

ano 13 - n. 51 | janeiro/março - 2013
Belo Horizonte | p. 1-310 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Cristhiane Maurício

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Marilane Casorla

Bibliotecários: Izabel Antonina de A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

| | |
|---|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Nelson Figueiredo (UFG) |
| Clèmerson Merlin Clève (UFPR) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Clovís Beznos (PUC-SP) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Paulo Henrique Blasi (UFSC) |
| Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Rogério Gesta Leal (UNISC) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile) |
| José Carlos Abraão (UEL) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Weida Zancaner (PUC-SP) |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) | Yara Stroppa (PUC-SP) |

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos

José Luis Said

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Profesor de Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de Salta). Magistrado y Funcionario en los Poderes Judiciales de las provincias de Salta y de Tierra del Fuego y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde 1984 hasta la fecha. Profesor Adjunto Regular, por concurso de antecedentes y oposición, de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Derecho Administrativo Sancionador en la Maestría en Derecho Administrativo de la UBA. Ex profesor de Derecho Penal, de Derecho Constitucional y de Epistemología de las Ciencias en diversas universidades de Argentina. Miembro fundador de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Fue miembro del comité ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo; Director de Cursos y, finalmente, Director de la Revista de la Asociación. Ha publicado artículos de la especialidad y participado en obras colectivas; y disertado en su país y en el extranjero.

Resumen: El estudio examina la cuestión de la corrupción administrativa y sus consecuencias negativas en el campo de los derechos humanos, considerándola como un crimen contra el desarrollo, la prosperidad, la justicia, la educación, el medioambiente, la democracia, la salud y la vida. El artículo critica el abordaje de la interpretación económica del derecho como forma de análisis del tema de la corrupción, reputándolo como insuficiente para su apreciación adecuada.

Palabras-clave: Corrupción administrativa. Interpretación económica del derecho. Democracia. Derechos humanos.

Sumario: 1 Introducción – *Excursus* sobre la interpretación económica del Derecho – 2 Aproximación conceptual a la corrupción – 3 Corrupción y democracia – 4 Corrupción y derechos humanos – 5 Insuficiencia de la IED para considerar la corrupción

1 Introducción – Excursus sobre la interpretación económica del Derecho

Hace treinta años Martín del Burgo y Marchand puso de manifiesto la existencia de vías de asedio a la Administración.¹ Sus quejas eran otras, la corrupción en la función pública no había alcanzado la gravedad y trascendencia que ahora presenta; o al menos, no constituía un tema de la agenda de juristas, científicos políticos, sociales o económicos, ni de los organismos internacionales multilaterales.²

El asedio al que se somete a la estructura administrativa del Estado es fácil de comprender: ella cuenta con la posibilidad de obtener recursos, de distribuirlos y de proveer los servicios públicos y sociales y las funciones básicas del Estado, que son los espacios en los que la corrupción puede encontrar el suelo para arraigarse.³

La propuesta de considerar la corrupción administrativa (fenómeno que envuelve tanto los casos de improbidad como los delitos referidos a la gestión de la función pública) desde la perspectiva de la interpretación económica del Derecho (IED) (*economic analysis of law*) me impone transitar caminos que no son los que frecuento.

La corriente conocida como “Law & Economics” es en verdad poco novedosa en su planteo fundamental: la ponderación de las implicancias económicas de las decisiones valorativas.⁴ Se trata de un método para comprobar qué decisiones

¹ Martín del Burgo y Marchand, “La Administración asediada”, en la Revista de Administración Pública nº 100-102, v. I, Enero/Diciembre 1983, p. 805 y siguientes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

² A modo de ejemplo, obsérvese que la Convención Interamericana contra la corrupción fue aprobado por la Organización de Estados Americanos en la sesión plenaria celebrada el 29 de marzo de 1996.

³ Sobre el problema general de la corrupción, puede verse de Robert Klitgaard, “Controlando la corrupción”, Ed. Quipus, Bolivia, 1990.

⁴ Juan C. Cachanosky en “Economía, derecho y el ‘Análisis económico del derecho’” expone que ya en la Antigua Grecia, Aristóteles se preguntaba por el “precio justo” y dejó abiertas dudas sobre el problema de la justicia en los intercambios. La escolástica retomará el problema y se preguntará qué es, cómo se determina y por qué varía el precio de una cosa. Es fácil ver que son los filósofos los que efectuaron las preguntas básicas que darían base a la teoría económica. Aparecerán los conceptos de “pocos/muchos comparadores/vendedores” para explicar porque subían o bajaban los precios, los criterios de determinación del precio justo (sea el costo de producción, sea la necesidad y escasez, etc.). Es el intento por resolver un problema de Justicia dio base a las primeras y rudimentarias explicaciones que dieron base a la ciencia económica. La explicación de la Economía por fuera de parámetros predominantemente matemáticos estuvo determinada por la formación filosófica de los padres de la Economía Moderna. Adam Smith antes de escribir “La riqueza de las naciones” redactó su “Theory of Moral Sentiments” y sus “Lectures on Jurisprudence”. Hay también en John Stuart Mill y en Karl Marx una explicación y exposición de una teoría social a la que se

económicas han determinado la adopción de principios jurídicos y qué efectos económicos tienen los principios jurídicos vigentes.⁵ Se ha puntualizado que Cesare Beccaria, en su célebre obra *De los delitos y de las penas* (1764) realizó un análisis del derecho criminal desde el punto del daño y del beneficio social.⁶ También Marx hizo un detallado análisis de “crimen” desde la perspectiva de la “producción inmaterial” para exponer las consecuencias económicas del fenómeno.⁷

La IED intenta aplicar la teoría económica tanto a un estudio *positivo* como *normativo* de las reglas legales.⁸ Pretende aplicar la *teoría económica de la eficiencia* al sistema de derecho en su conjunto, con la finalidad de estudiar las formas bajo las cuales tienen que modelarse las normas jurídicas y cómo deben interpretarse los efectos de éstas en los mercados y en la distribución de los recursos.⁹

Mi discrepancia fundamental reside en que esa corriente parte de una antropología mezquina (el *homo economicus*) y de una perspectiva ética que no comparto (el utilitarismo).¹⁰ La crítica a esta corriente ha puesto sobre el tapete que la IED que parte de una concepción distorsionada de los mercados económicos, que el ser humano no actúa siempre por móviles de racionalidad economicista, que a veces el altruismo o la pereza determinan una acción, que las conductas racionales no siempre son eficientes en términos económicos (como las acciones supererogatorias dirigidas a fines de bondad y justicia); que el Derecho no se reduce a una operación de reparto de ventajas y desventajas.¹¹ Y se ha señalado también que “bajo las vestiduras inocuas de la ‘eficiencia económica’ se ocultan escalas de

agrega una teoría económica que la complementa. Adam Smith, con su teoría de la mano invisible concebía un verdadero sistema en el que predominaba el *homo economicus* (Consultar en: <<http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/fundatlas/cachanosky.pdf>>).

⁵ Guido Alpa, “La interpretación económica del derecho”, *Themis – Revista de Derecho* n° 42. Consultar en: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22139527/711942924/name/La+interpretacion+economica.pdf>>.

⁶ Dante Cracogna, “Aproximación al análisis económico del derecho”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 12, Año 1992, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 255, nota 3.

⁷ Karl Marx, “Matériaux pour l’Économie”, en *OEuvres - Économie II*, Gallimard, 1968, p. 399 a 401.

⁸ Alfredo Juan Canavese, “Instituciones, corrupción y análisis económico del derecho”, en *Económica, la Plata*, v. LV, Enero-Diciembre 2009. Consultar en: <http://economica.econo.unlp.edu.ar/documentos/20100408095616AM_Economica_564.pdf>. Del mismo autor: “Corrupción: Disuasión y Asignación de Recursos”. Consultar en: <<http://eco.mdp.edu.ar/cendocu/repositorio/00234.pdf>>.

⁹ Guido Alpa, citado en nota 5.

¹⁰ Una explicación, breve, clara y aguda del utilitarismo puede consultarse en Roberto Gargarella, “Las teorías de la justicia después de Rawls – Un breve manual de filosofía política”, Paidós, 1999, Capítulo 1.

¹¹ José María Monzón, *El análisis económico del derecho*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 7, Año 1987, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 108.

valores bastante precisas y predeterminadas que son empleadas con desenvoltura por los economistas, y que los juristas tienen que someter a un análisis crítico”.¹²

No obstante, no cabe rechazar sin más ciertos aportes a la comprensión del problema de la corrupción, a partir de las herramientas de investigación empírica que emplean en la detección de las implicancias económicas de las decisiones legislativas. Así, por ejemplo, se ha demostrado que niveles más altos de corrupción implican menores tasas de crecimiento económico;¹³ que la existencia de mayor cantidad de agentes corruptos en un procedimiento de asignación de un “bien” lleva a una subutilización de los recursos ya que el elevado precio final que los sobornos imponen al producto desestimula su uso; que el crimen organizado es malo, pero que el crimen desorganizado es peor pues torna más ineficiente la asignación del producto social,¹⁴ entre otros aportes.

La IED parte de la base de la existencia una tensión entre la Economía y el Derecho y de la necesidad de aplicar conceptos y métodos de aquella al análisis de fenómeno jurídico. Los escritos fundantes de esta corriente datan de principios de la década de 1960.¹⁵ En cuanto al problema criminal, Gary Becker examinó el comportamiento criminal desde la perspectiva económica y presentó un modelo formal que explica el comportamiento de un delincuente racional siguiendo los patrones que los economistas utilizan para considerar las decisiones de un consumidor tipo¹⁶ a comienzos de los años 70 del siglo XX. Desde Chicago, Richard Posner efectuará la propuesta interpretativa más radical de las escuelas de la IED y postulará la aplicación de los principios de la economía del bienestar a las decisiones del legislador y de los jueces. De tal forma extiende el método interpretativo a todos los sectores del ordenamiento.¹⁷

Tanto la Escuela de Chicago como la Yale, pretenden la sumisión del Derecho a la Economía. A mi modo de ver, la situación debe ser la inversa. Debe recordarse que las preguntas sobre la distribución y los intercambios nacieron como

¹² Guido Alpa, trabajo citado en nota 5.

¹³ Jesús Lizcaino, presidente en España de Transparencia Internacional (TI), sostuvo el 23/09/2008 para la agencia de prensa EFE que “el Gobierno debe seguir trabajando para mejorar la percepción de la corrupción en España, ya que se estima que perder un punto en el índice implica perder inversión extranjera equivalente al 0,5% del PIB” y en lo que respecta a las conclusiones globales del estudio, subrayó que se mantiene la relación entre pobreza y corrupción. (Consultar en: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2008/09/23/espana/1222169139.html>>).

¹⁴ Alfredo Juan Canavese, citado en nota 8.

¹⁵ El artículo de Ronald H. Coase (Chicago) “El problema del coste social” es de ese año y el de Guido Calabresi (Yale) “Some thoughts on risk distribution and the law of Torts” de 1961.

¹⁶ La referencia la tomo de Alfredo Juan Canavese, trabajo mencionado en nota 8.

¹⁷ Richard A. Posner, “Economic Analysis of Law”, 7th. ed, Aspen Publishers, 2007.

cuestiones de filosofía práctica, como problemas referidos al valor Justicia. Con el correr de los siglos, escindida la Economía de la Filosofía, y luego cooptada por las Matemáticas, llegaremos a Posner, Coase, Stigler o Calabrese.

Creo que la antropología economicista que subyace en estas escuelas impone al fenómeno jurídico un sesgo que elimina la multiplicidad de dimensiones del ser humano, que no pueden verse satisfechas con la valoración de su desempeño tomando en cuenta si se desempeña en forma racional y económicamente óptima cuando adopta decisiones de cualquier tipo. El hombre no puede ser reducido a un operador mercantil. Y la sociedad no debe ser abordada con una perspectiva y una política normativa que responda sólo a criterios de eficiencia y eficacia distributiva (el óptimo de Pareto), como postulan estas escuelas conservadoras y neoliberales.

2 Aproximación conceptual a la corrupción

Abordajes

Es preciso ensayar un concepto sobre lo que es la corrupción. Partiré del Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Se expresa allí que la corrupción “socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como el desarrollo integral de los pueblos”. Esas palabras asumen los distintos núcleos que son, usualmente, abordados al considerar esta forma de criminalidad: la dimensión *moral*, la dimensión *política* y la dimensión *económica*. De acuerdo al horizonte desde el que nos aproximemos al concepto de corrupción serán diferentes las propuestas para contrarrestarla.¹⁸

Para algunos, el problema de la corrupción es esencialmente moral, y las soluciones deben apuntar, por una parte, a corregir los mecanismos de selección y control de los funcionarios públicos, y por otra, a la educación moral cívica de gobernantes y gobernados.

Otros consideran que se trata de un problema político referido a la estructura de la organización político-administrativa del Estado, ya que concentra en los funcionarios superiores amplios poderes de decisión, con una gran cuota de discrecionalidad y escasa o nula transparencia y control. El poder sin control

¹⁸ Revista Pena y Estado, nº 1 “Corrupción de los funcionarios públicos”, Editores del Puerto, 1996, en el Editorila de ps. 17 a 20 se reseñan las distintas líneas de abordaje del problema que expongo en este punto.

concluye, así, en la corrupción. Para esta perspectiva, las soluciones deben apuntar a la organización administrativa y a los procedimientos de actuación y publicidad.

Hay quienes sitúan el problema en el modelo de economía que rige en el Estado. Desde esta perspectiva, se abren dos versiones: a) según algunos, la corrupción es un efecto de la regulación estatal de la economía, que introduce al funcionario público como un factor de perturbación del libre juego de las fuerzas económicas; b) otra variante de la interpretación economicista de la corrupción plantea que en los países subdesarrollados el empresariado no acepta las reglas básicas del mercado (competencia, riesgo, inversión) y busca, por principio, el privilegio indebido, la ganancia fácil, la competencia desleal o el monopolio que puede concederle el Estado. Las soluciones deberán partir, consecuentemente, de la reorganización estructural del modelo económico y del sistema político del país.

Concepto

En un trabajo anterior,¹⁹ sostuve que podía considerarse a la corrupción como *el incumplimiento de una obligación institucional inherente al cargo por parte de un funcionario, para la obtención de un beneficio personal extraposicional, otorgado al funcionario por un particular o empresa que lo soborna, o al que el funcionario extorsiona; generalmente dirigido a obtener para el particular o empresa beneficios propios*. Intenté poner en claro que la cuestión se centra en la obtención de beneficios personales por los funcionarios, quienes aprovechan el cargo que ejercen en la Administración Pública para “negociar” los espacios de ilicitud.²⁰

3 Corrupción y democracia

Me interesa señalar que la falta de probidad de los funcionarios pone en debate el problema capital de la *lealtad democrática*.²¹ Debe ser remarcado, la proliferación de las actividades corruptas indican la existencia de un problema de una envergadura mayor y más profunda, a saber: *la tendencia a sustituir el ideal*

¹⁹ José Luis Said, “La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento” en “Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo”. Año 2009, RAP: Ediciones Especiales, p. 489 y ss.

²⁰ Desde otro enfoque, se ha señalado que la corrupción es un “precio” desde el punto de vista microeconómico, y su función puede ser la de un “seguro” de no ser perseguido y sancionado por violar la ley, o la de un “impuesto” para evitar obrar dentro de la legalidad; así: Enrique Gherzi, “Economía de la Corrupción”. Consultar en: <<http://www.ilustracionliberal.com/6-7/economia-de-la-corrupcion-enrique-ghersi.html>>.

²¹ Ernesto Garzón Valdés, *Acerca de la calificación moral de la corrupción – tan sólo una propuesta*. Isonomía nº 21, Octubre de 2004.

*democrático de cooperación por formas de competencia y de imposición de los propios intereses que contradicen radicalmente ese ideal.*²²

En el curso del mes de mayo de 2012 se difundieron en la República Argentina los resultados de dos encuestas de opinión, una de la consultora “Mora y Araujo” y otra de “Poliarquía”. En ellas se informa que el 90% de los encuestados creen que en el gobierno argentino, en todos niveles (nacional, provincial y municipal), los funcionarios son corruptos (en el sentido que propuse). También indican las encuestas que ese dato no tiene incidencia en la elección de los gobernantes.²³

Esta situación llama la atención. Uno tiende a pensar que la sociedad no elegirá personas corruptas para el Gobierno. Pero no es así. Hay una escisión entre la consideración moral que merecen los funcionarios y la exigencia moral que se formula al Gobierno. Parecería que del Gobierno se esperan otras cosas, pero no que sean honestos. Eso marca que las expectativas sociales no incluyen la ética pública como un punto realmente relevante de la agenda política. Y ello ocurre no obstante que en la reforma de la Constitución nacional de 1994 se estableció una disposición referida a la exigencia de honestidad en el desempeño de la función pública. Se dijo, y es parte de la Constitución vigente 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 Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función” (artículo 36, Constitución de la Nación Argentina). Se trata de una norma que es hija del desencanto de la sociedad civil con la dirigencia política y gubernativa: “¿Qué es lo que ha llevado al malestar con la política?. *La homologación de las formas de hacer política con las formas de hacer negocios. La reconversión de la sociedad civil en sociedad mercante.* La confusión de los límites entre lo público y lo privado. La

²² No es casual, entonces, que la mayor parte de las propuestas para combatir la corrupción estén directamente relacionadas con el reforzamiento del sistema democrático, tales como la vigencia del principio de publicidad, la reconsideración del siempre problemático tema de las potestades discrecionales y su control, la participación ciudadana en los procedimientos administrativos y aún en los judiciales, los mecanismos de selección y designación de los funcionarios de los tres poderes del Estado y órganos extrapoderes, etcétera.

²³ “Estas son algunas de las conclusiones de la última encuesta realizada por la consultora Ipsos-Mora y Araujo del 11 al 21 de mayo en Capital, Gran Buenos Aires, Mar del Plata, Rosario, Córdoba, Mendoza, Tucumán y Neuquén. Cuando al entrevistado se le pidió que califique al gobierno en términos de honestidad/corrupción, apenas el 8% consideró que es ‘nada corrupto’. El 15% dijo ‘algo corrupto’, el 27% ‘medianamente corrupto’, el 28% bastante corrupto’ y el 22% ‘muy corrupto’” (Consultar en: <<http://www.rionegro.com.ar/diario/la-sensacion-hay-corrupcion-en-el-gobierno-897984-9532-nota.aspx>>).

desintegración del Estado como garante territorial y funcional de la universalidad de la ley y de la igualdad ante la ley. [...]. La entronización de la racionalidad económica que lleva a la consagración de criterios mercantiles en la política. El abismo entre lo que se dice y lo que se hace, entre lo que se dijo ayer y lo que se dice hoy. [...] Como nunca es evidente que la principal amenaza a la democracia emerge de nuestra propia incoherencia e inoperancia. *La decadencia moral como clase política es el principal peligro para la democracia. Y esto no se remedia exclusivamente con medidas de carácter punitivo contra quienes roban o hacen negociados desde la función pública: está bien, hay que reformar al Parlamento, a los partidos, al Estado para que sean la mediación entre la sociedad y ella misma, para que la sociedad se reconozca a sí misma como sujeto de derechos y obligaciones en condiciones de igualdad y libertad. Vencer la anomia boba de la que habla el recordado Carlos Nino en su libro *Un país al margen de la ley**.²⁴

4 Corrupción y derechos humanos

Hay consenso en que, de algún modo, que la corrupción es un problema serio para las sociedades. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha tomado el problema de la corrupción en la función pública como un problema global. Y lo ha enmarcado como un crimen que impacta en muchos puntos, como un crimen contra los derechos humanos de las personas y de los pueblos. Es que el fenómeno de la corrupción generalmente entraña una violación del derecho a la igualdad ante la ley y conduce a la sustitución del interés público por el interés privado de quienes se corrompen. Se establece así una vinculación esencial la corrupción, los derechos humanos y la democracia.²⁵ Afortunadamente, en nuestra disciplina se avanza en investigaciones que ponen en relación estas temáticas.²⁶

Siguiendo, el esquema de análisis que se formula en "Track", es dable considerar la corrupción como:

²⁴ Expresiones del convencional Carlos Auyero en el debate de la Convención Constituyente. Consultado en la página web: <<http://www.infoleg.mecon.gov.ar>>. Sin resaltar en el texto original.

²⁵ Se afirma en "Track", que es una publicación electrónica de la ONU dedicada a la corrupción, que "La buena noticia es que parece existir una correlación inversa entre la democracia y la corrupción; instituciones democráticas fuertes y robustas resultan en la disminución de la corrupción en todo el sistema. El papel de las instituciones democráticas sólidas, incluido un poder judicial independiente y una prensa independiente, junto con la participación política activa, es crucial para la lucha contra la corrupción" (traducción personal del inglés; texto bajado de: <<http://www.track.unodc.org/CorruptionThemes/Pages/home.aspx>>).

²⁶ Romeu Felipe Bacellar Filho, Emerson Gabardo, Daniel Wunder Hachem (coordinadores), "Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo", Belo Horizonte, Fórum, 2011.

Un crimen que afecta el desarrollo y la prosperidad

Aunque es un fenómeno generalizado que afecta a los países desarrollados y en desarrollo por igual, sus implicancias en las naciones periféricas son de mayor gravedad. En estos, intereses espurios condicionan indebidamente una amplia gama de actividades tanto del sector público como del ámbito privado. Los efectos distorsivos de las políticas públicas y del destino de los recursos representan un serio obstáculo para el crecimiento económico. Las condiciones de vida de los sectores más pobres de la población se ven agravadas por la interferencia de la corrupción en la entrega de ayuda y asistencia. Los recursos públicos se asignan ineficientemente y son derivados a bolsillos de funcionarios corruptos o empresarios amigos de los funcionarios. La ayuda exterior disminuye y los proyectos quedan inconclusos o se retardan en demasía. La inversión extranjera se retrae frente a los altos costos que la falta de honestidad de los funcionarios recarga en el los proyectos.

La corrupción es uno de los principales obstáculos para la paz, la estabilidad, el desarrollo sustentable, la democracia y los derechos humanos a nivel mundial. La corrupción del sector público y del sector privado son dos aspectos del mismo problema, por lo que se deben desarrollar acciones que involucren no sólo a los funcionarios públicos, sino también quienes tienen los recursos para corromper a los funcionarios, como es el caso de las grandes empresas industriales y comerciales multinacionales y nacionales, los bancos, etcétera. Los esfuerzos deben estar orientados, en primer lugar, a reducir los incentivos para ofrecer sobornos. La corrupción permite y a la vez opaca graves crímenes como la trata de personas, el tráfico de drogas y de armas, que se incrementa con la lenidad de los funcionarios.

Un crimen contra la justicia

La independencia, probidad y transparencia del sistema judicial son puestos en tela de juicio por la corrupción. Sólo un poder judicial democrático se constituye en una garantía contra la mala administración desleal y venal. La independencia judicial y el derecho a un juicio justo son derechos humanos básicos que quedan sin protección cuando los jueces dan cobertura al crimen que afecta a las personas y a las empresas. La salvaguarda de la independencia judicial es esencial para controlar la corrupción administrativa, que se despliega e intensifica cuando los jueces se desvían de su función específica.

Un crimen contra la democracia

He señalado ya que la corrupción cuestiona la vigencia del principio de lealtad democrática. Tiene un efecto devastador de de las instituciones democráticas y el buen gobierno. Los procesos electorales e, incluso, el dictado de las leyes quedan sospechados de falta de legitimidad. La corrupción degrada tanto las instituciones como los procedimientos de actuación de los órganos públicos. Pero más grave aún es que se erosiona la creencia en la importancia de los valores que deberían regir una sociedad democrática, tales como la confianza del pueblo en sus gobernantes, la supremacía del interés público sobre los intereses privados,²⁷ etcétera.

Un crimen contra el medio ambiente

La corrupción que se produce en el gerenciamiento estatal de las actividades de riesgo para el medio ambiente puede tener consecuencias irreversibles. La irregularidad en el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones de uso y explotación de los recursos naturales; el descontrol de las operaciones productivas, generalmente acarrea la pérdida de recursos, el deterioro de los hábitats y la degradación de los ecosistemas. A ello debe agregarse el frecuente desvío de fondos destinados a la ejecución de programas de prevención y protección medio ambientales.

Un crimen contra la salud

La corrupción puede afectar múltiples aspectos del sistema de salud. Por lo general las acciones ilícitas se dirigen a apropiarse de los recursos destinados a brindar prestaciones fraguando la existencia, cantidad y calidad de las atenciones; también operan prácticas corruptas en la producción y adquisición de suministros médicos. La financiación de los servicios de salud (en especial el que proveen las obras sociales) parece estar altamente afectado por la corrupción. Los actos de corrupción suelen incidir en el aumento de los costos de la atención y servicios de salud.

Un crimen contra la educación

La adopción de estrategias para reducir la corrupción requiere incorporar a los jóvenes como sujetos de la transformación cultural que necesariamente

²⁷ Sobre esta cuestión, puede verse el completo estudio de Daniel Wunder Hachem, "Princípio Constitucional da Supremacia do interesse público", Belo Horizonte, Fórum, 2011.

debe realizarse para obtener resultados positivos. El área de la educación se ve afectado no sólo por la sustracción de recursos que debían destinarse a prácticas de educación de buena calidad, con el consiguiente rendimiento inferior, altas tasas de abandono, y reproducción de las condiciones de marginalidad. Y lo que es más grave, se educa a las nuevas generaciones en la tolerancia a la corrupción como regla para tener “éxito” dentro de la sociedad.

Un crimen contra la vida

Si bien en la publicación de ONU que sigo en este capítulo no se menciona expresamente, Argentina tiene ejemplos de inusitada gravedad que muestran que la corrupción, finalmente, da forma a crímenes contra la vida humana. La corrupción mata. Mencionare sólo tres o cuatro casos. Para ocultar la compra-venta de armas a otro país se hizo explotar el polvorín de un regimiento militar provocando la muerte de personas y la destrucción de la ciudad de Río Tercero en la Provincia de Córdoba. Se encuentra en plena investigación la venta a obras sociales de medicamentos oncológicos adulterados y falsificados que eran inútiles para el tratamiento indicado. En febrero de 2012 fallecieron 51 personas en un accidente ferroviario — fallas en el sistema de frenos de un tren interurbano — pese a que la empresa concesionaria del servicio recibió cientos de millones de pesos en concepto de subsidios del Estado, que debían destinarse a mantener en condiciones de seguridad las formaciones. Repito, la corrupción, finalmente, mata.

5 Insuficiencia de la IED para considerar la corrupción

La multiplicidad de dimensiones que se ven afectadas por la corrupción no pueden ser explicadas con el análisis económico del derecho como método de interpretación. Se ha afirmado que toda ideología supone una antropología, es decir una idea de lo que los hombres son y de cómo deben ser tratados. Considero que las escuelas enmarcadas en “Law & Economics” presentan una antropología magra, que mira al ser humano como un recurso económico, o como un componente de procesos económicos y a la sociedad como un entramado de múltiples mercados.

Con sabiduría, el constitucionalista alemán Peter Häberle ha precisado que “el éxito de la teoría de la ‘economía de mercado’ ejerce una gran fascinación que cada ciencia debe aún analizar y explicar”, y sobre el que las explicaciones de la

teoría económica no resultan suficientes ni meramente aceptables”.²⁸ El destacado jurista enseña que debe formularse una “teoría constitucional del mercado” que la defina como parte de una sociedad pluralista y lo clasifique al interior del conjunto de valores fundamentales del Estado y la democracia constitucional, *exigiendo, además, la vinculación recíproca entre el derecho, la ecología y la economía.*

Se parte del paradigma de la “democracia constitucional” que, en palabras de Luigi Ferrajoli, requiere ser desarrollado en tres dimensiones: a) en primer lugar, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; b) en segundo orden, garantía frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; y c) en tercer lugar, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.²⁹

Volviendo a Häberle, entre sus tesis establece:

- a) que el mercado en el Estado constitucional no es un espacio libre de Ética ni del Derecho del Estado, el mercado es una parte de la esfera abrazada por el contrato social: *life, liberty, estate, property*. El mercado es un espacio constituido y sus libertades son desde el inicio, culturales no naturales. De allí que el Estado coloca al mercado a su servicio, como sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia;
- b) que la pregunta relativa a las estructuras y a las funciones del mercado es también una pregunta sobre la correcta comprensión de la Constitución; ya que la posición del mercado y la economía se expresan en relación con otros valores constitucionales como la dignidad del hombre, la libertad individual, los límites a los abusos, la justicia, el bienestar general, la democracia, la ciudadanía, etc.;
- c) el Estado constitucional extiende el principio de la división de poderes (de un sentido restringido limitado a la organización del Estado) al ámbito social (también al económico) para evitar los procesos de distorsión del poder (así, leyes sobre competencia, función social de la propiedad, asignación al Estado de la tarea de promover el desarrollo equitativo, etc.).

²⁸ Peter HÄBERLE, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, en particular: “Incursum. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”, p. 98 a 120.

²⁹ Luigi FERRAJOLI, *Sobre los derechos fundamentales*, en *Cuestiones Constitucionales*, nº 15, julio-diciembre 2006.

El jurista alemán señala límites constitucionales a los principios de la economía de mercado: a) El mercado no es la medida de cada cosa y no puede convertirse en el principal metro para valorar al hombre; b) El mercado es, en el Estado constitucional, un instrumento al servicio hombre; c) el modelo de mercado no es aplicable a determinados ámbitos culturales (educación, familia, investigación, etc.) ni a determinados sectores sociales (los más esenciales del derecho del trabajo: seguridad, salubridad, jornada laboral, salario mínimo, etc.; y agrego por mi parte: los desposeídos, los marginales, los desocupados).

En suma: el *ethos* de los derechos humanos no debe detenerse frente a la vida económica. Si la Constitución no entroniza al *homo economicus*, conviene que las construcciones jurídicas (sean legislativas, jurisprudenciales o doctrinarias) no avancen en el intento de desplazar al *ser humano* del eje del sistema normativo. Ya que el ser humano — en contra de lo que afirma “Law & Economics” — no tiene precio.

Administrative Corruption, Democracy and Human Rights

Abstract: The study examines the issue of administrative corruption and its negative consequences in the field of human rights, considering it as a crime against development, prosperity, justice, education, environment, democracy, health and life. The article criticizes the approach to the economic analysis of law as a form of examination of the corruption issue, judging it as inadequate for its proper assessment.

Key words: Administrative corruption. Economic analysis of law. Democracy. Human rights.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 15-27, jan./mar. 2013.

Recebido em: 30.06.2012

Aprovado em: 13.12.2012