

PROF. CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO. LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA: DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO. 17-50. REVISTA CENIPEC. 34. 2022. E SPECIAL ANIVERSARIO. ISSN: 0798-9202
DOI: <https://doi.org/10.53766/RECENI/2022.34.02>

PROF. CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO

**LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA:
DERECHO PENAL Y ESTADO DE DERECHO**

Recepción: 12/04/2023.

Aceptación: 08/06/2023.

Prof. Carlos Simón Bello Rengifo
bellocarlossimon@gmail.com
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
CARACAS - VENEZUELA

Resumen

Las múltiples manifestaciones de la corrupción dificultan una definición satisfactoria de su concepto; sin embargo, se propone una que propicie procesos reflexivos alrededor de los efectos que produce sobre derechos fundamentales, aspecto jurídico, y sobre las bases y estabilidad del Estado de Derecho y de la democracia, en cuanto hecho, como lo han reconocido documentos internacionales. Establecer como la corrupción socava la democracia como derecho fundamental es una tarea no solo teórica, sino también urgida de demostración empírica. **Palabras clave:** administración pública, derechos fundamentales, delito, democracia.

Administrative corruption: Criminal law and the rule of law

Abstract

The multiple forms of corruption make it difficult to develop a satisfactory definition of the concept. Nevertheless, this article proposes a definition which encourages reflections on the effects of corruption on fundamental rights in the legal domain and on the foundations of the rule of law and democracy as a practical good, as has been recognized in international documents. Establishing how corruption undermines democracy as a fundamental right is not only a theoretical task but one which urgently requires empirical evidence.

Key words: public administration, fundamental rights, crime, democracy.

Corruption administrative: droit pénal et État de droit

Résumé

Les multiples manifestations de la corruption rendent difficile une définition satisfaisante de son concept; cependant, nous proposons une définition qui encourage les processus de réflexion autour des effets qu'elle a sur les droits fondamentaux, l'aspect juridique, et sur les fondements et la stabilité de l'État de droit et de la démocratie en tant que fait, tels qu'ils sont reconnus dans les documents internationaux. Établir comment la corruption sape la démocratie en tant que droit fondamental est une tâche qui n'est pas seulement théorique, mais qui nécessite également une démonstration empirique.

Mots clés: administration publique, droits fondamentaux, criminalité, démocratie.

Corrupção administrativa: direito penal e Estado de direito

Resumo

As múltiplas manifestações da corrupção dificultam uma definição satisfatória do seu conceito, no entanto, propõe-se um que incentive processos reflexivos em torno dos efeitos que produz nos direitos fundamentais, no aspecto jurídico, e nas bases e estabilidade do Estado de Direito e da democracia, dada como fato, como reconheceram os documentos internacionais. Estabelecer como a corrupção mina a democracia como um direito fundamental é uma tarefa que não é apenas teórica, mas também requer demonstração empírica.

Palavras chave: administração pública, direitos fundamentais, crime, democracia.

1.- Introducción

La corrupción administrativa puede ser vista como concepto y como hecho o fenómeno. La definición del primero conduce a su vinculación con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, como se desprende de cuerpos normativos nacionales, regionales e internacionales. En cuanto hecho, tiene un efecto deletéreo sobre el Estado de Derecho, sus valores y principios. Hay en consecuencia, un tejido de problemas e interrogantes de tipo epistemológico, axiológico y ético-político. Invitar a proponer preguntas y reflexiones sobre ambas afirmaciones relativas a la definición conceptual y al efecto del hecho, es lo que persigue este artículo, con el cual brindo homenaje al aniversario de esta prestigiosa revista, uno de los baluartes de la ciencia jurídica y criminológica venezolana, gracias al esfuerzo y dedicación de quienes ayer y hoy representan los valores académicos que se encarnan en la Universidad de Los Andes y su Centro de Estudios Penales y Criminológicos.

2.- El problema jurídico de definir

La palabra "corrupción" en su acepción vinculada al mundo político e incluso criminológico, con el tiempo y la expansión de los hechos dañosos que la constituyen, ha ganado difusión y aceptación en el Derecho Penal, tanto nacional como internacional, aun cuando los fenómenos que abarca no son del todo contemporáneos, ni tampoco exclusivos de la modernidad. Hoy se emplea con mucha frecuencia en las normas, doctrina y jurisprudencia para identificar una categoría de delitos que afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública, e incluso a la esfera privada, pues compromete la salud ética-política de la sociedad, el bienestar común y la justa relación entre el ciudadano y los funcionarios, e incluso entre particulares, cuando su interacción repercute en perjuicio del desempeño de la gestión pública; sin embargo y sin desconocer su "abolengo histórico", lo cierto es que más allá de ciertas figuras, tales como peculado, corrupción o cohecho, no es nada fácil alcanzar una definición "universal" de la corrupción como "macro concepto".

¹ Creo que son prototípicas. Se trata de una lista ad exemplum, pues es posible añadir otras como enriquecimiento ilícito o exacciones ilegales, previstas en muchas legislaciones.

² En la presentación de un proyecto de ley conducente a la moralización de la administración pública, el presidente de Colombia para la fecha, apuntaba que "el significado del término corrupción

Pese a tamaña dificultad, la ciencia del Derecho está llamada a abordar y presentar, con mayores o menores trazos, la definición dogmática de su objeto, general o especial, así como también los criterios operativos de aplicación y ejecución, a fin de que el complejo proceso de su creación, interpretación y aplicación alcance cotas de certeza que afiancen la seguridad jurídica y su función social, y puede actuar como escudo protector de los valores de la iusfera de la civilización demoliberal, tan expuesta a peligros tanto internos como externos. Esta función es sobremanera importante para el Derecho Penal como instrumento contra el abuso del poder su ADN liberal, que no instrumento del poder tal como se concibe y aplica en los regímenes totalitarios.

2.1.- La relación con el Derecho Internacional Público

La definición del objeto de todo conocimiento comprende su análisis y síntesis, en modo alguno separable de su concepción, que en posiciones dogmáticas rígidas se caracteriza por su impermeabilidad a la interacción con otros fenómenos o, incluso, ante otras concepciones. Tal posibilidad no es ajena al Derecho, sobre todo cuando la inserción de figuras y procedimientos penales en el terreno del Derecho Internacional Público causa fricciones, tensiones e incertidumbre, pues el objeto y método de ambas ramas del sistema jurídico - Derecho Penal y Derecho Internacional Público - no son siempre coincidentes, y su interconexión produce una sinergia no siempre bien entendida, en uno y otro campo. Mas, no se trata solamente del encuentro de dos afluentes jurídicos, sino también de la relación entre un contexto nacional y otro internacional, de suyo multifacéticos.

Además, la vinculación con lo social, en cuanto conjunto de fenómenos empíricos, es inevitable para el Derecho, pues sea cuales fueren las funciones que le correspondan, es dato universal que tiende a regular y ordenar la vida en relación.

reviste una complejidad y amplitud tal que impide elaborar una definición ajustada a todos los casos." Conf. Rafael Ballén, "La Corrupción Política", en Bejarano: *Narcotráfico, Política y Corrupción*, p. 22.

La definición jurídica de las interacciones sociales mediante ciertas formas normativas es un reto para el Derecho, en razón de la multiplicidad y variedad de los fenómenos sociales, reto al que no escapa la configuración jurídica de la corrupción administrativa; sin embargo, este desafío ha recibido respuestas que gozan de relativo consenso, lo que tampoco impide su progresiva adaptación a los cambios que la evolución social y sus fenómenos delictivos exigen, puesto que sin esa adaptación la norma carece de vigencia y finalmente de legitimidad, aunque conserve la validez de origen.

En definitiva, si bien la seguridad es inseparable de la definición adecuada de las interacciones socialmente intolerables y merecedoras de sanción penal, la forma jurídica que adopte no colma su pretensión de normativización universal exenta de vacíos³.

Esta pretensión de la definición jurídica de los fenómenos sociales de interacción que constituyen su objeto, se caracteriza por incluir elementos que no son fácticos, aunque lo sean tendencialmente. Estos componentes ideales o subjetivos están expuestos a controversias sobre su significado, contenido, extensión y comprobación.

La adecuada relación con el mundo fáctico, mediante elementos expresos o tácitos condiciona la eficacia de la función preventiva y protectora del Derecho Penal. Esta vinculación obedece, en primer término, a una decisión político-criminal y, en segundo lugar, a la adopción de posiciones o teorías dogmáticas que se plasman en determinadas formas jurídicas. En ambos momentos, hay un proceso valorativo, también expuesto a controversias tanto teóricas como prácticas que se suman a las que son consustanciales a los elementos ideales o subjetivos antes mencionados, y que están insertos en los datos fácticos constitutivos de la relación que regula la forma jurídica.

³ Incluso en órdenes meramente legales carentes de un substrato ético-político, la recurrencia a la "forma" del precepto legal no se desdena se asocie, casi siempre, a elementos abstractos tan caros a los sistemas autoritarios, tales como "pueblo", "revolución", "patria" y demás afines. Es posible, no obstante que se considere que la fuente es lo que determina el carácter jurídico del precepto, pues de allí depende su fuerza. Sin embargo, considero que la invocación de la fuente es una condición diferente a la de la forma.

La relación que se regula en el ámbito internacional topa con la estructura jurídica estatal que opera como suerte de escudo o de protección de la esfera estatal; mas, ocurre que la relación jurídica-social es de distinta configuración cuando se trata de las relaciones internas. Esta diferente configuración de la relación jurídica conduce a una obligada y aún no lograda síntesis que supere un estado simbiótico inestable, que seguramente no es sino parte de la evolución de ambas esferas jurídicas.

Avanzar hacia esa síntesis es parte del desarrollo de la iusfera, y para ello hay que contar con ciertas notas previas.

3.- Objeto del Derecho Penal

El Derecho Penal se ocupa básicamente de conductas dolosas o culposas que causan resultados dañosos o bien constituyen puestas en peligro intolerables para el normal desenvolvimiento de la vida de relación.

A las primeras las preside el conocimiento del resultado querido; mientras que las segundas, si bien no persiguen un resultado antijurídico, sin embargo, es previsible por la violación del deber de cuidado. Muchas de estas conductas culposas afectan derechos fundamentales y tienen proyecciones en lo político, en lo económico, en el desarrollo moral, institucional, político y económico de los pueblos, por lo cual hoy en día su estudio es cada vez más relevante, amén de su abundante presencia en distintos órdenes legales, potenciado por la expansión de los riesgos en la sociedad contemporánea que ha llevado a incrementar la atención del legislador sobre los tipos de peligro y los culposos.

La protección y defensa de los derechos fundamentales no corresponde solo al Derecho Penal, sino también al Derecho Internacional Público y no exclusivamente al Derecho Penal Internacional, o si se prefiere, Derecho Internacional Penal, dicho sea, para no entrar en una disquisición que no es insignificante - las palabras y su orden son importantes -, pero que me alejaría del objeto de esta contribución⁴

⁴ Otto Brussin sostiene que en definitiva el objeto del Derecho Internacional Público es también el hombre, base antropológica común a todas las disciplinas jurídicas, lo que no se contrae por el hecho de que le corresponda tratar con la "contraposición entre sociedades humanas organizadas de manera peculiar (Estados)" El Pensamiento Jurídico. P . 40.

Por otra parte, el Estado es la institución en cuyo seno se desarrolla la mayoría de los actos de corrupción administrativa, al punto que, para muchos autores, el abuso de poder, expreso o tácito, es su elemento constitutivo *par excellence*;⁵ pero, a medida que avanza el proceso de globalización e integración entre las naciones, es también un problema que sobrepasa las fronteras nacionales.

Para acercarse a una definición de corrupción en cuanto problema social "normativizado", y pasar luego a la propiamente jurídico penal, es recomendable empezar con una aproximación desde sus linderos, según el sentido ordinario o idea general del término. Es lo que he llamado ámbito general, o proyección social, aludido por el lenguaje común, mientras que específico es el jurídico-penal propiamente dicho, aunque hay también otras regulaciones jurídicas sobre el mismo fenómeno.

4.- Corrupción: definiciones y especies

4.1. Definición general

Empezando por lo más general, se tiene que el Diccionario de la Real Academia Española define la corrupción, según sus distintos ámbitos de aplicación:

Del lat. corruptio, -onis. 1 Acción y efecto de corromper o corromperse. Deterioro de valores, usos o costumbres. 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. *Desus: Diarrea, descomposición.* - *corrupción de menores. f. Der. Delito consistente en promover o favorecer la prostitución de menores o incapaces, su utilización en actividades pornográficas o su participación en actos sexuales que perjudiquen el desarrollo de su personalidad.*⁶ (Cursivas fuera del texto).

⁵ En los delitos cometidos por los particulares contra la administración pública esta premisa no es del todo satisfactoria, tampoco en aquellos casos en los cuales hay una convergencia de agentes privados y funcionarios, hecho cada vez más frecuente en la actividad económica. En todo caso, lo cierto es que es indispensable la interacción del órgano estatal con o sin la convergencia del particular.

⁶ DRAE en lo sucesivo. <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n?m=form>

Como se desprende de lo anterior el DRAE asocia la corrupción a vicio, a asunto torpe (prostitución, pornografía, sexualidad nociva), así como al abuso de poder por desviación de las funciones del gestor en organizaciones públicas, aunque nada impide extenderla a las privadas. Se trata siempre, entonces, de un hecho humano y no de la naturaleza, aunque, en muchas ocasiones, se predica, sin acierto, de fenómenos naturales⁷.

En suma, en su más amplia acepción, corrupción significa "cambiar la naturaleza de una cosa volviéndola mala", pervertirla, privarla de su propia naturaleza.⁸ Cambiar para lo malo.

El cambio para lo malo implica un juicio de valor por lo que incluso su sentido ordinario se vincula al Derecho, cuando significa el desvío antinatural de las funciones y medios de las organizaciones, sobre todo en las públicas.

4.2.- Ámbitos de corrupción y especies

La doctrina distingue "especies de corrupción", según, casi siempre, el medio donde ocurre, o en atención a algunas otras características. Es lo que he denominado "ámbitos especiales" o, si se prefiere, especies de corrupción.

En la perspectiva sociológica, se distingue entre corrupción blanca, gris y negra.⁹ La primera es la tolerada por la sociedad; la segunda oscila entre la blanca y la negra, y esta última es la que da lugar a las infracciones penales. Clasificación que resulta insuficiente, si se tienen en cuenta fenómenos socioeconómicos y políticos relativamente recientes, como son la globalización y la delincuencia organizada, cuya expansión ha llevado a incluir los delitos de corrupción en esta última categoría. En palabras de Ede Corvo Rivas:

El fenómeno de la globalización, en tanto y cuanto introduce una forma de sometimiento del poderoso sobre el débil; el riesgo, en la

⁷ En la naturaleza se dan procesos de cambio cuya calificación como corrupción proviene de estándares valorativos, vale decir, culturales. Por ello, cambio per se no es corrupción en el ámbito del mundo de lo natural. Claro, tampoco siempre en el cultural.

⁸ Conf. Bejarano, J. "Corrupción y Escándalos Políticos", en *Narcotráfico, Política y Corrupción*.

⁹ Conf. Thierry, J. "La Corrupción en Francia", en *Narcotráfico, Política y Corrupción*, en Jesús Antonio Bejarano, p. 66 y 67.

medida de que el desarrollo científico y tecnológico posibilita que gran parte de los delitos vinculados con la corrupción se engloben bajo el concepto general de "delincuencia organizada"; la economía, toda vez que gran parte de los delitos cometidos tienen una base económica, sin que ello signifique que un aumento de casos de corrupción corresponda a un mayor desarrollo de la economía.¹⁰

Otra distinción es entre pública, que incluye la política y la administrativa, y privada,¹¹ bajo el entendido de que la corrupción, por esencia, califica procesos humanos, individuales o sociales, según determinados principios valorativos que permiten la comparación entre *theles* y concreción, presente o hipotética.¹²

En la corrupción privada, prevalece, en sus distintas manifestaciones (tributarias, sindicales, comercio clandestino, sindicales, comunicacionales, entre otras muchas), la obtención de un beneficio, y causación de daño para los clientes.

Considero que la diferencia básica entre la corrupción privada y la pública, más allá de sus distintas manifestaciones, no consiste en el fin de lucro, concebido como sinónimo de ganancia económica, ya que, en ambos ámbitos, puede no concurrir, salvo que el concepto de lucro se hipertrofie, so pena de quedar desdibujado¹⁴ hasta abarcar todo ánimo de logro, económico o no. Por otra

¹⁰ Conf. Conf. Eve Corvo Rivas, *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*. www.tiempo.uc.edu.ve/uu389/p8y9/p8y9.htm, p. 3. La cita no compromete a quien escribe con la concepción ideológica de la autora sobre la globalización, pero sí participamos de su afirmación sobre los efectos económicos de la mayoría de los delitos de corrupción.

¹¹ Conf. José Octavio López Presa, Op. Cit. *Introducción*, Pp. 29 y ss.

¹² Según Philip B. Heymann, además de este sentido moral, el concepto de corrupción puede ser entendido en un sentido más restringido: falta de honorabilidad y , en el caso de los funcionarios públicos, como abuso de la confianza depositada y aprovechamiento de su posición para su beneficio personal. Id.

¹³ Conf. Bejarano et al., Op. Cit. Pp. 98 y ss. Jean-Pierre Thierry expresa que en el ámbito privado la corrupción alcanza un giro menos dramático: "Es el caso de los cirujanos pagados por empresas de aparejos médicos para imponerles a sus pacientes una prótesis antes que otra. Es el caso de los sobrepagos pagados en el momento de la venta de inmuebles o de establecimientos de comercio. También es el caso de la remuneración discreta para un competidor de cuadros de empresas que trabajan en el mismo sector; igualmente la compra ilegal de informaciones importantes... etc.... Curiosamente muy pocos de estos negocios son investigados. Lo que significa que cada uno lo aprueba o se acomoda a él, o que nadie se da cuenta de ello. Es evidente que en el sector privado este tipo de delito se ha hecho muy común, y ello se debe, en gran parte, al deplorable ejemplo dado por la clase política francesa." Conf. Jean-Pierre Thierry, Op. Cit. P. 70.

¹⁴ Un concepto hipertrofiado pierde su potencia determinadora, es decir , definidora, y , por tanto, se torna inútil.

parte, el legislador es libre¹⁵ de tipificar conductas o situaciones en las que no esté presente el ánimo de ganancia, y por supuesto, su obtención (trátese o no, de delitos de corrupción).

En mi opinión, el núcleo de la diferencia entre la corrupción pública y la privada, más que en el *animus*, reside en el tipo de interacción que se da entre los sujetos intervinientes en la situación que define el tipo penal, según su posición y condición recíprocas.

El Derecho Penal, por su función reguladora de los hechos antisociales intolerables, ha privilegiado en legislación y doctrina la corrupción administrativa, pues degrada los cimientos del Estado, y socava la estabilidad económica de la sociedad, sin excluir lo que es más grave, la consistencia del tejido social.

Además, la significación social de la corrupción contiene elementos de tipo económico, como lo ha destacado Yves Mény, para quien la corrupción tiene un claro tinte socio-económico: transacción clandestina entre el mercado político y/o administrativo y el económico-social.¹⁷

4.3.- Definiciones jurídicas

Marino Barbero Santos, de un modo algo impreciso, la define en estos términos: "*la corrupción es un concepto más amplio que delito*",¹⁸ pues, añadido, registra anclaje contextual con el ámbito ético-político, donde reside la injusticia de las situaciones que lo constituyen.

Este autor no deja duda de que la corrupción en todas sus acepciones "*hacer moralmente malas las personas o impurificar las cosas, las actividades*".¹⁹

¹⁵ Libertad racional-argumentativa, y deseable que sea también ética-racional. La racionalidad está presente en todo gobierno racionalmente organizado; la cualidad argumentativa cuando el gobierno, además de racional, es democrático, donde se inserta la ética.

¹⁶ Dicho sea, con cierta independencia de las funciones que se le atribuyan a la pena, pues, en cualquier caso, se acepta, sin fisuras notables, que sólo los hechos con trascendencia social importan desde un punto de vista jurídico-penal.

¹⁷ Citado por López Presa, Op. Cit., p. 95.

¹⁸ Conf., Marino Barbero Santos, "La Corrupción en España", en Bejarano: *Narcotráfico, Política y Corrupción*, p. 203.

¹⁹ Id., p. 204.

Ello ratifica lo antes dicho de que significa cambio para lo malo, al punto que se transmite a las definiciones jurídico penales que inciden básicamente en la noción de deber, como común denominador con una connotación moral, en la mayoría de los casos. Otras más precisas son lasiguientes:

Rafael Ballén:

"... es el acto ilegal, ilícito e ilegítimo por medio del cual una persona, al servicio o no del Estado, busca obtener un resultado o una decisión que le satisfaga ambiciones económicas o políticas. De esta manera la corrupción viene a ser la materialización de un propósito deliberado de obtener un provecho personal, con base en un cargo o en una posición de privilegio que se ocupa. Y en la mayoría de las veces se necesitan dos partes..."²⁰

Más claramente, Belligni:

"... la corrupción es una forma particular de crimen, y corrupto es aquel que - político o burócrata - se desvía de los deberes formales, jurídicamente definidos, vinculados a su cargo o viola las reglas establecidas para el ejercicio de la autoridad pública²¹.

De allí que el mismo Belligni proponga:

"... la integración del criterio de legalidad con el criterio de moralidad, por el cual la transgresión afecta no solamente a las normas jurídicas y, tal vez, no tanto a las normas jurídicas, sino a las normas éticas que regulan el ejercicio de la profesión político-burocrática. Desviándose así de lo que la opinión pública o el grupo de pertenencia reputa como justo y lícito en política..."²²

²⁰ Conf. Rafael Ballén, "La Corrupción Política", en Bejarano, Op. Cit., p. 23

²¹ Conf. José Vicente Haro, "La Ley contra la Corrupción. Marco Constitucional. Principios Fundamentales, Sanciones Administrativas y Responsabilidad Administrativa", en: *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*: Alberto Arteaga Sánchez, Freddy José Díaz Chacón, Beltrán Haddad, José Vicente Haro, Carlos Moreno Brandt, p.1 1.

²² Id., p. 11 y ss.

Gianfranco Pasquino:

"... fenómeno por medio del cual un funcionario público es inducido a actuar de manera distinta a los estándares normales del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una remuneración. Corrupto es, por lo tanto, el comportamiento ilegal de aquél que ocupa un rol en la estructura estatal...".²³

El beneficio económico ha sido otro elemento también señalado como rasgo distintivo de la corrupción, como es el caso de Caciagli al ubicarlo entre los propósitos, y Joaquín González, entre sus causas, además de las morales, jurídicas y políticas.²⁴

En el ámbito penal, tenemos que, en pocas palabras, el concepto de corrupción se "juridifica" cuando se asocia al deber -insertado en una relación de poder-, específicamente funcional o correlativo;²⁵ cuyo contenido determina el injusto material de los tipos de corrupción, pues si bien el concepto de deber es propio del discurso jurídico, también opera otros ámbitos preceptivos (ético y político, con distinto cariz en lo estético); pero son su contenido y función, los que determinan su pertenencia ética, jurídica o estética.

4.4.- Ámbito jurídico-pena

Es el momento de considerar determinados principios, especialmente el de legalidad, de rango constitucional²⁷ y que consiste en que los supuestos fácticos constitutivos de hechos punibles y los ilícitos administrativos, así como las restricciones de derechos que son consecuencia de la comisión del respectivo tipo, han de estar definidos por leyes formales.

²³ Id., p. 10.

²⁴ Ib., pp. 11 y 12.

²⁵ Entiendo por correlativo el que corresponde al particular que asume por determinadas posiciones y relaciones, deberes afines o periféricos a los del funcionario.

²⁶ La voz "obligación" goza de mayor aceptación en el medio jurídico contractual y mercantil, no así en el jurídico-penal, al igual que en otras ramas del llamado Derecho Público (administrativo, por ejemplo).

²⁷ La Constitución venezolana vigente en su artículo 49, numeral 6º prevé: "... El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia... 6º. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes...".

La definición de la corrupción en sentido penal es, entonces, legal; pero el principio de legalidad no enuncia el principio organizador de los elementos de la definición, es decir el concepto que constituye e integra el tipo penal, ni menos aún se proyecta hacia las categorías generales de denominación o de integración de las distintas definiciones particulares contenidas en los tipos penales.

Por lo general, las leyes no definen conceptos, tarea que no le es propia. En el caso de la corrupción administrativa, la legislación venezolana no es la excepción; aunque, en acatamiento al principio de legalidad sí define sus especies, de las cuales se puede inferir un concepto general²⁸.

4.4.1.- Propuesta

Una definición tentativa y provisoria puede formularse diciendo que la corrupción administrativa es la violación de deberes funcionales, correlativos o no, que afectan el orden público administrativo.

Algunas de las cuestiones que suscita este primer acercamiento estriba, en primer lugar, en la vinculación del deber con el bien jurídico, la fuente del deber, su carácter unilateral o correlativo.

Superada la visión del bien jurídico como equivalente a derechos o deberes, aunque no se prescindiera de ellos, su inserción puede despertar la sospecha de anacronismo, cuando no de peligro de autoritarismo, sobre todo en aquellas figuras que impliquen al ciudadano como sujeto susceptible de sanción; sin embargo, esta objeción podría enfrentarse mediante la necesidad

²⁸ Decreto con rango, valor y fuerza de ley contra la corrupción (Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014; su reforma fue aprobada en la Asamblea Nacional el 31 de marzo de 2022, y publicada en Gaceta Oficial del 2 de mayo de 2022, No. 6699 Extraordinario. Su artículo 1° establece su objeto, no define el concepto: “... *El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley tiene por objeto el establecimiento de normas que rijan la conducta que deben asumir las personas sujetas a la misma, a los fines de salvaguardar el patrimonio público, garantizar el manejo adecuado y transparente de los recursos públicos, con fundamento en los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la tipificación de los delitos contra la cosa pública y las sanciones que deberán aplicarse a quienes infrinjan estas disposiciones y cuyos actos, hechos u omisiones causen daño al patrimonio público...*”.

del efecto sobre el funcionamiento del orden público administrativo, noción esta última que también requiere ser ampliada para su mejor comprensión. Tarea que es ajena a este trabajo.

Esta propuesta, nada original, es muy próxima a la de Belligni, antes citada²⁸, además de que recogemos la teoría de los delitos de infracción de deber desarrollada básicamente por Roxin, y que se aplica sin mayor complicación a los delitos contra la administración pública³⁰.

A lo anterior se suma, que hay ciertos delitos de corrupción en los cuales el deber no parece evidente, e incluso, podría estar ausente si no resultare necesario para su explicación y comprensión, como sería el caso del tipo de enriquecimiento ilícito, u otros, como la suposición de valimiento, en el cual tampoco parece haber un deber correlativo al del funcionario; o la falsa denuncia o acusación. En estos dos últimos, no se observa, al menos en un primer momento, un específico deber cuasi-funcionarial por parte del autor del injusto.

A estas consideraciones, hay que agregar que, en algunas legislaciones, incluyendo la venezolana, delitos contra la administración de justicia son parte de los delitos contra la administración pública.

Sobre este punto, hay que tener presente que la técnica legislativa no es vinculante para la elaboración doctrinaria que puede ser incluso, adversa a la decisión del legislador. No hay que preterir que la Administración Pública es una rama del Ejecutivo distinta al sistema de justicia, pues obedecen a principios, valores, materia y objetivos diferentes entre sí, asunto que no puede ser abordada más allá de su mención en esta colaboración, por lo cual debe atender esta diferencia.

²⁹ Vid., p. 9.

³⁰ Ejemplo de los delitos de infracción de deber son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro código penal con el título de "delitos contra la administración pública", en los cuales autor es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. Ramiro Salinas Siccha, *La teoría de delitos de corrupción de funcionarios*, p. 95. Otro asunto por aclarar es si el concepto o categoría de corrupción de algún modo modifica o no, el de delitos contra la administración pública.

En definitiva, la definición de un concepto debe favorecer su más clara delimitación ante otros cercanos o afines, y si en materia de corrupción administrativa se extiende en demasía su contenido, pierde utilidad y propósito clarificador, sin perjuicio de que se someta a revisiones que contribuyan a su perfeccionamiento.

5.- Corrupción y Derecho Internacional Público

5.1. -Documentos internacionales

En la esfera internacional, la legislación ha ido incorporando el problema de la corrupción, no solo por la expansión de la delincuencia organizada dentro del marco del fenómeno de la globalización, sino también por sus efectos nocivos para la salud democrática de los países, como se ve a continuación.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004) expresa en su prefacio:

“... La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana...”.³¹

La Convención, con meridiana claridad, advierte los efectos nocivos de la corrupción en lo político (democracia) y en lo jurídico (Estado de Derecho), sin distinción del grado de desarrollo de los países afectados, aunque ciertamente más deletéreos en aquellos países sin fortalezas institucionales, y pobres en su mayoría, y a los que, por lo general, se les denomina "en desarrollo":

“... Este fenómeno maligno se da en todos los países -grandes y pequeños, ricos y pobres- pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos

³¹ Conf., en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo...”³²

Prevé un importante número de figuras, tales como el soborno de funcionarios nacionales, extranjeros y de organizaciones internacionales públicas, malversación, peculado, apropiación indebida, desviación de bienes, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, soborno en el sector privado, entre otras, así como las medidas que deben adoptar los Estados para prevenir y sancionar estos hechos. Muy interesantes son sus previsiones respecto a la cooperación internacional, y la responsabilidad penal de la persona jurídica, asunto muy discutido en la doctrina penal.

Reconoce el principio de la doble incriminación cuando afirma que se considera cumplido *independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado requirente*, siempre y cuando, por supuesto, la conducta que lo constituye es delito en la legislación de ambos países (Art. 43, 2).

Anteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 1979, en Resolución 34/169, sancionó el Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuyo artículo 7 establece:

“... b. Si bien la definición de corrupción deberá estar sujeta al derecho nacional, debe entenderse que abarca tanto la comisión u omisión de un acto por parte del responsable, en el desempeño de sus funciones o con motivo de éstas, en virtud de dádivas, promesas o estímulos ilegítimos, exigidos o aceptados, como la recepción indebida de éstos, una vez realizado u omitido el acto. Debe entenderse que la expresión "acto de corrupción" anteriormente mencionada abarca la tentativa de corrupción...”³³

³² Id.

La atención legal de modo predominante se ha dirigido al medio público, el estatal, pero cada vez más recae sobre el ámbito privado, como se observa en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea que derogó la adoptada en el año 1998 (98/742). La misma establece en los dos primeros numerales de su artículo 2º, la diferencia entre corrupción activa y pasiva en el sector privado, en términos análogos a los de la corrupción del sector público³⁴

5.2. - Documentos regionales

Menos prolija que la de la ONU de 1996, la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita con ocasión de la conferencia celebrada en Caracas, delinea la corrupción en sus artículos VI, VII y IX:

“... La desviación de la función pública por un interés privado de contenido económico, por requerimiento, aceptación, ofrecimiento u otorgamiento del beneficio injusto, o por el sólo propósito de la obtención de dicho beneficio. La desviación de la función pública por la obtención de beneficio a consecuencia del aprovechamiento doloso u ocultación de bienes. La participación en cualquiera de dichos actos. El soborno internacional: ofrecimiento u otorgamiento a un funcionario de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas naturales o jurídicas, con residencia habitual en su territorio, cualquier beneficio o su promesa, para que realice u omita cualquier acto relacionado con su función y con una transacción económica o comercial...”³⁵

Con acierto comenta Fernando Fernández que sobre Venezuela recae una particular obligación moral de lucha contra la corrupción, toda vez que fue

³³ Conf., en: www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm

³⁴ "a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;

b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones." <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-81169>

³⁵ Conf. <http://www.digeca.gob.pa>

donde se elaboró y firmó esta Convención, por lo cual debe *umplir con el rol de liderazgo en la lucha anticorrupción que correspondiese con ese honor*; sin embargo, transcurrieron dieciocho años para que se legislara sobre el soborno transnacional, añade a continuación.³⁶

Por otra parte, la Convención tiene un valor que trasciende lo jurídico penal, pues convoca al fortalecimiento de aspectos éticos y administrativos, a elaborar códigos de ética e instrucciones administrativas que conduzcan a una mejor comprensión y aplicación de normas propias de la buena administración.³⁷

Se desprende de lo anterior que la corrupción administrativa se conforma alrededor del eje desviación funcional-beneficio (perseguido u obtenido). Vale decir, la subordinación del interés público, contenido en el deber funcional, al interés privado del agente, que alcanza su máxima manifestación en el enriquecimiento desproporcionado del funcionario que lo torna sospechoso del traslado de bienes públicos a su patrimonio privado, fundamento del tipo de enriquecimiento ilícito, y fuente de las denominadas leyes de extinción de dominio.

Es importante tener en cuenta que el Derecho Internacional Público, además de levantar una "mirada" punitiva respecto al fenómeno de la corrupción, este puede ser examinado a través de los lentes de los derechos humanos y colocarse en perspectiva desde la democracia. Lo jurídico y lo político estrechamente enlazados.

6. - Derechos humanos, corrupción y dignidad

El primer *Considerando* del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que junto con el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos constituye la Carta Internacional de los Derechos Humanos, proclama que la libertad, la justicia y la paz del mundo solo son realizables si su base la constituye el "reconocimiento de la dignidad

³⁶ Conf. Fernández, F. *Contra la Corrupción*, p. 172.

³⁷ Conf. Rogelio Pérez Perdomo, *La Dimensión Ética de la Convención*, p. 79.

intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"³⁸

En el ámbito regional, tenemos que en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, en 1948, se sancionó la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*, cuyo Preámbulo, en términos similares a la Declaración Universal antes citada, expresa *Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.*³⁹

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José* vincula, en su Preámbulo, el respeto a los derechos esenciales del hombre a la democracia, la libertad personal y la justicia social⁴⁰

Como se observa, estos instrumentos internacionales -pudieran agregarse muchos más- anclan los derechos que son consustanciales a la dignidad del ser humano,⁴¹ de allí que, como afirma Peces-Barba, fue en el tránsito hacia la modernidad, cuando se forma la idea de los derechos fundamentales, pues si bien en épocas anteriores estuvo presente la de dignidad humana, no fue sino en ese tránsito cuando su realización se concibe a través de los derechos fundamentales.⁴²

Según Chinchilla Herrera, en tal contexto, los derechos fundamentales alcanzan tres significaciones: 1) la que emana de la dignidad del hombre a quien son inherentes e inalienables, por lo que, si se le despoja de ellos, se rebaja su condición. Es el orden moral; 2) la del pilar sobre el cual se edifica la convivencia pacífica y justa. Es el orden político; 3) el goce de garantías reforzadas ante los poderes del Estado e, incluso, ante el poder constituyente⁴³

³⁸ Conf. Pedro Nikken, *Código de Derechos Humanos*, p. 65.

³⁹ Id., p. 111.

⁴⁰ Ib., p. 129.

⁴¹ La distinción conceptual entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos esenciales no es relevante a los fines de esta colaboración.

⁴² Conf. Gregorio Peces-Barba, *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I. Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, p. 16.

⁴³ Conf. Chinchilla, T. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, p. 70.

En el siglo XX, son de inexcusable cita la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1948 y la Constitución española de 1978. El artículo 1º de la Ley Fundamental expresa:

La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.⁴⁴

En un sentido muy similar, la Constitución española de 1978, en su artículo 10, afianza los derechos inherentes al ser humano, en su dignidad. En el mismo, se observa una triple valencia: 1) antropológico-moral: son inherentes a la dignidad de la persona; 2) político: fundamentan el orden político, es decir, la organización del ejercicio del poder político; 3) social: son la base de la paz social. Puede agregarse que, junto a los derechos fundamentales, concurren en esas funciones, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y el respeto a los derechos de los demás, vale decir, el despliegue de la potencialidad individual y la interacción respetuosa con el orden jurídico estatal, la Ley; y con los demás miembros de la comunidad, expresada en la convivencia que exige la virtud de la tolerancia, el respeto al derecho ajeno, sobre la base de la dignidad humana, fuente primaria de los derechos.⁴⁵

Así, la dignidad humana asume la condición fundadora del orden jurídico constitucional, a diferencia de otras concepciones con otro orden axiológico, como, por ejemplo, el que se extrae de la Constitución de Cádiz, cuyo artículo 4 declaraba que “... *La Nación está obligada á (sic) conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen...*”.⁴⁶

⁴⁴ <http://www.ub.edu>

⁴⁵ <https://www.boe.es>

⁴⁶ <https://www.congreso.es/es/cem/const1812>

La dignidad del ser humano debe ser entendida en la dimensión histórica y cultural del individuo, pues es en ella donde y cuando alcanza su realización. En ella, el individuo puede desplegar la complejidad de su interioridad que quedaría mutilada de no contar con un horizonte que fuere también su escenario o contexto. No es solo el reconocimiento de este horizonte y el escenario, sino que ella, la dignidad, implica también la realización de su autocomprensión por el conocimiento del ser humano de sí mismo que culmina en la concreción de su virtualidad en su interacción social.

El conocimiento y conciencia de sí mismo y su intrínseca dignidad, según experiencia y por inteligencia, condición y efecto de la dinámica colectiva que conduce al reconocimiento social en una interacción que solo es posible en el ejercicio de la libertad de y de la libertad para. Cuando el horizonte y escenario social privan al individuo de la virtualidad de su libertad, se afronta su dignidad, aunque no se mutile la posibilidad de su despliegue íntimo y personal.

En conclusión, sin el conocimiento y conciencia de sí, por experiencia e inteligencia, en ejercicio de la libertad, la dinámica social como escenario y horizonte, no hay pleno reconocimiento de la dignidad, que, por las limitaciones de la historicidad y cultura humana, también es un fin que impulsa la acción social y el desarrollo individual, por lo cual siempre es perfectible. Empero, lo dicho no significa que toda condición histórica y cultural, goce del mismo rango de plausibilidad ética y jurídica. Hay situaciones que por su fuerza destructiva sobre la dignidad humana son inaceptables.

Establecer con claridad el lindero entre las inaceptables y con las aceptables o tolerables, no es fácil ni ajeno a controversias, pues la plausibilidad de los comportamientos sociales es graduable y le pesan condiciones históricas; sin embargo, el recurso al baremo al discurso de la juridicidad y su practicidad o ejecutividad es una herramienta útil para su discernimiento.

La juridicidad de una situación es susceptible de ser valorada según cánones generalmente aceptados por la ciencia jurídica y el derecho nacional e internacional, y la ejecutividad es empíricamente determinable, con lo cual se alcanzan niveles de objetividad.

La dignidad humana es un concepto polisémico, y no es apropiado un espacio como el presente para entrar en mayores profundizaciones al respecto, so pena de desviarnos de nuestro tema; sin embargo, no puede dejar de advertirse que una revisión de su historia produce una cierta perplejidad, aun después de las declaraciones constitucionales e internacionales posteriores a la barbarie del nazismo, como dice Versperien.⁴⁷

Esta perplejidad demuestra la historicidad de la dignidad humana como concepto humano por definición, es decir ético-jurídico, lo que se capta con relativa facilidad al analizar casos susceptibles de diferente ponderación según la cultura y el momento histórico prevalecientes. Sin embargo, una hipótesis no demostrada es que la valoración de la dignidad oscila básicamente entre el eje de su composición individual y el eje de su reconocimiento social. En el primer caso, entendida básicamente como ejercicio de la autonomía de la voluntad, es decir, libertad; mientras que, en el otro supuesto, es materia de una valoración heterónoma.

En ambos casos, es innegable que la virtualidad del ser humano se realiza en la interacción, no solo consigo mismo, sino con el otro, con la alteridad, cuyas expresiones capta y formaliza el Derecho, especialmente en el modo de interacción política donde se ubica la democracia como el modo justo de relación de convivencia en la polis, que es el generalmente aceptado en el mundo contemporáneo, al menos en el área cultural occidental, entendiendo por occidental un concepto cultural, antes que espacial.

La dignidad humana asume así su condición política de convivencia, y por tanto, de matriz de los derechos que son fundamentales en la interacción del individuo como ciudadano en el ámbito de la polis, es decir, en la interacción política propiamente dicha.

El ultraje a la dignidad humana, es decir el desconocimiento y la privación del reconocimiento, ejercicio y disfrute de los derechos que le corresponden al individuo no dependen solamente del ejercicio de la fuerza bruta, del atropello físico, sino también de la erosión que sufren las relaciones del

⁴⁷ Conf. Torrealba, F. *¿Qué es la dignidad humana?*, p. 45.

ciudadano con los órganos del poder en sus distintos modos, que van desde el agravio material, hasta mecanismos más sutiles que infectan la confianza debida, cuando no el respeto que los funcionarios deben a cada miembro de la sociedad, aunque la evolución de la cultura jurídica, ante el atropello delictivo, va insertando otras manifestaciones de relaciones que se pueden comprender con el término común de "relaciones de poder", que incluyen los ilícitos perpetrados entre y por particulares en detrimento de la regularidad de las relaciones intersubjetivas y políticas. En tanto que la corrupción expresa un ejercicio abusivo de una relación poder - pública o privada -, en esa misma medida se desmejora la dignidad del otro, pues no se le reconoce el ejercicio pleno de sus derechos.

El ser humano convive con otros en el ámbito de la polis, y esa convivencia se canaliza a través de los modos democráticos del ejercicio del poder sea con los órganos del poder del Estado o con todos aquellos que aun no siendo estatales, significan y ejercen un estatus de poder que si se ejerce abusivamente, rompe el equilibrio que el Derecho propone.

Por esta razón la corrupción afecta el orden de relaciones, con el Estado y fuera de él, tanto en su forma, como en el contenido ético-político que las constituye, y que en el ejercicio del poder político, se articulan en la democracia, como derecho y forma cultural de convivencia y de realización de las potencialidades existenciales de cada ser humano.

La atención progresiva que los instrumentos jurídicos internacionales prestan a la corrupción demuestra que ella trasciende las interacciones de los nacionales entre sí, para adquirir una significación más dilatada.

7. - Democracia y derechos humanos

Documentos internacionales vienen reconociendo la democracia como un derecho fundamental, y cada vez con más incisión.

Demostrativo de lo dicho es la Carta Democrática Interamericana que otorga un expreso reconocimiento al valor fundamental de la democracia, sobre todo en sus primeros dispositivos:

“... Artículo 1. Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2. El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos...”⁴⁸

Al comentarla, Humberto de la Calle expresa:

“... La Carta es un hito en la historia democrática del hemisferio. En primer término, en lo político implica un serio compromiso de los gobernantes con la democracia, no ya en su versión minimalista electoral, sino con un concepto amplio que toca todos los aspectos de la dignidad humana como eje central de su concepción. En lo histórico, recoge y proyecta los antecedentes que le han servido de guía, desde la letra de la propia Carta de la OEA hasta las manifestaciones relacionadas con el compromiso de Santiago. En lo sociológico, la Carta expresa una realidad profunda: los pueblos de América sienten que tienen derecho a la democracia aunque

⁴⁸ Organización de Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana: Documentos e interpretaciones: http://www.oas.org/oaspage/eng/documents/book_cartademo_spa.htm, p. 8.

haya quienes piensen que "su" democracia no ha contribuido momentáneamente a resolver los problemas de pan coger. Y, por fin, en lo jurídico, aunque se trata de una Resolución y no de un Tratado, es claro que no es una Resolución cualquiera porque fue expedida como herramienta de actualización e interpretación de la Carta fundacional de la OEA, dentro del espíritu del desarrollo progresivo del derecho internacional...".⁴⁹

A nuestros fines, interesa destacar algunos de sus aspectos como un derecho colectivo: es un derecho de los pueblos de América y es esencial para su *desarrollo social, político y económico*, que no puede negar sino por el contrario, hacer posible o facilitar el de los individuos que los constituyen.

Desde un punto de vista político, la Carta declara que la sustentación de la democracia proviene de Estado de Derecho y sus regímenes constitucionales, lo que su vez descansa en el ejercicio "efectivo" de la democracia representativa, cuyo reforzamiento, que no sustitución, procede de la participación *permanente, ética y responsable* de los ciudadanos en el marco de la legalidad, según su marco constitucional.

En pocas palabras, la dimensión política de la democracia se asocia a la forma jurídica de la democracia representativa reforzada con la participación ciudadana mediante los canales legales que la Constitución garantiza.

Desde el punto de vista jurídico, la democracia consiste en el respeto *los derechos humanos y las libertades fundamentales*; la sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas como vía de acceso al poder, así como el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos fundamentales, que entran así en razonable equilibrio con los mecanismos de acceso y ejercicio del poder político: elecciones libres y justas, pluralidad política, separación e independencia de poderes.

En la arista ético-jurídica, la Carta introduce distintos factores de contenido ético-político en la gestión de la cosa pública, como un componente esencial

⁴⁹ Id., p. viii.

del ejercicio de la democracia: transparencia, probidad, responsabilidad, respeto a los derechos sociales, la libertad de expresión y de prensa. Desde la arista jurídica organizacional del Estado, el sometimiento de las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida, y el acatamiento de los valores, principios y normas del Estado de Derecho.

En definitiva, la democracia no se entiende en un sentido puramente formal o procedimental de decisión política, sino que se la dota de un contenido sustantivo, e incluso en su trámite de realización. En lo primero, el respeto a los derechos fundamentales, la probidad administrativa y la sujeción al Estado de Derecho.

Por tanto, la democracia es un derecho colectivo -de los pueblos- que a su vez contiene, como garantía de su ejercicio, el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es un derecho que se contiene a sí mismo en una doble expresión: subjetiva y política.

La corrupción, como hemos visto, atenta contra los derechos fundamentales en la relación del individuo en sociedad, que subraya la dimensión subjetiva del derecho; mas, también afecta la relación con el ejercicio del poder que subraya su dimensión política.

8. - Democracia y corrupción

Aceptado que la democracia es más que un procedimiento de decisión, sino un modo de ser y de coexistir con un sentido ético-político, entonces, hay que añadir que ese sentido lo traza el Derecho, sobre todo en cuanto informa y articula el Estado, cuya organización fija directrices a la convivencia en sociedad. Como ha escrito Manuel Aragón:

“... La característica genuina, es decir la nota definitoria del Estado constitucional como forma política histórica, no es solo la limitación del poder mediante el derecho, sino, sobre todo, el sentido de esa limitación, o dicho con otras palabras, el fin a cuyo servicio la limitación se establece: la garantía de la libertad...”⁵⁰

⁵⁰ Conf. Aragón, M. “Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, p. 217.

Por tanto, la democracia tiene la función esencial de garantizar la libertad. Vista así, se alcanza una perspectiva más cercana a los derechos fundamentales que aquella de la Carta Interamericana, sin que ambas se excluyan entre sí, pues al fin y al cabo se concentran en el Estado de Derecho.

Con palabras dignas de evocación, Ferrajoli advierte que la democracia está constituida por dos elementos básicos: su capacidad de representar la mayoría y expresar su voluntad, y en segundo lugar "la sujeción a la ley de los poderes públicos, el control de la legalidad de sus actuaciones y su funcionalización a la tutela y a la satisfacción de los derechos constitucionalmente garantizados." De este modo corresponde a los paradigmas de la democracia representativa y al Estado Constitucional de Derecho, entendido este último como un sistema de vínculos que se le imponen a la democracia en garantía de los derechos fundamentales⁵¹

En la medida en que la corrupción enerva el sistema de garantías porque erosiona su imparcialidad y objetividad en la creación y aplicación de las normas jurídicas, para referirme solo al mundo de los preceptos, el ciudadano ve mermada sus expectativas de un trato justo en la solución de sus conflictos, lo que ocurre, según Ferrajoli, en el "Estado clandestino", es decir, aquel que está oculto, con sus propios códigos, que contraría los principios de la democracia política y el Estado de Derecho, tales como publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos⁵²

Este Estado oculto detrás de la fachada de la legalidad del Estado asume o controla el poder que *prima facie* ejerce el Estado aparente. Este es uno de los mecanismos de que se vale la corrupción en su escalada progresiva hacia el control total del poder político que es, casi siempre, su objetivo último, y al que, "entretanto", va debilitando con la penetración a las instituciones que lo representan y sobre todo, apaciguando la voluntad del autoconocimiento individual, condición de su libertad, pues como dice Peces-Barba, citado por Bidart:

⁵¹ Conf. Ferrajoli, L. *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, p. 16.

⁵² Id.

"... La libertad será el concepto clave, dentro de la filosofía de los derechos humanos, para explicar la necesidad de un ámbito de autonomía del hombre en la sociedad, y de un límite a los poderes externos a él, especialmente al poder del Estado..."⁵³

El contenido ético de la democracia resulta ultrajado por la corrupción, daño mucho mayor que el que se infiere al desarrollo económico y progreso de la sociedad, pues es un perjuicio de tipo cultural que es erosivo de los valores que sustenta la convivencia democrática del individuo en la polis y que incluso, en algunos casos, erosiona su autoconocimiento por sentimiento e inteligencia. Es decir, lo pervierte. Su reconstrucción no es nada fácil cuando la población ha perdido el disfrute de su libertad por largo tiempo y, con ello, el sentido de responsabilidad y ha adquirido hábitos perversos de coexistencia social.

La corrupción además de ultrajar la dignidad humana y al Estado de Derecho y las formas de interacción social, violenta el principio de igualdad, como lo destaca el catedrático español Javier García Espinosa en un artículo publicado el 29 de marzo de 2008, de innegable vigencia:

“... El fenómeno de la corrupción (ya sea en forma de tráfico de influencias, o en forma de obtención de favores ilícitos a cambio de dinero u otros favores) constituye una vulneración de los derechos humanos por cuanto que generalmente entraña una violación del derecho a la igualdad ante la ley y en ocasiones, llega a suponer una vulneración de los principios democráticos, conduciendo a la sustitución del interés público por el interés privado de quienes se corrompen...”⁵⁴

La evidencia teórica del efecto de la corrupción sobre el Estado de Derecho y la democracia es palpable, sin embargo, en cuanto hecho empírico requiere una demostración que excede las competencias de quien suscribe y, por supuesto, de los límites y objetivos de este trabajo. En el caso venezolano, es una tarea intelectual por hacerse.

⁵³ Conf. Bidart, G. *Teoría general de los derechos humanos*, p. 49.

⁵⁴ <http://www.derechoshumanos.net/corrupcion/1-corrupcion.htm> El mundo.es España. 29/3/08.

9. - Conclusiones

Definir un concepto de suyo plurisemántico y un fenómeno de múltiples manifestaciones y que abarca distintos campos de la interacción humana, no es una tarea fácil, aunque tampoco estéril, pues contribuye a la clarificación de ideas que sustentan la interacción y el desarrollo individual y hace posible la certeza y la seguridad que un sistema jurídico liberal y respetuoso de los derechos fundamentales debe ofrecer al ser humano, en cuanto sujeto portador de dignidad.

Proponer, a fin de instar nuevos procesos reflexivos y críticos, que los delitos de corrupción administrativa son fundamentalmente de infracción de deber funcionariales o correlativos que lesiona la correcta administración pública, no agota, en principio, la amplia gama de hechos punibles, y además, requiere de aclaratorias que disipen las preguntas que suscita, pero puede ser un punto de partida para elaboraciones más refinadas

Por otra parte, quizás no es poco lo que se puede añadir a lo antes expresado en cuanto la regulación jurídica nacional e internacional en materia de corrupción, así como al reconocimiento que empieza a alcanzar el derecho a la democracia; sin embargo, aún no se cuenta con tratados expresos, ni mucho menos con normas de procesamiento, salvo las previsiones de la Justicia Penal Internacional, específicamente el Estatuto de Roma; pero, lo cierto es que este último no prevé explícitamente el menoscabo de la forma democrática de la convivencia social, aunque los hechos que esboza resultan de la vulnerabilidad de la democracia por el ejercicio del poder; pero, existen otras formas más sofisticadas de vulneración a la democracia que escapan a las previsiones del Estatuto, seguramente porque su propósito no fue tanto la protección a la democracia y la sanción de sus distintas maneras intolerables de vulneración de derechos subjetivos.

En definitiva, la corrupción no solo menoscaba la democracia y el Estado de Derecho, sino que también afronta la dignidad del ser humano.

Referencias bibliográficas

- Aragón, M. (2000). "Constitución y Derechos Fundamentales". En: *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. Miguel Carbonell. Compilador México. Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ballén, R. (1997). "La corrupción política." En: Bejarano A., Jesús Antonio: *Narcotráfico, Política y Corrupción*. Santa Fe de Bogotá, Temis S.A.
- Barbero, M. (1997). "La Corrupción en España." En: *Narcotráfico, Política y Corrupción*, Jesús Antonio Bejarano et al. Santa Fe de Bogotá, Temis S.A.
- Bejarano A., Jesús Antonio et al. (1997). *Narcotráfico, Política y Corrupción*. Santa Fe de Bogotá, Temis S.A.
- Bidart, G. (1991). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires. Astrea.
- Brussin, O. (1959). *El pensamiento jurídico*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. Breviarios de Derecho. 18.
- Cárdenas, M. (1998). *Corrupción, Crimen y Justicia. Una perspectiva económica*. Trabajos presentados en la reunión anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Economía (LACEA), Santafé de Bogotá, Editores Tercer Mundo.
- Chinchilla, T. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Santa Fe de Bogotá. Temis.
- Consejo Unión Europea: Decisión marco 2003/568/JAI. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-81169>. Consultado 7-4-2023.
- Constitución de Cádiz. <https://www.congreso.es/es/cem/const1812>. Consultado 9-4-2023.
- Convención Americana con la Corrupción: <http://www.digeca.gob.pa> Consultado el 14-10-17
- Corvo Rivas, E. *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*. www.tiempo.uc.edu.ve/tu389/p8y9/p8y9.htm. Consultado el 7-4-2023.
- De la Calle, H. http://www.oas.org/oaspage/eng/documents/book_cartademo_spa.htm. Consultado 15-10-17.
- Fernández, F. (2016). *Contra la Corrupción*. Caracas. Livrosca.
- Ferrajoli, L. (1996). "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad." En: *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibáñez, editor. Madrid. Trotta.
- García, J. (29-3-2008). <http://www.derechoshumanos.net/corrupcion/1-corrupcion.htm>. El mundo.es España. 29 3 08. Consultado el 14-10-17.

- Haro, J. (2003). “La Ley contra la Corrupción. Marco Constitucional. Principios Fundamentales, Sanciones Administrativas y Responsabilidad Administrativa.” En: *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*: Alberto Arteaga Sánchez, Freddy José Díaz Chacón, Beltrán Haddad, José Vicente Haro, Carlos Moreno Brandt. Valencia, Vadell Hermanos Editores C.A.
- López, J. *Corrupción y Cambio* (1998) México, Fondo de Cultura Económica, Vida y Pensamiento de México.
- Nikken, P. (2008). *Código de Derechos Humanos*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. U.C.V. Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. Colección Textos Legislativos. N° 12. 2da edición, 1a Reimpresión.
- Organización de Estados Americanos (2003): Carta Democrática Interamericana: Documentos e interpretaciones: http://www.oas.org/oaspage/eng/documents/book_cartademo_spa.htm. Consultado 15-10-17.
- Organización de las Naciones Unidas. Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm.
- _____. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Consultado 8-4-2023.
- Peces-Barba, G. (2003). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI Y XVIII*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykison S.L.
- Pérez, R. (1997). “La dimensión ética de la Convención.” En: *Perspectiva y Proyecciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Caracas. Copre (Comisión Presidencial para la Reforma del Estado). Konrad Adenauer Stiftung. Editor Humberto Njaim.
- Real Academia Española. Diccionario <https://dle.rae.es/corrupti%C3%B3n?m=form>. Consultado el 11-4-2022.
- Reino de España: Constitución de 1978. <https://www.boe.es> >. Consultado 8-4-2023.
- República Bolivariana de Venezuela: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453, 24-3-2000
- _____. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley contra la corrupción. Gaceta Oficial N° 6.155 Extraordinario. 19-II-2014.

- _____ Reforma al Decreto con rango, valor y fuerza de ley contra la corrupción. Gaceta Oficial del 2 de mayo de 2022, No. 6699 Extraordinario. República Federal de Alemania: Ley Fundamental. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2003-81169>. Consultado 7-4-2023.
- Salinas, R. (2016). “Problemas actuales de política criminal.” Anuario de Derecho Penal 2015-2016 (93-126). <https://perso.unifr.ch/assets/files/anuario>. Consultado 8-4-2023.
- Thierry, J. (1997). “La Corrupción en Francia.” En: Bejarano *Narcotráfico, Política y Corrupción*. Santa Fe de Bogotá, Temis S.A.
- Torralba, F. (2005). *¿Qué es la dignidad humana?* Herder. Madrid