

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE CORRUPCIÓN¹

LUIS RODRÍGUEZ COLLAO
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Una aproximación dogmática a los delitos que atentan contra el correcto desempeño de la función pública presupone tomar en consideración los resultados de la investigación realizada en el área de las ciencias sociales y políticas en torno al fenómeno de la *corrupción*, como así también el sentido en que es utilizado este concepto en los instrumentos internacionales que han servido de base a la actual regulación sobre aquellos delitos, en especial, la Convención Interamericana contra la Corrupción.

En este contexto, el artículo pretende explicar las connotaciones semánticas del vocablo *corrupción*, a partir de una consideración conjunta de sus antecedentes etimológicos, criminológicos y sistemáticos; dar a conocer las distintas clases que dicho fenómeno puede revestir y sus principales manifestaciones; para concluir exponiendo cuál es el sentido que corresponde atribuirle en el campo jurídico, su relación con la

ABSTRACT

A dogmatic approach to crimes attempting against public functions presupposes the consideration of results from research conducted in social and political sciences on the *corruption* phenomenon as well as the sense in which this concept is used in international documents that have been the basis for the present regulations of those crimes, in particular, the Inter-American Convention against Corruption.

In this context, this article attempts to explain the semantic connotations of the word *corruption* from its etymological, criminological, and systematic backgrounds; to inform about the different classes such a phenomenon can cover and its chief manifestations; and to show, as a conclusion, what the sense that ought to be applied in the legal area is, its relationship with the notion of deviation from the general interest, whether it has any value as a dogmatic category in the area of criminal

¹Este trabajo ha sido producido en el marco de una investigación desarrollada en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, sobre el tema *La protección penal de la fe pública y de las funciones estatales. Estudio dogmático y crítico*, con el patrocinio de FONDECYT (proyecto de investigación N° 1020657).

noción de desviación del interés general, si tiene valor como categoría dogmática en el ámbito del Derecho penal y si cabe incluir en él, a la luz del ordenamiento jurídico vigente y desde una perspectiva de política criminal, lo que hoy suele denominarse corrupción privada.

PALABRAS CLAVE: Corrupción - Delitos funcionarios - Función pública - Probidad administrativa - Desviación del interés general.

law and whether it is appropriate to include in it, in light of the current code and from a criminal-political perspective, what is called private corruption today.

KEY WORDS: Corruption – Public officials' crimes – Administrative probity – Deviation form general interest.

I. INTRODUCCIÓN

Gracias a la extraordinaria atención que ha merecido este fenómeno durante los últimos años, el término "corrupción" se ha instalado con fuerza en el discurso académico y en el lenguaje cotidiano, pero en ambos casos con un nivel de ambigüedad que reclama un esfuerzo de precisión conceptual, básicamente porque el uso indiscriminado o incorrecto de aquel vocablo puede ser mucho más dañino que la corrupción misma².

Varios son los factores que conspiran en contra de la pretensión de acotar el significado del término "corrupción". En primer lugar, pese a lo extendido que se encuentra su empleo, el significado puede variar mucho según el contexto social y cultural; hasta el punto que en diferentes países –e incluso entre regiones de un mismo Estado– puede ser muy diversa la gama de actos que queda comprendida bajo aquella denominación. Asimismo, la falta de datos precisos acerca de su incidencia hace más difícil establecer definiciones basadas en aspectos absolutamente objetivos³. En estrecha relación con lo anterior, muchos analistas definen categorías de conductas corruptas, apoyándose en las leyes y otras reglas formales, por su relativa precisión y estabilidad para identificar las acciones de esa índole, pero introduciendo con ello un factor de incertidumbre en relación con el significado del fenómeno en estudio, por las naturales divergencias que es posible apreciar entre una legislación y otra⁴.

² BATES HIDALGO, L., *Corrupción: concepto y aspectos penales*, en *Revista Actualidad Jurídica* 6 (Santiago, julio 2002), p. 35.

³ REOS, O., *Efectos económicos de la corrupción*, en *Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo* (Banco Interamericano de Desarrollo, 2002), p. 2. Como prueba de esta aseveración puede invocarse un informe preparado por el Consejo de Europa para la XIX Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, que tuvo lugar en 1994, el cual señala que las nociones de corrupción no están armonizadas en las legislaciones penales europeas y que en general la opinión pública usa el término corrupción en un sentido que no siempre coincide con los criterios normativos. Así lo ha manifestado GODOY ARCAÑA, O., *Consideraciones generales sobre la corrupción y su prevención*, en *Revista de Ciencia Política* 18 (P. U. Católica de Chile, 1996) 1 - 2, pp. 19 - 20.

⁴ Cfr. NYE, J., *Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis*, en *American Political Science Review* 61 (junio 1967) 2, p. 417.

Además, en los trabajos de numerosos autores el objeto de estudio se diluye debido a la tendencia por tratar el tema de la corrupción conjuntamente con otras formas de desviación conductual, como la criminalidad organizada y el tráfico de drogas, e incluso entremezclada con temas tan disímiles como el aborto, los fraudes electorales y el divorcio, que algunos fundamentalistas consideran como manifestaciones de un mismo fenómeno global e inseparable⁵.

Por último, no debemos olvidar que el tema de la corrupción ha sido objeto de investigación y análisis desde varias perspectivas disciplinarias, particularmente, en los campos del derecho, la sociología, la ciencia política y la economía, cada una de las cuales aplica su propia metodología y orienta el trabajo científico hacia sus fines particulares, lo que conlleva una muy entendible diversificación del sentido que cada disciplina –e incluso a nivel de los diversos enfoques existentes al interior de las mismas– atribuyen al fenómeno de la corrupción.

En las páginas que siguen examinaremos los rasgos que distinguen al fenómeno de la *corrupción* desde diversas perspectivas; determinaremos cuál es el sentido que éste posee en el plano jurídico y si ostenta la jerarquía y la identidad necesarias como para ser incluido entre las categorías dogmáticas del derecho penal.

II. ANTECEDENTES ETIMOLÓGICOS Y EVOLUTIVOS

El término “corrupción” proviene del latín *corruptio*, *-onis*, y éste, a su vez de *corumpere*, locución verbal que se compone de *com* (juntos) y *rumpere* (romper). De acuerdo con sus antecedentes etimológicos, entonces, la palabra corrupción expresa la idea de un acto que altera el estado de las cosas mediante la complicidad o la actuación conjunta de dos o más individuos⁶.

Pese a ello, desde muy temprano el uso lingüístico impuso algunas acepciones que enfatizan el carácter nocivo de una determinada actuación, en desmedro del sesgo de bilateralidad que fluye de sus antecedentes etimológicos. Así, por ejemplo, el verbo *corromper*, se usa hasta hoy –referido a las cosas– como sinónimo de alterar, pudrir, descomponer o dañar, como lo demuestran las dos primeras acepciones que le atribuye la versión vigente del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, que lo definen, respectivamente, como “Alterar y trastocar la forma de algo” y “Echar a perder, depravar, dañar, pudrir”. Con referencia a las cosas inmateriales, la quinta acepción de la misma fuente le atribuye el sentido de introducir un vicio o defecto, como sucede, por ejemplo, cuando se vicia o corrompe el lenguaje⁷.

⁵ En este sentido la opinión de ORELLANA, P., *Corrupción y probidad: problemas y soluciones*, en *Comunidad Virtual de Gobernabilidad, Desarrollo Humano e Institucional* (Santiago, octubre 2002), p. 1.

⁶ MIFSUD S.J., T., *Aproximación ética al fenómeno de la corrupción*, en *Revista de Ciencia Política* 18 (PUCCh. 1996) 1 - 2, p. 31. Cfr. BLOCH / WARTBURG, *Dictionnaire etymologique* (5ª ed., París, 1968), p. 150. También, MIGLIORINI-DURO, *Prontuario etimológico*. (Turín, 1949), p. 144.

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la lengua española* (22ª ed., 2001).

En relación con las personas, la acción de corromper y sus derivados aluden, en determinados ámbitos geográficos y culturales, al hecho de incomodar, fastidiar e irritar, y –en forma mucho más generalizada– a la acción de pervertir, como lo demuestra su frecuente empleo en el marco de la locución corrupción de menores⁸. También con referencia a personas, pero en un sentido no necesariamente sexual, corromper suele utilizarse en nuestro idioma como sinónimo de seducir, como lo pone de manifiesto la cuarta acepción que el Diccionario de la Real Academia Española atribuye a dicho verbo.

Por último, en el lenguaje cotidiano corromper y corrupción son utilizados también para aludir a la entrega de una dádiva o recompensa a cambio de la concesión de un beneficio por parte de un funcionario, como lo demuestra la frecuencia con que aquel verbo es utilizado como sinónimo de sobornar y cohechar⁹. Este último es también el sentido con que mayormente se le utiliza en el lenguaje jurídico. Así lo pone de manifiesto ESCRICHE cuando se refiere al vocablo en análisis como “El crimen de que se hacen culpables los que estando revestidos de alguna autoridad pública sucumben a la seducción, como igualmente el crimen que cometen los que tratan de corromperlos; de suerte que la corrupción puede considerarse como activa y como pasiva: activa de parte de los corruptores, y pasiva de parte de los corrompidos”¹⁰.

En realidad, el uso del vocablo “corrupción”, con un sentido más amplio que el de simple equivalente a soborno es muy reciente en el ámbito del lenguaje jurídico, como lo pone de manifiesto el hecho de que el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, recién en su última versión correspondiente a 2001, incorporara una cuarta acepción de aquel vocablo –desconocida hasta entonces y que no tiene un correlato en el verbo “corromper”– que reza como sigue: “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”. Asimismo, las obras especializadas de lexicografía jurídica tienden a incorporar otras acepciones que dan cabida a un número cada vez mayor de conductas, superando ampliamente la clásica asimilación entre corrupción y cohecho. Así, por ejemplo, GOLDSTEIN señala que lo distintivo es que la corrupción refleja actitudes generalizadas respecto de la moral, la ética profesional y la función pública; y que no implica necesariamente el empleo de dinero, sino que también puede darse cuando media el ofrecimiento de un cargo, un ascenso u otra ventaja de la misma índole¹¹.

⁸ Cfr. *Diccionario Jurídico Espasa* (Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1993), p. 259.

⁹ Cfr. la tercera acepción que la versión vigente del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española atribuye al verbo *corromper*. En el mismo sentido, *El Pequeño Larousse Ilustrado* (3ª edición. Barcelona, 1997), p. 291.

¹⁰ ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Edición corregida y aumentada por Juan B. Guim. Bogotá, Temis, 1977), II, p. 258. En un sentido análogo, entre varios otros, FERNÁNDEZ DE LEÓN, G., *Diccionario Jurídico* (2ª ed., Buenos Aires, Editorial Abecé, 1961), I, p. 545, al definir corrupción como “soborno a una autoridad con dádivas o promesas”.

¹¹ GOLDSTEIN, R., *Diccionario de derecho penal y criminología* (2ª edición. Buenos Aires,

La misma amplitud de significado que el vocablo *corrupción* posee en lengua castellana, aparece también en otros idiomas que tomaron del latín una fórmula análoga derivada de idéntica raíz. Así, por ejemplo, en inglés el término *corruption* denota desde muy temprano –específicamente desde el siglo XIV– las ideas de dañar, alterar y destruir una cosa; acepción a la que se añade dos siglos más tarde la de regalo dado con el objeto de influir sobre otra persona¹². Tal es el arraigo alcanzado por esta última idea que hasta hoy las autoridades lingüísticas establecen una sinonimia entre *corrupt(ion)* y *bribe(ry)*, expresión esta última que específicamente designa lo que en castellano llamamos soborno o cohecho, sin perjuicio de que en inglés también coexisten las acepciones que denotan las ideas de seducir y pervertir¹³. Tal como sucede en nuestro idioma, durante los últimos años hay también en inglés un reconocimiento expreso de la mayor amplitud que ostenta el vocablo en estudio desde el punto de vista del derecho y de las ciencias sociales, como en su momento lo pusieron de manifiesto GOULD /KOLB, al señalar que el término inglés *corruption*, en la vida pública, es el uso del poder para el beneficio privado o para el beneficio de un grupo o clase, en el sentido que constituye un quebrantamiento de la ley o de los estándares de conducta moral¹⁴.

En lengua francesa e italiana, los vocablos *corruption* y *corruzione*, respectivamente, han tenido una evolución casi idéntica a la de su homólogo en idioma castellano. En efecto, dentro del campo semántico de esas expresiones se cuentan también las nociones de seducir, pervertir, viciar e infectar; y, en lo que respecta específicamente al ámbito de las relaciones jurídicas, es común su identificación con la idea de soborno, todo ello en un contexto significativo prácticamente idéntico al anteriormente explicado¹⁵.

III. ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

En el ámbito de las ciencias sociales no existe un concepto unívoco de *corrupción*, básicamente en atención a que este fenómeno cuenta con una pluralidad de enfoques metodológicos, cada uno de los cuales destaca, enfatiza o confiere primacía a algún elemento concreto de los varios que suelen proponerse como factores inherentes a la estructura de aquella categoría social.

Editorial Astrea, 1983), p. 158. En un sentido análogo, QUIJADA, R., *Diccionario Jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1994), p. 144.

¹² HARPER, D., *Online Etymology Dictionary*, disponible en www.etymonline.com

¹³ KAPLAN, S. M., *Wiley's English / Spanish and Spanish / English legal Dictionary* (Nueva York, Wiley Law Publications, 1993), pp. 37, 71, 224, 392. En un sentido similar, CABALLERAS - HOAGUE, *Diccionario jurídico. Law dictionary* (Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001), I, pp. 106, 186, 196; ALCARAZ VARÓ - HUGHES, *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-español, español-inglés* (5ª ed., Barcelona, Ariel, 1999), pp. 59, 188, 244, 406, 488.

¹⁴ GOULD, J. - KOLB, W., *A Dictionary of the Social Sciences* (Nueva York, The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 1964), p. 142.

¹⁵ Cfr. CAPITANT, H., *Vocabulario Jurídico* (Trad. H. Guaglianone, Buenos Aires, Depalma, 1961), p. 167; MARTÍNEZ AMADOR, E., *Diccionario italiano-español, español-italiano* (Barcelona, Edit. Ramón Sopena, 1983), p. 1003; MERLIN WALCH, O., *Dictionnaire juridique* (4ª ed. Paris, Editorial Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998), p. 759.

Pese a ello, existe consenso en torno a algunos puntos centrales relativos al proceso de la conceptualización del fenómeno en estudio. Así, por ejemplo, los autores concuerdan en que la definición de corrupción que en definitiva se adopte debe ser válida tanto para el nivel microsociológico como para el ámbito macrosociológico, puesto que el fenómeno se da en ambos niveles¹⁶. Asimismo, un elemento que está presente prácticamente en todas las propuestas científicas en torno al problema de la corrupción es el carácter secreto y la falta de transparencia que denotan las acciones susceptibles de ser encasilladas bajo aquella denominación¹⁷.

Desde otro punto de vista, se aprecia también una clara tendencia hacia el abandono de las posiciones llamadas formalistas o legalistas que en otra época imperaron en la aproximación socio-política al fenómeno de la corrupción¹⁸. En general se acepta que este último concepto necesariamente refiere al ámbito del derecho, tanto por la circunstancia de que las conductas corruptas implican violación de preceptos legales, como por el hecho de que ellas representan una clara transgresión al valor de la justicia¹⁹.

Sin embargo, se estima que un enfoque estrictamente formal de la corrupción, que considere sólo el dato de su tipificación legal, no permite –desde la perspectiva de un análisis estrictamente sociológico– establecer parámetros para medir la gravedad de las conductas que quedan comprendidas bajo aquella denominación²⁰. Tal es la razón por la cual normalmente se afirma que corrupción no es sinónimo de ilegalidad, lo que aparece ejemplificado con una serie de prácticas y actividades que no implican la violación de ninguna disposición legal, pero que llevan consigo una falla ética y de comportamiento colectivo (como las acciones que transgreden los cánones de conducta establecidos por organizaciones o corporaciones, o por asociaciones de profesionales), que tienen efectos sobre el conjunto de la economía y de la sociedad y que, por esto mismo, son parte de lo que genéricamente se denomina corrupción²¹.

¹⁶ En este sentido, OLIVERA PRADO, Mario, *Hacia una sociología de la corrupción*, en *Revista Probidad* 16 (octubre-noviembre 2001), pp. 7 - 10, quien, consecuente con su planteamiento, define corrupción como «Acción social ilícita o ilegítima encubierta y deliberada con arreglo a intereses particulares, realizada vía cualquier cuota de poder en espacios normativos institucionalizados y estructurados, afectando deberes de función intereses colectivos y/o la moral social».

¹⁷ STÜCKELBERGER, C., *Lutte contre la corruption. Un tâche urgente pour les œuvres d'entraide, les missions et les églises*, en *Repères* 1 (Lausanne, 2000), p. 3.

¹⁸ Desde el ámbito de las ciencias jurídicas, en cambio, se siguen planteando posiciones que difieren de este planteamiento. Así, por ejemplo, GARZÓN VALDÉS, E., *Acerca del concepto de corrupción*, en *Claves de la Razón Práctica* 56 (octubre 1996), pp. 26 - 38, señala que no es posible hablar de corrupción sin hacer referencia simultáneamente al marco normativo dentro del cual se produce el acto o la actividad calificada de corrupta.

¹⁹ DEFLEM, M., *Corruption, Law and Justice: A Conceptual Clarification*, en *Journal of Criminal Justice* 23 (1995) 3, pp. 249 - 258.

²⁰ OLIVERA PRADO, M., *Hacia una sociología de la corrupción*, en *Revista Probidad* 16 (octubre-noviembre 2001), pp. 7 - 10.

²¹ REOS, O. A., *Efectos económicos de la corrupción*, ob. cit., p. 2.

Siempre en el área de las ciencias sociales, entendemos que también puede considerarse como ampliamente superado el enfoque que concibe la corrupción como el incumplimiento de una obligación ética²² o, para ser más exactos, el que la concibe como aquella conducta que se desvía de los deberes morales de una función o cargo públicos a causa de ganancias personales²³. La principal ventaja de esta concepción es que, merced a su esfuerzo de síntesis, permite englobar toda una serie de conductas corruptas, desde el cohecho, al nepotismo o el tráfico de influencias. Pero no menos patente es, sin embargo, el principal inconveniente que plantea: su excesiva amplitud impide deslindar con nitidez conductas como las descritas y termina produciendo confusión²⁴.

La literatura sociológica tiende a identificar la corrupción con operaciones movidas por el afán de beneficio económico directo o indirecto²⁵. El enriquecimiento ilícito obtenido por medio del abuso de la función pública –se ha dicho entre nosotros– constituye la esencia de la corrupción. La corrupción representa, en efecto, una relación socialmente patológica entre dos fuentes de poder: el poder económico y el poder político. Mediante tal relación, quienes detentan uno de tales poderes, lo transan a cambio del otro. Así, en una relación corrupta, el poder del dinero busca influir sobre la función pública en beneficio propio e, inversamente, quienes ejercen esta última la distorsionan para favorecer a quienes les proporcionan rentas económicas²⁶.

En este sentido, por ejemplo, Rose-Ackerman reconoce que su enfoque acerca de este fenómeno se aplica a transacciones donde el dinero u otra cosa de valor es ilegalmente transferido a cambio de un beneficio proporcionado por un servidor público²⁷. Desde una perspectiva económica, en efecto, la corrupción suele ser entendida en un contexto de personas racionales que determinan su conducta, procurando satisfacer su propio interés –con el fin de maximizar su

²² MIKKELSEN-LOTH, J. F., *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar la corrupción en la Administración pública*, en *La Ley* (Buenos Aires, 2001), p. 10.

²³ Cfr. GARCÍA MEXÍA, P., *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* (Elcano, Navarra, Aranzadi, 2001), pp. 59 - 60.

²⁴ OLIVERA PRADO, M., *Hacia una sociología de la corrupción*, ob. cit., pp. 7-10. Considerada de manera muy amplia, ha escrito LASCOURMES, la corrupción designa dos tipos de desviación. En primer lugar, el comportamiento de quien ostentando una autoridad utiliza la situación de poder que ésta le confiere para aplicar una norma en provecho suyo o en el de otra persona u organización; y, en segundo lugar, una concepción más extensa designa –entre otros elementos– la transgresión de un principio moral (igualdad de trato) cuya sanción no está exactamente establecida. LASCOURMES, Pierre, *Corrupsiones. El poder frente a la ética* (Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2000), pp. 36 - 37

²⁵ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, en ASÚA BATARRITA (Dir.), *Delitos contra la Administración Pública* (Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997), p. 17.

²⁶ FERREIRO YASIGI, A., *Corrupción, transparencia y democracia: reflexiones pertinentes en la hora actual*, en *Asuntos Públicos* (enero 28, 2003), p. 5.

²⁷ ROSE-ACKERMAN, S., *Corrupción y competencia*, en *Revista de Ciencia Política* 18 (P. U. Católica de Chile, 1996) 1-2, p. 43. Cfr. de la misma autora, *Corrupción: causas, consecuencias y remedios*, en *Primera Conferencia Nacional Anticorrupción*, Lima, junio 2001.

bienestar– en un mundo en el que los recursos necesarios para ello son escasos, las necesidades son ilimitadas y la información disponible para tomar decisiones es imperfecta²⁸. De acuerdo con este enfoque la corrupción es vista como un mecanismo de distribución de recursos escasos, en el contexto de los mercados ilegales que pueden surgir como reacción frente a cualquier intento estatal por controlar las fuerzas del mercado²⁹.

Si bien se acepta que el provecho a que alude esta concepción no siempre es para sí mismo –sino que también puede ser para familiares, amigos, para un grupo o para una organización–, durante los últimos años se ha cuestionado la procedencia de atribuir carácter necesariamente pecuniario a los actos en que se concreta la corrupción, estimándose que lo esencial es la primacía que asume el interés particular, sea que éste se concrete en una ventaja patrimonial o en cualquier otra forma de gratificación o satisfacción³⁰. En otras palabras, pese a que tales beneficios son casi siempre de índole económica, no queda excluida la posibilidad de que ellos consistan en otro tipo de gratificaciones no directamente evaluables en dinero. Basta pensar en el otorgamiento de honores, premios u otro tipo de favores no obtenibles a través del cumplimiento de un deber posicional³¹.

Un concepto muy difundido de corrupción es aquel que la concibe como abuso de poder *público* para la obtención de un beneficio particular.

En otras palabras, el “fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa”³². Esta fórmula definitoria concitó en su momento una gran difusión a nivel supranacional –la adoptó, por ejemplo, el Banco Mundial– y fue acogida en Chile por la Comisión Nacional de Ética Pública en 1994, al considerar que “hay corrupción cuando un agente público, en el ejercicio de las funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado (que puede ser monetario o de otra naturaleza)”.

Se ha sostenido que el error en que incurren las definiciones tan estrictas de corrupción –ligadas sólo al desempeño de una función pública– es el de poner en calidad de víctimas a los particulares que intervienen como cómplices o como beneficiarios de esta clase de conductas. En este sentido, se estima que no es

BINDER, J./VELOZO, J., *La corrupción: una visión desde la perspectiva económica y jurídica*, en *Red 21* (diciembre 2001), p. 2.

Cfr. la explicación y crítica de GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea* (Elcano, Navarra, Aranzadi, 2001), pp. 59 - 63. Este enfoque, por lo demás, no logra explicar cómo la corrupción sigue campeando en varios países y aún se ha fortalecido, al amparo del sistema neo-liberal. Sobre esto último, vid. OLIVERA PRADO, M., *Hacia una sociología de la corrupción*, ob. cit., pp. 7-10.

TANZI, V., *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics* (Northampton, Edward Elgar Publishig, 2000), p. 111.

GARZÓN VALDÉS, E., *Acerca del concepto de corrupción*, en *Claves de la Razón Práctica*, N° 56, octubre 1996, pp. 26 - 38.

PASQUINO, G., *Corrupción*, en Norberto BOBBIO (coord.), *Diccionario de Ciencia Política* (México, Edit. Siglo XXI, 1998), pp. 438-440.

suficiente la explicación en orden a que las acciones cometidas por particulares quedan sometidas al estatuto jurídico previsto para los delitos comunes, porque en la mayor parte de los países las conductas susceptibles de ser calificadas como corruptas y que son objeto de castigo al ser ejecutadas por un funcionario, quedan, en cambio, impunes cuando son cometidas por un particular³³.

La verdad es que las definiciones de los más destacados estudiosos del tema incluyen hoy una referencia a los agentes privados como sujetos capaces de incurrir en corrupción. Tal es el caso de la fórmula que propone JOHNSTON cuando alude a “Abuso de los puestos o recursos públicos o el uso de formas ilegítimas de influencia política por integrantes de los sectores público o privado”³⁴ y la propuesta de BAILEY que se refiere a las operaciones ocultas y a todas las maniobras en que intervienen personas que ejercen funciones públicas o privadas, con infracción de los deberes que imponen su calidad de funcionario público, empleado particular o agente independiente, con el fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier género, para ellos mismos o para otros³⁵.

IV. SUJETOS DE LA CORRUPCIÓN

En relación con las personas que intervienen en la ejecución de los comportamientos corruptos la posición tradicional sostiene que éstos se caracterizan por la concurrencia de –por lo menos– dos partes que realizan un intercambio voluntario, elemento que permitiría trazar una diferencia con el resto de las acciones delictivas³⁶.

Con todo, hay autores que señalan que la presencia de esta dualidad de voluntades no es inherente al concepto de corrupción, porque las cosas no siempre suceden de ese modo. Si un funcionario, por ejemplo, actuando en solitario se apropia de dineros públicos, está cometiendo un acto que atenta contra la propiedad de la institución que le ha confiado sus fondos y, paralelamente, traicionando la confianza depositada en él por quienes lo han investido de tales poderes. Pero si un agente público acepta un soborno para inscribir a una empresa en un listado de proveedores sin cumplir los requisitos legales, realiza una contratación ilícita o permite que alguien viole la ley en su propio provecho, aceptando para ello parte de los beneficios obtenidos, se da una situación en la que clara-

³³ Más aún, desde posturas radicales se considera que esta clase de explicaciones simplemente pasa por alto que “el sistema capitalista pretende endosarle el problema de la corrupción solamente al sector estatal y disminuir o esconder el problema de corrupción de la llamada delincuencia de cuello blanco que es tan grave como la anterior”. ZAFRA ROLDÁN, G., *La corrupción, la Convención Interamericana, sus alcances y sus límites. El problema ideológico* (Washington, OEA, noviembre 1999), p. 5.

³⁴ JOHNSTON, M., *Funcionarios públicos, intereses privados y democracia sustentable: cuando la política y la corrupción se juntan*, en Elliott K. A., *La corrupción en la economía global* (México, Limusa, 2001), p. 84.

³⁵ BAILEY, B. M., *La lutte contre la corruption: questions et stratégies* (Agence Canadienne de Développement International, junio 2000), p. 77.

³⁶ WAGNER, G., *Corrupción y modernización del Estado* (documento de trabajo N° 174, Instituto de Economía, U. Católica de Chile, Santiago, 1994), p. 6.

mente destaca la complicidad entre las partes³⁷. Por esto, algunas opiniones enfatizan, más que el intercambio entre dos voluntades, la transgresión de una relación de confianza³⁸ o la existencia de un cierto poder de discrecionalidad de parte de quien ejecuta el comportamiento corrupto³⁹.

En los enfoques tradicionales, el usuario es el sujeto principal, al que generalmente se le atribuye el rol activo, mientras que funcionarios y/o jefes tienen un rol pasivo de aceptación. De esta manera la corrupción aparece como una intromisión en el proceso administrativo. El jefe o directivo aparece como quien emprende la lucha para eliminar esas influencias externas que han corrompido a la administración. A partir de la afirmación de que el esquema de la dualidad de voluntades no agota la complejidad del proceso de la corrupción y con base en la propia experiencia administrativa, ORELLANA distingue seis formas distintas de corrupción: aquella que realizan los funcionarios (la micro corrupción como el robo de material de oficina); la que realizan los jefes (como la apropiación de los fondos públicos cuya administración les ha sido confiada); la que ejecuta una asociación delictiva en la que intervienen jefes y funcionarios; la realizada por una asociación entre usuario y funcionario; la ejecutada por una asociación entre usuario y jefe; y, por último, la que es llevada a cabo por una asociación entre usuarios, funcionarios y jefes⁴⁰.

En términos generales, se acepta que las normas éticas –y aun la propia sociedad– son más exigentes con los funcionarios públicos, que con el resto de los ciudadanos, cualquiera sea la esfera de la actividad pública en que se desempeñen: administración central, poder legislativo, órgano jurisdiccional. Ello obedece a que los servidores públicos tienen poder y autoridad sobre el resto de los ciudadanos. “Para decirlo en una palabra: gobiernan, y el gobierno es, en cierto modo, un privilegio, pues da a quien lo detenta un poder sobre otros”. Es, además, una responsabilidad, porque del ejercicio de ese poder depende el progreso y el bienestar de la nación. Estas son, precisamente, las razones por las que se considera que los funcionarios públicos tienen más obligaciones en cuanto a cómo conducirse en su vida pública, e incluso en su vida privada, y sobre ellos pesa un especial deber de cuidado en la relación que necesariamente existe entre la esfera de su vida y la de sus responsabilidades públicas⁴¹.

Optar por este planteamiento significa abandonar también la idea de que

³⁷ SABINO, C., *Democracia y corrupción en América Latina*, en *La Ilustración Liberal* N° 5 (Caracas, enero 2000), pp. 6-7. Aceptando, también, la posibilidad de que intervenga un solo individuo, ORELLANA, P., *Corrupción y probidad: problemas y soluciones*, en *Comunidad Virtual de Gobernabilidad, Desarrollo Humano e Institucional* (Santiago, octubre 2002), pp. 2-3.

³⁸ STÜCKELBERGER, C., *Lutte contre la corruption*, ob. cit., p. 3.

³⁹ WAGNER, G., *Corrupción y modernización del Estado*, ob. cit., p. 7.

⁴⁰ ORELLANA, P., *Corrupción y probidad: problemas y soluciones*, en *Comunidad Virtual de Gobernabilidad, Desarrollo Humano e Institucional* (Santiago, octubre 2002), pp. 4 - 5

⁴¹ ARRIAGADA, G., *El Estado y la prevención de la corrupción*, en *Revista de Ciencia Política* 18 (P. U. Católica de Chile, 1996) 1-2, pp. 10 - 11. En un sentido análogo, SABINO, Carlos, *Democracia y corrupción en América Latina*, ob. cit., pp. 6 - 7, quien se refiere a una “asimetría de responsabilidades”.

para hablar de corrupción hay que hacer necesariamente referencia a una persona que ocupa una posición oficial, es decir, a una autoridad o, lo que es lo mismo, a alguien que detenta una cuota de poder. Alguien es autoridad cuando, entre otras cosas, tiene competencia para tomar decisiones: es, por ello, un decisor. Pero, el carácter de decisor no tiene por qué estar limitado a una autoridad. Así, alguien puede ser un decisor en virtud del papel social que desempeña o de la posición que ocupa dentro del sistema normativo, sin que ello implique necesariamente la potestad para dictar disposiciones jurídicamente obligatorias.

Según GARZÓN VALDÉS, en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor, que se encuentra sujeto a una serie de deberes. En este sentido, en el caso de los cargos oficiales estos imponen a quienes los detentan una serie de deberes específicos que suelen llamarse “institucionales”. No obstante, para los casos en que los sistemas normativos no son políticos o jurídicos, podemos hablar mejor de “deberes posicionales”. De modo que es posible hablar de los derechos y deberes institucionales o posicionales de, por ejemplo, un gobernante, de un juez, de un futbolista o un director de empresa.

Los deberes posicionales se adquieren a través de un acto voluntario en virtud del cual alguien acepta asumir un papel dentro de un sistema normativo; su ámbito de validez está delimitado por las reglas que definen la posición respectiva. En este sentido, si se acepta que las obligaciones son deberes adquiridos por promesas o aceptación expresa o tácita de una determinada posición en una práctica social, según este razonamiento, deberíamos admitir que la corrupción implica siempre un acto de deslealtad o hasta de traición con respecto al sistema normativo⁴².

V. CLASES DE CORRUPCIÓN

Varios son los criterios de clasificación que la doctrina propone, desde la perspectiva de las ciencias sociales, en torno al fenómeno de la corrupción. Ante la imposibilidad de efectuar una reseña completa de todos ellos, a continuación expondremos en sus trazos más generales aquellos que pueden reportar una mayor utilidad para los fines que aquí interesan.

1. *Corrupción sistémica, subsistémica y dispersa*

Tomando como base lo difundidas que puedan encontrarse las prácticas corruptas al interior de una sociedad, la doctrina distingue entre corrupción *sistémica* (o institucionalizada), *subsistémica* y *dispersa*⁴³. La primera denominación se reserva para designar aquellas situaciones en que la corrupción afecta a la totalidad del sistema político, hasta el punto de llegar a generarse lo que FERRAJOLI

⁴² GARZÓN VALDÉS, E., *Acerca del concepto de corrupción*, ob. cit., pp. 26 - 38.

⁴³ GODOY ARCAYA, O., *Consideraciones generales sobre la corrupción y su prevención*, ob. cit., pp. 17 - 18. Tomando como base el mismo parámetro del criterio de clasificación en estudio, algunos distinguen únicamente dos grandes formas de corrupción. En este sentido, por ejemplo, la opinión de MIKKELSEN-LOTH, J. F., *Enriquecimiento ilícito*, ob. cit., p. 10, quien habla de corrupción *genérica* (comprensiva de toda la sociedad) y *específica*.

denomina un infraestado al interior de otro Estado que asume la condición de fachada⁴⁴. La segunda denominación se utiliza para designar la corrupción que puede afectar a determinados subsistemas del aparato público, como la policía, los organismos encargados de la recaudación de tributos, el órgano jurisdiccional, etc. Se denomina, por último, dispersa, a la corrupción que sólo se manifiesta en unos pocos casos aislados. La utilidad de esta distinción radica, fundamentalmente, en las diversas estrategias que es necesario emprender para la prevención y represión de esta clase de comportamientos, dependiendo del grado de generalización que ellos hubieren alcanzado⁴⁵, en el entendido de que mientras mayor sea éste mayores serán también las dificultades que habrá que enfrentar para el logro de aquellos objetivos⁴⁶.

2. Política y administrativa

La corrupción administrativa –aquella a la que más comúnmente se asocia la idea de corrupción y que algunos llaman burocrática– por lo general consiste en un traspaso indebido de recursos desde un fin legítimo a otro ajeno a las finalidades del servicio público. La corrupción *política*, en cambio, es aquella que realizan las personas que ejercen un cargo de elección popular o que genera responsabilidad de esa índole. En los casos dudosos, la asignación de uno u otro carácter se define por su actor principal⁴⁷.

Tomando como base las categorías en estudio, OLIVERA PRADO distingue cuatro situaciones que reflejan los distintos niveles de nocividad que aquéllas pueden generar: a) Corrupción administrativa de alta nocividad social, que es cometida por quienes detentan poder administrativo en espacios normativos institucionalizados y estructurados, de importancia por su amplitud social o por su carácter tutelar o fiscalizador, o por implicar administración de justicia en la sociedad. Afecta el cumplimiento de deberes de función que son claves para la sociedad, para comunidades nacionales e incluso internacionales. En muchos casos está relacionada con el crimen organizado; b) Corrupción administrativa de efecto local, que afecta a niveles administrativos y ejecutivos en espacios reducidos, c) Corrupción normativa de alta nocividad social. Se realiza en los niveles normativos y legislativos de la sociedad en su conjunto. Implica la gestación de normas dolosas por intereses creados; y d) Corrupción normativa de efecto local. Se da en niveles de alcance reducido en cuanto a su tamaño y a su

⁴⁴ FERRAJOLI, L., *El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en Andrés IBÁÑEZ (Dir.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción* (Madrid, Trotta, 1996), p. 16.

⁴⁵ KAUFMANN, Daniel - GRAY, Cheryl W., *Corruption and development*, en *Finance & Development* 35-1 (marzo 1998), p. 2.

⁴⁶ CARTIER-BRESSON, J., *Corruptions, liberalisations et démocratisations*, en *Tiers Monde* 161 (París, Greitd, 2000), pp. 9-14.

⁴⁷ ORELLANA, P., *Corrupción y probidad: problemas y soluciones*, ob. cit., pp. 2-3. En general sobre esta distinción: TANZI, V., *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics*, ob. cit., 2000, pp. 111-112. Cfr. también CARTIER-BRESSON, J., *Corruptions, liberalisations et démocratisations*, ob. cit., pp. 9-14.

relativa autonomía normativa. Implica gestación y manipulación de normas con intereses particulares⁴⁸.

3. *Individual y corporativa*

La distinción entre corrupción individual y colectiva (también llamada corporativa) atiende a si los comportamientos corruptos son obra de una o más personas determinadas o si, por el contrario, son el fruto de una organización. A este respecto puede diferenciarse aquella corrupción individualizable o esporádica, de la corrupción objetiva, alojada como código paralelo en la determinación de las expectativas de funcionamiento de las administraciones públicas. En la corrupción como caso individual el intercambio de favor por dinero se conforma como una reacción horizontal sin caracteres de permanencia. Una dimensión distinta caracteriza la prestación de favores en relaciones de desigualdad propias de estructura de clientismo, donde la jerarquía y la lealtad a quien ostenta el poder puede llegar a infectar seriamente el funcionamiento institucional, hasta el punto de comprometer la legitimidad del sistema público en su función de servicio al interés general⁴⁹.

Cuando se habla de corrupción, en general, se tiende a creer en una participación individual en esta clase de actividades. Sin embargo, el desarrollo de las organizaciones delictivas ha tenido un crecimiento constante y una evolución enorme a partir de la Segunda Guerra Mundial. La internacionalización definitiva de la economía hizo que hubiera un crecimiento cualitativo en organizaciones cuyo origen muchas veces se remontaba al orden feudal y preindustrial. Se considera que las mayores organizaciones son de esta índole y funcionan con códigos éticos que no reconocen a los estados y mucho menos a las instituciones legales o normativas surgidas en la modernidad.

Por otra parte, en los países donde la estructura social no ha superado el atraso rural o éste sigue teniendo una gran importancia en las formas de pensamiento, existe una tendencia a que las organizaciones delictivas tengan mayor soporte social; en relación directa con el clientelismo político y el padrinazgo como formas de estructura socio-políticas. A su vez, la falta de valores democráticos permite el desarrollo del tipo de organización corporativa y verticalista que tiene un valor ritual y mitológico para sus componentes. En esta clase de organización el padrinazgo, la cooptación, la obediencia ciega, los códigos internos son valores que sustituyen la razón normativa, la solidaridad social, la tolerancia, la justicia y obviamente la resolución de los problemas en forma cooperativa y democrática. Es por ello que el comportamiento de las fuerzas políticas que participan de la corrupción, no se diferencia –a los ojos de los ciudadanos– del crimen organizado. Estas actuaciones con fines oscuros y, necesariamente, insolidarios crea un sentimiento de inseguridad, poniendo en duda, cuando no

⁴⁸ OLIVERA PRADO, Mario, *Hacia una sociología de la corrupción*, en *Revista Probidad*, 16 (octubre-noviembre 2001), pp. 9 - 10.

⁴⁹ ASÚA BATARRITA, A., *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, ob. cit., p. 17

eliminando, los valores éticos con los cuales se desarrolla y se sustenta la sociedad moderna.

Por otra parte, ha escrito DÍAZ DIONIS, los partidos y grupos políticos de clara tendencia antidemocrática tienen una cantidad de elementos comunes con las organizaciones delictivas que les permiten utilizarse mutuamente y en muchos casos asociarse⁵⁰. Lo mismo pasa con las estructuras informales para recaudar fondos de los partidos democráticos, ya que están obligados por el propio sistema que generan a compartir espacios marginales del sistema, como por ejemplo: las mismas redes de lavado y legalización del dinero, los mismos asesores legales, los mismos especialistas financieros y, en muchos casos, los mismos aparatos logísticos de la clandestinidad marginal que pueden utilizar los narcotraficantes o los mayoristas de armas. Este es el caso de muchos servicios de inteligencia que utilizan a organizaciones criminales para sus fines más oscuros. Es lo que los especialistas han denominado la «zona gris». Ese lugar donde no se diferencia la política del delito; una zona fronteriza entre los valores democráticos y el mundo antidemocrático; entre lo ético y lo amoral.

4. Pública y privada

El concepto de corrupción se aplica generalmente al ámbito público, sin embargo, es posible afirmar que la corrupción es también una realidad en el mundo privado, tanto en el ámbito de empresas como en el de las instituciones de la sociedad⁵¹. En términos generales, se considera que su menor connotación social obedece a que ella simplemente es menos atractiva para los medios de comunicación y para la industria política; y, desde una perspectiva científica, se postula que para fines de análisis no debe mezclarse con la corrupción pública⁵².

En el sector privado, si bien se acepta la prevalencia del interés particular sobre el público, éste se logra respetando las reglas del juego establecidas, acorde con las normas de la competencia y leyes que regulan la actividad privada para armonizarla con la actividad pública. Entonces, podemos decir que hay corrupción en el sector privado cuando se violan las reglas del juego, los valores del sistema, las leyes del funcionamiento de la economía de mercado o el sistema normativo con el propósito de obtener determinadas ventajas. Esta forma de corrupción suele ser juzgada con menos dureza que la corrupción político-administrativa, ya que sus costos son principalmente económicos, y no políticos y sociales a la vez, como lo es en el sector público. Es así como los afectados son los

⁵⁰ DÍAZ DIONIS, G., *La economía del delito al servicio de la política*, ob. cit., p. 3 - 4

⁵¹ PACHECO GÓMEZ, M., *Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública en Revista de Ciencia Política* 18 (P. U. Católica de Chile, 1996) 1-2, pp. 37-38. Una completa investigación sobre la corrupción en el ámbito comercial e industrial, puede consultarse en CLINARD, Marshall B., *Corporate Corruption: The Abuse of Power* (Nueva York, Praeger, 1990).

⁵² WAGNER, G., *Corrupción y modernización del Estado*, ob. cit., p. 21. Se reconoce, sin embargo, que el uso común del término "corrupción" comprende indistintamente acciones realizadas en el sector público y en el sector privado. Cfr. NJAIM, H., *Corrupción política*, en *Biblioteca Católica Digital*, 2000. Cfr. TANZI, V., *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics*, ob. cit., p. 111.

consumidores y no los ciudadanos contribuyentes⁵³.

En muchos países, la desregulación súbita de sectores completos de la actividad económica que alguna vez estuvieron bajo control exclusivo del Estado amplió en gran medida la ocasión para malos manejos, abriendo las puertas al fraude y a todo tipo de abusos por parte de empresas que intentan sacar provecho de las oportunidades creadas por el sistema. Las consecuencias nefastas que ha traído consigo el proceso privatizador en numerosos países se ha manifestado no sólo en una falta de transparencia en la etapa del traspaso de la propiedad de las empresas, sino también en las condiciones en que éstas han comenzado a operar⁵⁴.

La preocupación actual por la dinámica y las consecuencias de la corrupción privada obedecen, fundamentalmente, a la importancia que estas acciones corruptas tienen sobre los mercados más desarrollados, en especial sobre los mercados financieros y de capitales, considerando los autores que su impacto puede ser muy amplio y dañino. La desconfianza y la falta de credibilidad derivada de estas acciones, además, se propaga tanto a nivel de países desarrollados, como de países en vías de desarrollo, poniendo en peligro algunos de los logros de la globalización, en especial la circulación internacional de capitales⁵⁵.

Por último, si se pondera un acto atendiendo a si ha habido o no respeto por las normas de la moral social en términos de honestidad y justicia, será posible calificar como corrupto un hecho cuando éste sea percibido como fundado sobre un principio de acción legítimo en un determinado espacio social. Así habrá corrupción política cuando la búsqueda del beneficio económico privado (por un individuo o por un partido) prevalezca sobre los valores de desinterés y equidad que están en la base del bien común. Asimismo, habrá corrupción privada cuando la estricta búsqueda del beneficio sobrepase los valores de justa competencia (empresas) o justa competición (deportes). Este criterio de legitimidad es esencial para determinar si ha habido o no conflicto de intereses en una gestión o una decisión y condiciona la eventual aplicación de una sanción⁵⁶.

VI. CARACTERES Y MANIFESTACIONES DE LA CORRUPCIÓN

Según OLIVERA PRADO, cinco caracteres distinguen, principalmente, el fenómeno de la corrupción. En primer término, su generalización, en cuanto se registran manifestaciones de este fenómeno prácticamente en todos los países del mundo. Enseguida, su heterogeneización, lo cual implica que las modalidades de la corrupción son diversas y tienden a multiplicarse: además de las ya reconocidas en los Códigos Penales surgen modalidades nuevas asociadas al avance del crimen organizado, los avances tecnológicos y la globalización. En tercer lugar, su enraizamiento en el tejido social, puesto que la corrupción no se queda a nivel

⁵³ RONCAL PLAZA, R., *La corrupción*, ob. cit., p. 3.

⁵⁴ GLYNN / KOBRIN / NAÏM, *La globalización de la corrupción*, ob. cit., p. 15.

⁵⁵ REOS, O. A., *Efectos económicos de la corrupción*, ob. cit., pp. 4-5.

⁵⁶ LASCOUMES, P., *Corrupciones. El poder frente a la ética*, ob. cit., pp. 37 - 41.

de los gobiernos y áreas de poder visible, sino que llega incluso a las organizaciones sociales, como la actividad empresarial, educativa y deportiva. En cuarto lugar, su internacionalización y transnacionalización, pues con el poder corruptor y económico del crimen organizado, así como por la misma globalización del mundo, la corrupción rompe las barreras nacionales, adquiriendo conexiones insospechadas. Por último, sus graves consecuencias económicas, políticas y sociales en cuanto a exacción y dilapidación de fondos públicos, afectación de intereses colectivos, ingobernabilidad, afectación de la moral social, consecuencias que ya han sido motivo de gran atención en foros del más alto nivel, entre lo que se cuentan ocho Conferencias Mundiales sobre la Corrupción, auspiciadas por organismos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial⁵⁷.

En verdad, es tan grande la diversidad de los actos que quedan comprendidos bajo el nombre de corrupción que no resulta posible efectuar una reseña completa de todos ellos. Sin embargo, utilizando los parámetros mayormente empleados por los autores es posible formular alguna agrupación que permita dar cuenta de los caracteres fundamentales de los distintos comportamientos que se consideran como manifestaciones de corrupción.

Así, por ejemplo, tomando como base el criterio de la modalidad ejecutiva del acto, los autores entienden que la corrupción puede materializarse tanto en acciones realizadas con abuso de una posición de confianza –situación que constituye la regla general–, como en acciones en las que media el empleo de engaño o coerción (por ejemplo, de jefe a subalterno); y tanto en acciones que suponen un concierto de voluntades, como en acciones en las que no esté presente este elemento. Asimismo, en relación con la motivación, se acepta que los conductas corruptas pueden estar impulsadas por el afán de lucro o por un ánimo distinto, y en el primer caso, que la actuación puede tener por objeto tanto la reducción de costos como el incremento efectivo de las utilidades generadas en una determinada operación. Tratándose de actuaciones en que interviene un agente público, la opinión unánime considera que aquéllas pueden darse, indistintamente, al interior del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial. En este contexto, SCHLOSS señala que los actos constitutivos de corrupción pueden estar encaminados al logro de los siguientes objetivos: a) evitar licencias, permisos y firmas; b) adquirir poder monopolístico, como por ejemplo, imponiendo obstáculos al ingreso de competidores; c) adquirir acceso a bienes públicos, incluyendo el otorgamiento legal y/o ineconómico de contratos de obras o servicios públicos; d) obtener acceso al uso de bienes públicos o peor aún su apropiación y desmantelamiento; e) obtener acceso a condiciones financieras preferenciales; f) ejercer comercio ilegal de bienes prohibidos, por razones de seguridad o salud, tales como drogas y material nuclear; g) efectuar transacciones financieras ilícitas, tales como lavado de dinero y utilización ilegal por los funcionarios de información privilegiada en actividades del sector financiero; h)

⁵⁷ OLIVERA PRADO, M., *Hacia una sociología de la corrupción*, ob. cit., pp. 7 - 8.

influenciar actos administrativos o legislativos; y, por último, i) influenciar decisiones judiciales⁵⁸.

En ese mismo caso, se acepta que el acto corrupto puede obedecer tanto en la iniciativa del agente, como a la de una persona ajena al ámbito funcional, pero que de alguna manera se encuentra en situación de tener que realcionarse con dicho ámbito⁵⁹.

Desde un punto de vista normativo, ahora, las formas de corrupción suelen organizarse en torno a dos polos extremos. Por un lado, las infracciones penales, que definen un comportamiento preciso y su sanción (cohecho activo y pasivo, exacción, ataque a la igualdad de oportunidades en los contratos públicos, ventajas obtenidas por parte de actuales o antiguos funcionarios). En el otro extremo, se encuentran las conductas socialmente censurables, pero cuyo modelo de sanción no está legalmente determinado (*lobbying*, algunas formas de evasión fiscal, creación de “sociedades-pantalla”, regalos de fin de año ofrecidos por una empresa a determinados funcionarios o a la persona electa para un cargo, algunas modalidades que pueden revestir los procesos de privatización)⁶⁰.

Un segundo eje de diferenciación –expuesto por LASCOUMES– es transversal al que acabamos de reseñar y concierne al marco de realización de los comportamientos precedentemente enunciados. También en él los casos concretos no están separados de manera dicotómica, sino que se sitúan entre dos polaridades, una pública (administrativa o política) y otra privada (un individuo o una organización). Lo esencial de las relaciones corruptas se sitúa en la intersección de estos dos espacios de realización, es decir, en la interacción entre espacio público y espacio privado (tráfico de influencias por un depositario de la autoridad pública; ataque a la igualdad de los candidatos en un concurso público; contratación de un funcionario por una empresa sobre la que él ejerce o ejerció algún grado de control).

Pero hay otros comportamientos que pertenecen específicamente a uno u otro espacio. La exacción ilegal, por ejemplo, se realiza totalmente en el seno del ámbito público: consiste en percibir, por parte de un depositario de la autoridad pública, una suma indebida. En el extremo opuesto, puede mencionarse el hecho de solicitar o aceptar, el directivo de una empresa ofertas o promesas para cumplir o abstenerse de realizar un acto propio de su cargo. Este comportamiento es absolutamente simétrico al que concierne a los funcionarios públicos y a quienes detentan un cargo de elección popular⁶¹.

Según un esquema desarrollado por RONCAL PLAZA, las distintas acciones susceptibles de ser clasificadas como actos corruptos pueden ser reunida en tres grupos⁶²:

⁵⁸ SCHLOSS, Miguel, *Combatiendo la corrupción en aras del desarrollo*, en *Primera Conferencia Nacional Anticorrupción* (Lima, junio 2001), pp. 5 - 6

⁵⁹ TANZI, V., *Policías, Instituciones and the dark side of economics*, ob. cit., pp. 111-112.

⁶⁰ LASCOUMES, P., *Corrupciones. El poder frente a la ética*, ob. cit., pp. 37 - 41, 44 - 48.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 37 - 41.

⁶² RONCAL PLAZA, R., *La corrupción*, en *Revista Electrónica Monografías.com*, disponible en <http://www.monografias.com/trabajos11/corruptol/corruptol.shtml>, pp. 5 - 7.

a) *Actos de corrupción directa*, en los que se da un aprovechamiento por parte del funcionario público, del agente privado o de un particular, para obtener un beneficio. Dentro de este grupo se encuentran: el abuso de poder, que puede ser entendido como el acto por el cual un agente público o privado utiliza el poder de su cargo en perjuicio de una persona, grupo de personas o instituciones, públicas o privadas, que se situen en una posición inferior a aquél; la apropiación de bienes públicos o privados, sea que pertenezcan a la institución en que el hechor se desempeña o que éste haya tenido acceso a ellos gracias a la función que desempeña el individuo; el enriquecimiento ilícito, que se considera como el incremento del patrimonio de un agente, en forma desproporcionada a sus ingresos legítimos o la obtención de mejoras económicas, durante el ejercicio de una función, sin una debida justificación; la extorsión, definida como la utilización del poder que se dispone para presionar a un tercero para obtener un beneficio privado; el favoritismo, es decir, la conducta destinada a obtener beneficios para personas cercanas y es efectuada por un agente público o privado, en desmedro de otras personas más idóneas que buscan la obtención de un cargo o de un beneficio; y, por último, el *nepotismo*, que la es conducta que tiende a favorecer a un pariente.

b) *Actos de corrupción mediada*, denominación que comprende todos aquellos actos en que el beneficio particular del agente corrupto proviene de la actuación de un tercero. Aquí quedan comprendidas: a) la aceptación de ventajas indebidas; b) el tráfico de influencias; c) el soborno; d) el clientismo político, es decir, el pago de los candidatos a sus votantes para conseguir su elección; y e) malas prácticas electorales, que consisten en acciones ilícitas en procesos electorales con el objetivo de modificar los resultados de una elección.

c) *Abuso de los sistemas de gestión*, que consiste en general en el aprovechamiento de las falencias detectadas en los sistemas de procedimientos en que se halla inserto el individuo. Aquí quedan comprendidos: a) el manejo indebido de bienes y fondos públicos o privados; b) el manejo indebido y el ocultamiento de información; c) las negociaciones incompatibles con el cargo o función que se desempeña; d) los manejos indebidos de procedimientos públicos; y e) el lavado de dinero.

VII. EL CONCEPTO JURÍDICO DE CORRUPCIÓN

El empleo del término *corrupción* con el sentido que actualmente se le atribuye en el léxico jurídico no se remonta más allá de la década de los años ochenta del siglo pasado, época en que comenzó en los países de nuestro ámbito de cultura la preocupación por las repercusiones sociales, políticas y económicas de este fenómeno y, al mismo tiempo, se centró la atención en el derecho, en tanto instrumento apto para la prevención y represión de las conductas que quedan incluidas bajo aquella denominación⁶³.

Por esto mismo, no debe causar extrañeza que el de corrupción sea un con-

⁶³ Cfr. SABINO, C., *Democracia y corrupción en América Latina*, ob. cit., pp. 2 - 3.

cepto prácticamente desconocido entre los códigos del período de la Codificación penal y que aquél sólo haya comenzado a ser utilizado en el plano normativo dentro de los últimos años. En este sentido, la creciente preocupación por este fenómeno motivó, por una parte, la adopción de dos importantes instrumentos internacionales: la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003; y, por otra parte, un extenso proceso de reforma del ordenamiento penal relativo a los delitos vinculados con el ejercicio de la función pública, que en los países iberoamericanos se ha efectuado siguiendo las pautas que contiene la primera de esas convenciones.

Centrándonos en la realidad jurídica chilena, convengamos, primero, en que el ordenamiento jurídico nacional no contiene una definición de aquel vocablo y, segundo, que las únicas referencias que hallamos a nivel legislativo –en el ámbito estrictamente penal– son las que contiene la Convención Interamericana contra la Corrupción, actualmente vigente como ley de la República.

De entre los distintos criterios que propone la doctrina en el ámbito de las ciencias sociales, ninguno sirve para los fines de una adecuada aproximación jurídica al tema de la corrupción, toda vez que ellos enfatizan ya la dimensión ética, representada por el incumplimiento de un deber de corrección; ya la dimensión económica, vinculada con el logro de expectativas pecuniarias; ya la dimensión política, que enfatiza el abuso de una posición de poder; ya, por último, la dimensión social, que destaca la forma que adopta la interacción que da lugar al comportamiento corrupto. El planteamiento inicial obedece a que si revisamos las distintas conductas calificadas como corruptas en el plano normativo –por ejemplo, en la Convención Interamericana contra la corrupción– fácil resulta advertir que entre ellas hay acciones que no implican necesariamente abuso de poder, provecho económico, incumplimiento de deberes morales, ni interacción entre dos o más individuos.

En el ámbito jurídico penal, lo que realmente interesa –en atención a los fines que persigue este sector del ordenamiento jurídico– es la protección de los derechos de las personas y el aseguramiento de las condiciones básicas para que éstas se desarrollen en el plano espiritual y material. Para ello el individuo se transforma en destinatario de una serie de prestaciones que implican la actuación de un conjunto de entes cuya actividad se orienta, precisamente, a la satisfacción de aquellas necesidades y que, de acuerdo con una terminología bastante difundida, se denomina como interés general o interés de la colectividad.

Siguiendo en esta parte, el modelo de análisis que propone CUGAT MAURI, es posible advertir la estrecha relación que existe entre los denominados intereses generales y la corrupción, entendiendo ésta como una desviación de tales intereses. Esta es quizás la concepción más amplia del fenómeno y que permite englobar todas las conductas particulares de corrupción⁶⁴. En este mismo sentido, se pronunciaron los informantes de la Comisión Nacional de Ética –creada en

⁶⁴ CUGAT MAURI, M., *De la desviación del interés general y el tráfico de influencia* (Madrid, Cedecs, 1997), pp. 31 - 57.

Chile a comienzos de la década pasada—, quienes al respecto señalan: “Hay corrupción cuando un agente público en el ejercicio de sus funciones que le atribuye la legislación vigente y, a través de las mismas, consigue un beneficio privado. En las conductas corruptas hay una desviación de las obligaciones normales que incluye una función pública y la violación de las normas legales que la regulan, con el propósito de satisfacer un interés privado (...)”. En este último concepto, llamado funcional por sus propios autores, es posible apreciar la misma idea anterior: el conflicto entre los intereses públicos y privados⁶⁵.

En virtud de lo antes expuesto, es claro que la determinación del concepto de corrupción presupone delimitación precisa acerca de qué se entiende por intereses generales o públicos y por intereses particulares. A lo largo de la historia han existido dos tendencias antagónicas que han procurado determinar el sentido y el alcance de los intereses generales, sus límites con los intereses privados y los eventuales conflictos que pueden producirse entre ambos:

Una postura idealista, generalmente asociada al iusnaturalismo, traslada el tema de la determinación de los intereses generales al mundo de las ideas, de donde viene precisamente su denominación. Concibe los intereses generales o públicos en un plano deóntico, entendiendo desde esta perspectiva que la corrupción constituye una desviación de lo que debe ser el fin de un Estado.

En cambio, una postura realista, asociada al mundo anglosajón y por sobre todo al positivismo jurídico, ofrece una concepción más concreta de los intereses generales. Reconoce que en toda sociedad existen valores de contenido variable, pero tras esos valores ve un interés, que luego de ser reconocido en la norma, pasa a formar parte del espectro de los intereses generales. Evidentemente al reconocer que el interés general se encuentra en la norma misma, dota a este concepto de mayor contenido de certeza. Como el reconocimiento normativo mismo se hará únicamente a nivel constitucional o legal, para esta postura la corrupción constituye una desviación de los intereses y fines reconocidos en la norma a partir de la construcción del Estado social y democrático de derecho.

Cualquiera sea la posición que se adopte, forzoso es reconocer que la satisfacción del interés general no es patrimonio exclusivo del Estado, sino también de un conjunto de entidades públicas intermedias creadas para tal efecto, especialmente en el plano local, e incluso de los propios particulares, con mayor énfasis desde que éstos comenzaron a tomar sobre sí un conjunto muy grande de actividades, tradicionalmente reservadas al ente estatal y perfectamente asimilables a la noción de servicio público. Siendo así, no debería existir ningún obstáculo para reconocer que la desviación del interés general también puede tener lugar en el contexto de prestaciones efectuadas por el sector privado y que tales situaciones también merecen ser encasilladas dentro del concepto jurídico de corrupción.

Así parece reconocerlo el texto de la Convención Interamericana contra la Corrupción, por ejemplo, al disponer que los actos ilícitos por ella regulados

⁶⁵ Cfr. VERA VEGA, J., *El delito de tráfico de influencias* (Santiago, La Ley, 2004), pp. 34-37.

pueden ser cometidos, indistintamente, por un funcionario público o por otra persona que ejerza funciones públicas⁶⁶; y de forma mucho más explícita la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo artículo 12, contempla una serie de medidas preventivas para combatir este flagelo en el ámbito del sector privado y que en los artículos 21 y 22 define, respectivamente, lo que ese mismo instrumento internacional denomina cohecho y malversación en el ámbito del sector privado.

Sobre la base de estas disposiciones, es claro que el concepto jurídico penal de corrupción incluye cualquier acto que implique desviación del interés general en el contexto de una actividad orientada hacia ese objetivo, sea que ella se encuentre jurídicamente a cargo de un ente público o de un organismo privado. Este concepto, que si bien es perfectamente válido desde una perspectiva político-criminal, no lo es desde un punto de vista dogmático, pues el ordenamiento penal vigente en nuestro país no contempla –hasta ahora– ninguna disposición orientada a garantizar el correcto desempeño de un servicio público por personas que no se hallen investidas de la condición de funcionario público.

⁶⁶ Artículo VI, Convención Interamericana contra la Corrupción.