alta debe ser la de la inhabilitación. La felonía siempre es más peligrosa y detestable que un “enemigo” y subvierte la relación mínima e indispensable, base de la democracia representativa, entre representante y representado.

El bien jurídico constitucional debe condicionar (siempre) el abordaje legislativo del bien jurídico penal.

²¹ Ver Gordillo, Agustín “La corrupción como delito de lesa humanidad “Revista jurídica Univ de San Luis N 1 Mayo 2017 I J Editores.

²² El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.”

²³ Zuppi, Alberto L La corrupción como delito de lesa humanidad LA LEY 2016-F , 78

²⁴ Gordillo Agustín “La corrupción como delito de lesa humanidad “ en “ Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público “ AAVV - Espinoza Molla Martín R. – Rizzi Guillermo Coordinadores, pag 285

²⁵ Ver Silva Sánchez, Jesús María “Tiempos de derecho penal” Ed IBdeF Bs As.2009

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 20, N. 2, pp. 767-788, Mai.-Ago. 2019. 777

e) *La necesaria modificación del sistema electoral* : es menester reformar la ley orgánica de partidos políticos 23.298 pues en su art. 33 (modificado por ley 26.571) que establece... inciso f) *Las personas con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983;*

g) *Las personas condenadas por los crímenes descriptos en el inciso anterior aun cuando la resolución judicial no fuere susceptible de ejecución.*

La persona condenada por delitos de enriquecimiento ilícito u otros que conlleven corrupción pública deberían ser inhabilitados para ser candidatos a cargos públicos²⁶. No es necesario condena definitiva sino que alcanza con la dictada por un tribunal colegiado, pues no es lo mismo el debido proceso penal que el debido proceso electoral.²⁷

f) *inconstitucionalidad por omisión la idoneidad no reglada*: Debería reglamentarse el concepto de inhabilidad moral sobreviniente que establece el art. 66 de la C. Nacional y no dejarlo librado a mayorías ocasionales y circunstanciales de cada Cámara; tal como se reglamentaran los arts. 69 y 70 de la C. Nacional por la ley 25.320.

El diseño normativo propuesto pretende afianzar los controles institucionales y legales imprescindibles para superar la inconstitucionalidad por omisión y la desconstitucionalización²⁸ que son los males que afectan al sistema democrático cuando se trata del tema de corrupción.

Así, con la llamada ley del arrepentido se advierte un avance plausible para la dilucidación de la verdad real, fin del proceso penal. Está dando evidentes frutos al posibilitar descubrir la trama de delitos de corrupción.

La gran asignatura pendiente es empoderar al soberano. Dotar de poder al ciudadano y más límites y controles sobre los representantes.

²⁶ Ver categoría de “inhabilidad moral” hecha doctrina judicial por la C.Nac. Electoral en Expte. N° 3790/03 CNE Partido Nuevo S/ oficialización y Acosta, Leonel Ignacio s/impugnación al Dr Menem, luego revertido por la CSJN

²⁷ Ver en Aquino Britos, Armando R “el debido proceso electoral” Ed Contexto. Resistencia. 2018. Además si se regula la situación por ley, no se violenta el art. 23 de la CADH.

²⁸ Ver en Sagües, Néstor P “el concepto de desconstitucionalización” LA LEY 2007-B, 1268

5. LA NECESIDAD DEL CONTROL SOCIAL

Siempre la participación ciudadana dota de calidad a la democracia a la par limita los excesos y abusos del poder. Lo recepta nuestra constitución después de la reforma de 1994 (art. 39 y 40) y todo el plexo de nuevos derechos y garantías robustecidos por los instrumentos internacionales del art. 75 inc. 22, que toman en cuenta la participación política, estableciendo el derecho a actuar en la dirección de los asuntos públicos.

El control social es el mecanismo que tienen los ciudadanos para vigilar y auditar el buen manejo de los recursos públicos orientados a satisfacer sus necesidades publicas mediante las políticas, programas y acciones de sus representantes.

Una faz de esta actuación es la rendición de cuentas que enerva el derecho a solicitar información, explicación y justificación de las actuaciones y la toma de decisiones de los funcionarios públicos; por un lado, y el correspondiente deber de estos de rendir cuentas, explicar y justificar sus actos públicos a la sociedad.

En el tema sensible de la corrupción y a propósito de la última parte del art.36 de la C. Nacional que establecía "...El congreso sancionara una ley de ética pública para el ejercicio de la función" pues es en el ámbito administrativo donde se desarrolla, en la mayoría de los casos, los actos de corrupción más notorios.

Por ello se dictó la ley 25.188 orientada con altruistas propósitos donde se buscaba mejorar el desempeño de la Administración Pública, el buen uso de los recursos estatales, con transparencia y publicidad de los actos, creando un organismo de control social donde la idea era reconocer a que la sociedad gane y construya poder a través de la participación.

En dicha ley se establecen 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.

Esta norma creaba la Comisión Nacional de Ética Pública, haciendo también reformas al Código Penal aplicando severas penas entre otros al funcionario público en diversos hechos delictivos ya previstos.

Su reglamentación fue dada por el Dto.164/99; sin embargo, la Comisión Nacional de Ética Pública que nunca se constituyó. Nunca se conformó.

Esta debió ser la llamada CONADEP de la corrupción que tanto se pregona en los ámbitos políticos en la actualidad.

El incumplimiento de la ley, como su modificación ulterior es una herida grave a la democracia participativa. Los motivos por los cuales *no se quiso conformar la misma es* demostrativo que determinados sectores no quieren ser controlados lo que devela un modelo regresivo peor que la democracia delegativa: un “neoabsolutismo” donde los representantes no quieren rendir cuentas sino ante los poderes constituidos, y no someterse a un escrutinio más severo: del ciudadano.

El control puede ser institucional, legal, político, o social. En el ámbito del Congreso puede el control manifestarse, *por este, en este, y de este*. La comisión (nunca integrada) surgiría el congreso pues el art. 23 de la ley 25.188 decía “*Créase en el ámbito del Congreso de la Nación, la Comisión Nacional de Ética Pública que funcionará como órgano independiente y actuará con autonomía funcional, en garantía del cumplimiento de lo normado en la presente ley*”.

Como expresión de pluralismo el art. 24 (antes de su modificación) señalaba “*La Comisión estará integrada por once miembros, ciudadanos de reconocidos antecedentes y prestigio público, que no podrán pertenecer al órgano que los designe y que durarán cuatro años en su función pudiendo ser reelegidos por un período.*”

Serán designados de la siguiente manera: a) Uno por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; b) Uno por el Poder Ejecutivo de la Nación; c) Uno por el Procurador General de la Nación; d) Ocho ciudadanos que serán designados por resolución conjunta de ambas Cámaras del Congreso adoptada por dos tercios de sus miembros presentes, 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

Seguidamente establecía “*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.*” Ello conformaba un control social “en” el ámbito del congreso, pero con autonomía funcional pues gozaba de independencia, similar al diseño establecido para los órganos creados por la reforma

constitucional de 1994: la auditoría general de la nación (art. 85) y el defensor del pueblo (art.86) aunque, claro está, con funciones distintas.

En efecto, las funciones del órgano, en su art.25 señalaba que: *a) La Comisión tendrá las siguientes funciones: a) Recibir las denuncias de personas o de entidades intermedias registradas legalmente respecto de conductas de funcionarios o agentes de la administración contrarias a la ética pública. Las denuncias deberán ser acompañadas de la documentación y todo otro elemento probatorio que las fundamente. La Comisión remitirá los antecedentes al organismo competente según la naturaleza del caso, pudiendo recomendar, conforme su gravedad, la suspensión preventiva en la función o en el cargo, y su tratamiento en plazo perentorio;*

b) Recibir las quejas por falta de actuación de los organismos de aplicación, frente a las denuncias ante ellos incoadas, promoviendo en su caso la actuación de los procedimientos de responsabilidad correspondientes;

c) Redactar el Reglamento de Ética Pública del Congreso de la Nación, según los criterios y principios generales del artículo 2º, los antecedentes nacionales sobre la materia y el aporte de organismos especializados. Dicho cuerpo normativo deberá elevarse al Honorable Congreso de la Nación a efectos de su aprobación mediante resolución conjunta de ambas Cámaras;

d) Recibir y en su caso exigir de los organismos de aplicación copias de las declaraciones juradas de los funcionarios mencionados en el artículo 5º y conservarlas hasta diez años después del cese en la función;

e) Garantizar el cumplimiento de lo establecido en los artículos 10 y 11 de la presente ley y aplicar la sanción prevista en este último;

f) Registrar con carácter público las sanciones administrativas y judiciales aplicadas por violaciones a la presente ley, las que deberán ser comunicadas por autoridad competente;

g) Asesorar y evacuar consultas, sin efecto vinculante, en la interpretación de situaciones comprendidas en la presente ley;

h) Proponer al Congreso de la Nación dentro de los 120 días de entrada en vigencia de la presente ley, modificaciones a la legislación vigente, destinadas a garantizar la transparencia en el Régimen de Contrataciones del Estado y a perfeccionar el Régimen de Financiamiento de los Partidos Políticos y las Campañas Electorales;

i) Diseñar y promover programas de capacitación y divulgación del contenido de la presente ley para el personal comprendido en ella;

j) Requerir colaboración de las distintas dependencias del Estado nacional, dentro de su ámbito de competencia, a fin de obtener los informes necesarios para el desempeño de sus funciones;

k) Dictar su propio reglamento y elegir sus autoridades;

l) Elaborar un informe anual, de carácter público dando cuenta de su labor, debiendo asegurar su difusión;

m) Requerir, cuando lo considere pertinente, la presentación de las correspondientes declaraciones juradas a los sujetos comprendidos en el artículo 5° inciso v) de la presente ley;

Está más que claro que de haberse instituido este organismo este hacia las veces de la declamada CONADEP de la corrupción.

La mora en integrar fue llamativa, escasas voces se alzaban denunciando esta inconstitucionalidad por omisión.

Rodolfo Terragno²⁹ lo denunció como senador nacional al proponer la integración de la comisión, señaló que los propios organismos no tienen intención de cumplir la ley. (Ejecutivo, legislativo y judicial)

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 instada a constituir la comisión no presta su conformidad efectiva pese al impulso que le dio el entonces ministro de Justicia Dr 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”.

La impotencia se reflejó en el Senado de la Nación³⁰ cuando se expresó que “(...) cuando se demanda el cumplimiento de una ley, máxime si se trata de una ley destinada a

²⁹ Terragno, Rodolfo en “ www.terragno.org.ar” proyectos presentados.

³⁰ Terragno, op. Cit.

combatir la corrupción, es indispensable satisfacer el reclamo. Lo 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 (...)"

Por intermedio de esta comisión se pretendió erradicar la corrupción sistémica, pero fue sabotada por la gran mayoría de los integrantes de los poderes constituidos.

Explicamos ello en una apretada síntesis.

6. EL REMEDIO PEOR QUE LA ENFERMEDAD

Digno es mencionar que el avance en diciembre de 1999 fue significativo, pues mediante la ley 25.233 se creó la Oficina Anticorrupción, también se dictó la ley 25.246 que sancionaba Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo.³¹

El Presidente De la Rúa dictó el Decreto 164/99 que puso en el ámbito del Ministerio de Justicia la aplicación de la ley 25.188, se instituyó la Oficina Anticorrupción, todo ello hasta que se conforme la mentada Comisión de ética pública. Se obligó a presentar una declaración jurada patrimonial integral deberá contener el detalle de los bienes, ingresos y egresos, originados en el país o en el extranjero.

Por resolución Nro. 1/00 de la Oficina Anticorrupción se implementa el 7/1/2000 este mecanismo.

La CSJN por Acordada N° 30/2005 estableció como autoridad responsable de la aplicación del régimen de recepción, custodia, registro y archivo de las declaraciones juradas patrimoniales, a la Administración General de la Corte Suprema.

Desde el año 2001 se dictaron resoluciones para mejorar el sistema de las declaraciones juradas patrimoniales mientras se hacía sepulcral silencio sobre la "Comisión de Ética" instituida por la ley 25.188.

Fue la "crónica de una muerte anunciada", pues so pretexto de mejorar el régimen de declaraciones juradas patrimoniales del art. 5 de la ley 25.188 se dicta la ley 26.857 en mayo del 2013.

Lo triste y sórdido de esta norma es que en el art.8 dispuso "Derogase el capítulo VIII de la ley 25.188", no obstante que antes por ley 25.319 se aprobó la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones

³¹ Después modificada y mejorada por Ley 27.446

Comerciales Internacionales y la Ley 26.097 que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Esta ley en su art. 6 2. Señala “Cada *Estado Parte* otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.

Los órganos mencionados por la ley 25.188 cumpliendo el mandato del art.36 de la C. Nac. (Comisión nacional de ética pública) nunca fueron constituidos, ni conformados y menos se ha puesto en funcionamiento.

Esta situación es morigerada por la ley 27.275 que tiene por objetivo garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, en 40 artículos, no logra suplantar el control social a través de un órgano, en la dependencia del Congreso de la Nación.

En suma, ley 26.857 de mayo del 2013 le dio el certificado de defunción a la Comisión de ética pública que murió antes de nacer.

Allí estaba la “CONADEP” de la corrupción que se tanto se proclama y cierto es que ni oficialistas, ni oposición hicieron los esfuerzos para ungirlos.

La oficina Anticorrupción, no puede suplantar el control social.

7. La necesidad del control social: Vale la reiteración como letanía: la fuerza normativa de la constitución se asienta en la soberanía popular que no es un concepto exclusivamente político, sino que se traslada como principio a exigencias que deben ser respetadas por los poderes constituidos. Es un límite al ejercicio del poder que se articula a través del control, que como enseña Aragón Reyes³² tiene antigua prosapia ya que “ La palabra “ control” proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum*, y de ahí pasó al francés *contre-rôle* (*contrôle*), que significa, literalmente, “contra-libro”, un “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros..”

En la democracia republicana el ciudadano participa en la formación del gobierno con el sufragio, puede ser intermediado por los representantes, pero también tiene control pues la

³² Ver en Aragón Reyes, Manuel “Constitución y control del poder introducción a una teoría constitucional del control “Ed Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

legitimidad democrática sustantiva permite una pluralidad de conceptos de control que son parlamentario, institucional, jurídica pero también social que cumplen con la premisa de limitar al poder, al mismo tiempo que se orientan a un fin: “fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos”.

Esta fue la intención de la ley 25.188 en su capítulo VIII, su modificatoria, la Ley N° 26857 fue objetada pues “... viola obligaciones establecidas en tratados internacionales de los que la Argentina es parte, como la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Pero, además, lesiona los principios de no-regresividad y máxima divulgación. El primero implica que los Estados no deben retroceder en el reconocimiento y garantía del ejercicio efectivo de los derechos humanos. Esto implica que no deben adoptar políticas y medidas, como nuevas normas, que empeoren las situaciones de los derechos humanos. En este caso, el derecho humano de acceso a la información pública se ve claramente afectado por la reducción en la cantidad y calidad de los datos que los funcionarios tienen que presentar, la necesidad de un orden judicial para acceder a información que antes estaba libremente disponible, y la eliminación de un organismo de control (o de la obligación legal de crearlo)...”³³ y las acciones emprendidas por la organización “poder ciudadano” (entre otras) en aras de garantizar el acceso a la información pública y por este medio ejercer el control social.

Debemos recordar que la democracia sustantiva permite la participación, el control, la estricta rendición de cuentas; ello no puede ser ex post facto, también una prevención activa, como era el rol asignado a la extinta “Comisión de Ética Pública”.

Hasta que no se instituya algo similar, el camino está en la constitución; en el ejercicio de ciudadanía activa, pues cuando el art.36 C.N permite el derecho de resistencia a la opresión no se refiere a una actitud de pasividad activa (no hacer y no obedecer) sino también a actuar en consonancia con el art.21 de la C.N cuando establece la obligación de “armarse” en defensa de la constitución no es solo en sentido bélico sino también jurídico ya que la defensa es “a la patria” y a la “constitución”, ambas vulneradas por el funcionario infiel y desleal, en armonía con el art.33 de la carta magna.

La CSJN³⁴ cuando se trata de defensa de la C. N permite una legitimación amplia pues reconoce que los ciudadanos están habilitados para requerir el control judicial cuando la

³³ Frezzotti, Nicolás; Rotenberg Julián y Vigliero Juan Cruz en “Poder Ciudadano y la acción por la inconstitucionalidad de la Ley N°26857/13

³⁴ CSJN en fallo del 14// 15 en “Colegio de Abogados de Tucumán c/Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro” [Recurso de hecho, Expte. CSJ 22/2009 (45-C)

Constitución está siendo desnaturalizada y se invoca la vigencia del principio republicano establecido en el artículo 1° de la Constitución para evitar que una mayoría ocasional pueda derogar los principios de organización y de división del poder.

Señala que “...*Así como. todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé (Fallos: 317:335 y 313:594, disidencias del juez Fayt).*”

La corrupción equivale a la pérdida de los más elementales derechos que sufrimos en épocas pasadas; trasladados en el tiempo, hoy tiene la misma dimensión que las pérdidas de libertades en tiempos de dictadura. Hoy las denuncias hacen las veces de habeas corpus que se presentaban en aquellos tiempos. Como antes, es cosa de pocos. El resguardo de los derechos sigue siendo el poder judicial.

8. INVENTARIO Y BALANCE

Hasta aquí señalamos los déficits y los problemas propios en materia de lucha contra la corrupción que pueden provocar desilusión o desencanto, pero con un optimismo incurable nos atrevemos a soñar impulsado por avances, que, aunque insuficientes, permiten conservar las utopías.

Se inscribe entre los avances: a) la ley N° 27304/16, del arrepentido a pesar que la llamada ley de extensión de dominio no ve la luz por bloqueo institucional de la oposición y el desacierto del camino adoptado por el Ejecutivo a través del D.N.U ya que no se dan las condiciones fácticas previstas en el art.99 inc.33 de la C.N no obstante que es revelador de las mejores intenciones. Es un abuso del derecho que conspira contra la república como enseña Manili³⁵.

b) Por medio de la ley N° 27148/15 se aprueba la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y se crea la Procuraduría de Investigaciones administrativas como es un órgano especializado en la investigación de hechos de corrupción y de irregularidades administrativas cometidas por agentes de la Administración Nacional.

c) la Unidad de Información Financiera (UIF) instituida para prevenir, detectar y contribuir a la represión penal del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y a

³⁵ Manili, Pablo Luis, “Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho” LA LEY 18/02/2019
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 20, N. 2, pp. 767-788, Mai.-Ago. 2019. 786

la recuperación de bienes producto del delito. Despliega una actividad para combatir la corrupción.

d) En el catálogo de nobles propósitos se inscribe la ley 27.401³⁶ de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas que es una herramienta para luchar contra la corrupción.

Entre otros avances está claro que hay esperanzas y créditos favorables, pero estos languidecen ante un estado de corrupción que torna fétido el aire que respiramos.

e) Una luz de esperanza lo constituye un sector de la justicia argentina, que, sin la infraestructura adecuada, recursos insuficientes y un sistema vetusto trata de desentrañar actos de corrupción que nos dejan absortos y consternados por la dimensión y la forma en que se dieron los hechos.

La amenaza cierta es que podemos caer en regímenes cooptados por las “mafias” o aparatos de poder que articulan alianza entre empresarios y funcionarios innobles, cuando no sobrevuela la amenaza de la cleptocracia, si antes no se emprenden actos simples y claros:

1) El ejemplo. Esta es la mejor forma de educación que debe ser impulsada por el Estado y los ocupantes momentáneos del poder delegado por el pueblo.

2) Es imprescindible que el defensor del pueblo se elija y actúe.

3) estimular y provocar la participación popular y el control social. Ya se perdió la oportunidad prevista en el Cap. VIII ley 25.188 modificada en silencio y a hurtadillas, es necesario instituir un ente similar.

He aquí la CONADEP de la corrupción. La Comisión de Ética publica debe ser instituida y ocupada como órgano autónomo e independiente.

La participación y control social evitara la banalización del tema y peor aún, la posibilidad de estigmatizar por la justicia en base a las llamadas “fake news” o las condenas mediáticas en base a la posverdad que son instrumentos que relajan el control judicial que nunca debe perder su esencia garantista en torno a la verdad de los hechos haciendo efectivo el debido proceso para emitir un decisorio justo.

Lo fundamenta bien Susan Rose-Ackerman³⁷, cuando 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

³⁶ Ver en Buompadre, Jorge E. “corrupción, empresa y compliance. Reflexiones sobre la ley 27401 sobre responsabilidad de las personas jurídicas” en Buompadre Jorge E y Reátegui Sánchez, James “Lavado de activos compliance. Corrupción, empresa y derecho penal”. Ed contexto 2018 pag 59 y sig.

³⁷ Rose- Ackerman, Susan, “La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma”. Siglo XXI de Argentina Editores, Buenos Aires, 2001. Pág. 197

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.

Debe existir un pacto de estado, cumplir con el mandato constitucional del art.36 de la C.N. aún pendiente, exhumar la comisión de ética pública, dotar al poder judicial de herramientas como un nuevo código penal con delitos más severos en el tema en cuestión y un nuevo código de Procedimientos que de efectividad, eficacia y celeridad a los procesos. Más solución y menos protocolo, más efectividad y menos burocracia, oralidad e intermediación antes que montañas de papeles.

Se puede entender que haya corruptos, lo que no se puede soportar es que haya impunidad. Ello mina la confianza social, máxime en las instituciones y su dirigencia; fomenta la anomia social por la inacción o la denuncia fácil y estridente sin efectividad.

Así como por influjo del neoconstitucionalismo decimos que la moral impregnó o migró al derecho, lo propio debe hacerse con la política pues como lo enseñaba Spota³⁸ “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”.

Es el nuevo desafío; es posible, tuvimos ejemplos y oportunidades, pero 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, solo será posible si damos la batalla contra la corrupción.

³⁸ SPOTA, Antonio Alberto. “Ética y Política”. ED 175-901.