

ESTUDIO INTRODUCTORIO: CORRUPCIÓN Y MARCO INSTITUCIONAL

SUMARIO

1. Introducción. 2. Lastre colonial 3. Estado patrimonialista republicano 4. Sultanismo. 5. Estado clientelista 6. Estado regulador. 7. Débil marco institucional. 8. Costo de la desconfianza. 9. ¿Se puede vencer a la corrupción? 10. Conclusiones.

1. 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes males de la historia nacional es la corrupción. No nos circunscribimos solo a una etapa como suele suceder en el análisis coyuntural sino a aquel fenómeno que arrastramos como un lastre virreinal y que se remonta a la época de los corregidores. En realidad, detrás del problema existe un pacto político implícito que define la corrupción de funcionarios como un fenómeno histórico y, como tal, una fotografía del momento que se convierte finalmente en una línea visible en la historia. El “borrón y cuenta nueva” o asumir que el soborno es una práctica de pequeños funcionarios que no se puede abordar sino por el tipo penal adecuado permite que todo el problema se reduzca a un asunto criminal o a una dinámica de acción y reacción. En esa línea, las constituciones peruanas no han tocado la problemática en ninguno de sus títulos sino a partir de la tarea de control presupuestal (tema de reciente data encargado a la Contraloría General de la República o a las tareas del control y fiscalización parlamentarios). Si la visión jurídica de la materia se reduce a una reacción ex post del Derecho a partir de la acción fiscal del Parlamento y del sistema de justicia es que hemos entendido muy poco del problema desde su vertiente social y cultural histórica. La corrupción se instala fácilmente en un sistema que no la previene porque no

la prevé o la tolera. La falta de previsión se observa durante los tiempos de los corregimientos, pero la tolerancia es una posición significativa de la indolencia republicana. Alfonso Quiróz abordó el tema con suficiencia en un libro que nos sirve para un panorama completo, pero vale algunas observaciones. El autor se refería a la corrupción inicial en los siguientes términos:

“Los abusos comenzaban con el cobro del tributo a los indios por parte de los corregidores. En manos de estos funcionarios el flujo de los ingresos provenientes del tributo indígena brindaba amplias oportunidades para la malversación y los abusos” (Quiróz, 2013, p. 67).

Lo que hay que considerar es que los corregidores no estaban considerados, en principio, dentro del presupuesto asignado, lo que no justifica ni reduce la significación de sus actos, pero ya nos vislumbra un incipiente marco institucional creado desde el poder y centrado en intereses tales que cubrir vacíos institucionales o desincentivar los actos corruptos no estaban en la agenda. El objeto de la colonia era, al margen de los alcances religiosos, cubrir las arcas monárquicas. Lo que hicieran los funcionarios no eran de la incumbencia de autoridades que buscaban el provecho propio en tierra virgen. Más adelante, los borbones modernizarían el sistema quebrando el viejo andamiaje con las intendencias, un mecanismo correlativo para impedir el libre arbitrio de los españoles para la explotación de los indios y la corrupción.

Pero volvamos a Quiróz para tener una visión más íntegra del mecanismo de apropiación inicial de los funcionarios.

“Para incrementar sus ingresos, los corregidores practicaban la doble contabilidad con la complicidad de caciques y curas. Los corregidores reportaban oficialmente un menor número de indios contribuyentes y se apropiaban de la diferencia entre el monto del tributo cobrado y el oficialmente declarado” (Quiróz, 2013, p. 67).

Según Quiróz existe una relación entre la corrupción histórica y el subdesarrollo. Quizás, en nuestro análisis, pueda ser un factor adicional, predominando siempre como factor esencial el modelo económico mercantilista y su secuencia de corrupción en la cadena de relaciones entre los privados y los funcionarios o el Estado español. Pero no se trata de establecer vinculaciones entre desarrollo y mercantilismo sino de comprender el fenómeno desde la debilidad del Derecho. El mercantilismo, entendido como un sistema de mayor injerencia del Estado en la economía significó a su vez que las buenas relaciones o la cortesanía prevalecieran a un sistema germinal de mercado. En todo caso, coadyuvó a la corrupción y mala institucionalidad pese al carácter moderno (según los estándares

de la época) del Estado monárquico español. El análisis sirve para todos los dominios españoles en América. Cárdenas abunda en el tema:

“En la nueva España, el rey ejercía el control de sus vasallos a través de una extensa red de instancias burocráticas formadas por el Ejército de funcionarios con facultades delegadas, que abarcaba desde el Virrey y la Audiencia hasta los alcaldes de los pueblos. En una estructura semejante, la adquisición y conservación de cargos en la Administración Pública dependía de la reputación y de las buenas relaciones con la Corte. Por eso la búsqueda de favores multiplicó las cadenas de patronazgo y clientelismo...” (Cárdenas, 2006).

Si es una dinámica conocida a la actual es porque una línea sin corte republicano real siguió rigiendo. La independencia es una separación, pero no necesariamente una revolución republicana y liberal de las estructuras. No es extraño que, por tal, el Perú tuviera su primer Código Civil, la norma de convivencia privada, cincuenta años después de la independencia y que las constituciones como supremas leyes hayan sido más semánticas o nominativas que reales, prevaleciendo el voluntarismo del funcionario.

Allí donde el marco institucional o la trama de reglas que reducen el Estado y los márgenes de maniobra del funcionario son frágiles, mal planteados o escasos, existirían mayores posibilidades para que la discrecionalidad burocrática se imponga a las normas. El funcionario empieza a asumir que su decisión tiene supremacía sobre las reglas, por tal las acomoda, las elude y, finalmente, se aprovecha de los huecos institucionales para obtener una ventaja. Sin un análisis de hechos tan remotos, el libre movimiento de Vladimiro Montesinos en los 90 se debió a que un vacío institucional le permitía tener un poder a la sombra, no fiscalizable y con márgenes de maniobra para controlar caudales públicos de los que disponía a su antojo a modo de una contabilidad oculta y paralela o disfrazada de rubros inespecíficos. Podríamos presumir que en las dictaduras militares previas, desde los viejos caudillismos hasta el régimen militar de los 60-70 el libre arbitrio de los generales y coroneles (tramando aún debajo de esa escala) les permitía acceso a recursos públicos. La diferencia con los nuevos tiempos es que en aquellas épocas no existían mecanismos de interceptación de llamadas ni cámaras espías, ni aún una prensa libre que investigara o una opinión pública con los mecanismos de difusión y protesta de los que se dispone actualmente (redes sociales).

Por tales motivos la corrupción no es un fenómeno novedoso, una situación que irrumpe, sino una realidad siempre viva, pero subyacente. De allí que se hablara mucho de ella, pero no se concibieran los mecanismos complejos de un sistema anticorrupción.

2. LASTRE COLONIAL

La república nació en el marco de la revolución norteamericana y francesa, es decir, bajo los ideales de la Ilustración. La separación de poderes, por un lado; y la libertad, individual por el otro, debieron configurar un Derecho sólido y eficiente, más que aquel que lo precedió en muchos tramos sin cumplirse durante los tiempos coloniales. Los virreyes recibían las leyes de indias bajo la reserva informal y, a la vez, mordaz: “se acata pero no se cumple”. Muchas de esas leyes que, precisamente estaban destinadas a no ser efectivas se mantuvieron durante la vida republicana, pasmada en sus propias guerras para desmontar rápidamente el aparato jurídico colonial.

La debilidad institucional heredada de aquella vieja sentencia tuvo impacto en un primer tramo de la república. Se dice que el virrey levantaba la Real Cédula sobre su cabeza mascullando la frase “Se acata, pero no se cumple”. Este hábito rigió en toda América española. En Lima, a esos decretos suspendidos se les llamaba burlonamente “hostias sin consagrar”. El respeto y la frágil vigencia del Derecho eran propicios para crear un sistema de reglas no escritas, pero sí bastante convenientes para los fines particulares.

La lejanía del rey produjo una red de protección interna para los abusos que ni el primer virrey en el Perú pudo cortar. En 1544 Carlos V no pudo contener el apetito de los colonizadores con las nuevas leyes, pues los encomenderos no estaban dispuestos a ceder la supresión de los repartimientos ni a limitar la explotación de la población indígena. El primer Derecho en América Latina y en el Perú fue la norma calicleana¹, la ley de la fuerza. Gonzalo Pizarro no reconoció la autoridad virrenal y asumió el poder con la anuencia de la Real Audiencia. La voluntad de poder sometió la facultad de los jueces. Dos siglos más tarde nada había cambiado, tanto así que cuando el Virrey Amat comunicó la vigencia de una nueva ley desfavorable para corregidores, la acató y no la mandó cumplir. Tras la ceremonia, permitió que el sistema de sobornos continuara. El monarca, desde la metrópoli, no pudo contener la corrupción colonial, desbordante y afianzada en el incumplimiento del Derecho. La situación era siempre tendenciosa contra el reglaje en América española.

“Inicialmente, el sueldo de los Corregidores se convertía en algunos bienes – comestibles, trabajo– que los indios de su jurisdicción les aportaban. Bienes que se convirtieron luego en una parte de los tributos que dichos indios pagaban; aunque, para evitar abusos, pronto el salario fue pagado por la Real Hacienda. Por

1 Calicles es un personaje de Platón que interviene en su diálogo magistral en el Gorgias. En este diálogo, Calicles defiende el derecho natural, vinculándola a la potestad que concede ser el más fuerte, en contravención a las normas que protegen a los más débiles del tejido social.

supuesto, siempre les pareció escaso; pero, más que en su salario, el Corregidor cifraba sus intereses económicos en los múltiples negocios que, aprovechándose de su cargo, tenían al alcance de la mano. Dependiendo de su autoridad la mayor parte del comercio –si no todo– en su distrito, aprendieron pronto a cómo fijar precios ventajosos para ellos, y a cómo realizar pingües cohechos, sobornos y monopolios” (Muñoz, 2007).

Esto es, el Perú no nació marcado por el fetichismo constitucional de los estadounidenses ni por una línea de principios jurídicos básicos e inamovibles salvo enmiendas o mutación natural sino bajo el reinado de lo fáctico. Los hechos hacían el Derecho y cada Constitución Política que nacía de aquellos hechos imprevisibles y violentos era fundacional. Por un lado, regía el acto político como regla inicial y, por otro, la Constitución a la medida del caudillo. Iniciar, cerrar e iniciar un nuevo ciclo del poder implicaba el acomodo del Derecho a las nuevas vertientes políticas y funcionariales, por tanto la agregación de normas no eran siempre coherentes y el sistema jurídico respondía más a la necesidad de garantizar el poder y las ventajas que el entorno lograba que a regularlo o controlarlo. Si bien Locke y Jefferson, pero especialmente los filósofos franceses fueron los artífices ideológicos de la independencia, en el Perú se careció de Padres Fundadores. La banda presidencial se disputaba en los campos de batalla y el Derecho era el hecho político extendido en papel sellado (Chirinos, 1977).

Así nació el sistema jurídico nacional en medio de la anarquía y una cultura que reducía el Derecho a un juego de intereses del poder burocrático. Si bien puede parecer una posición ideológica perspectivista equivalente a la del marxismo, este análisis se centra en las condiciones históricas bajo las cuales se configuraron las pautas jurídicas republicanas para comprender cómo las pautas se repiten bajo diversas formas, siempre eludiendo la norma neutral. Se ha mencionado el lobby como una gestión legal, pero detrás de él existe una dinámica que fortalece el modelo colonial, contrario al esquema liberal en el que el Estado no responde a intereses específicos sino a la unívoca necesidad nacional. En un Estado liberal republicano genuino el lobby sería inadmisibles, pero ese Estado no existe ni aun en las naciones desarrolladas institucionalmente. El juicio crítico se dirige hacia los movimientos de piezas dentro del poder, al margen de cualquier consideración de clase, tema que nunca explicará el fenómeno corrupto dentro de la historia nacional.

El tema del Derecho, los lobbys, el poder y la corrupción, estrechamente vinculados, importan para entender que la corrupción ocupa los espacios que las normas no ocupan de manera neutral y simplificada, y que, tanto la fragilidad del sistema jurídico como la abundancia de leyes y reglamentos, aunque parezca una paradoja, definen cuan corrupto puede llegar a ser el Estado. Una telaraña de cargas jurídicas generadas por un creador de normas sin control ni dominio

de la ley, terminará construyendo un enrevesado y complejo marco normativo, abundante en procedimientos, de tal manera que el ciudadano prefiera ahorrar los costos de seguir la norma, pagando al funcionario y saltando pasos. Este proceso ocurre también a mayor escala a través del favoritismo o la ayuda que el gobierno proporciona a su propia clientela. El cohecho está definido por la circunstancia de dos actores. Por un lado, el ciudadano administrado que pretende validar su propio derecho a través de un trámite estatal y, por otro, el funcionario recargado que ve en la oferta o en su propia propuesta la oportunidad de acelerar los procesos y, fundamentalmente, ganar en su patrimonio. Cuando no es la ilegalidad es la informalidad. El ciudadano ahorrará el costo de transar con el Estado optando por la no legalidad, que no es lo mismo que la ilegalidad. Quizás en un país más formal, pero complejo normativamente, la corrupción sea el juego cotidiano, aunque ya no solo a nivel de elites.

El mercantilismo tiene esa misma esencia, solo que para obtener réditos, el privado prefiere establecer buenas relaciones con el Estado y sus funcionarios o allegados que competir cuando la ley no exima de esa competencia. Así, la eficacia o la calidad son sustituidas por las relaciones públicas. Aplicamos este concepto no solo al servicio al Estado sino también a los contratos de obras o alianzas que se puedan generar.

Desde 1821 hasta la actualidad si es que evaluamos el comportamiento de los últimos gobiernos del siglo XX y XXI, el Estado peruano no ha logrado avanzar hacia el republicanismo liberal y hacia un Derecho sólido y un marco institucional coherente, pues por encima de las estructuras jurídicas se han logrado imponer grandes dosis de patrimonialismo, clientelismo, sultanismo y mercantilismo que han abierto las puertas a las prácticas corruptas como si estas devinieran fácilmente del deficiente diseño institucional.

La Independencia debió marcar una línea de ruptura, pero ella misma recurrió a los artilugios de los encomenderos y los corregidores.

En la república la burla al Derecho o su inexistencia como mecanismo de control ya se observa en algunas prácticas que describe Bernardo Monteagudo (Monteagudo, 1823, p. 3) durante la independencia, cuando los líderes, caudillos y militares libertadores abusaron de las expropiaciones, las corruptelas y los créditos y nada menos que en nombre de la causa emancipadora. Estas expoliaciones se repetían en las provincias. Bolívar no fue ajeno a estas prácticas y aunque pueda herir susceptibilidades también no fue ajeno José Faustino Sánchez Carrión (Quiróz, 2013, p. 110), quien “recibió varias recompensas por sus fieles servicios...” Bolívar, siempre de paso y al margen de la Constitución Vitalicia (1826), la más corta de nuestras Cartas irónicamente, fue recompensado con un millón de pesos cuando

el Perú vivía una gran penuria fiscal (Basadre, 1968). El patrimonio público pasaba fácilmente y sin respaldo del Derecho al terreno privado.

Quiróz cita el Expediente promovido por Jerónimo Pareja contra Juan Delgado sobre injurias y atropellos (Lima, 1821-1822):

“En provincias, los oficiales locales repetían los abusos de poder y las expropiaciones cometidas a nombre de la causa patriota. En octubre de 1821, el capitán Juan Delgado, comandante militar y teniente gobernador de Sayán en la provincia de Chancay, fue acusado de opresión y de efectuar extracciones ilegales para enriquecerse a costa de la población local y del Estado” (2013, p. 109).

En cierta forma, la independencia solo fue separación, pero no revolución; desgaje, pero no cambio de reglas esenciales. Los encomenderos y corregidores adquirieron nuevos rostros y formas de vestir.

3. ESTADO PATRIMONIALISTA “REPUBLICANO”

El patrimonialismo no distingue entre los límites de lo público y lo privado. El funcionario se siente propietario de los bienes públicos. Si bien es una práctica del monarquismo absolutista, enraíza en muchas de las prácticas del Estado actual pese a sus controles institucionales. Un caso que ejemplifica el patrimonialismo que los vacíos institucionales permiten es el de Vladimiro Montesinos quien dispuso del quehacer institucional según sus propios fines o el de casos más recientes que aún aguardan una resolución de la justicia o de otros que, probablemente, no lleguen siquiera a los despachos fiscales porque son tramados a la sombra como acuerdos dentro de los círculos del poder. Hipótesis o realidad, solo la justicia podría revelarlo. Lo hemos abordado inicialmente sin sorpresa, pues la corrupción es un fenómeno persistente, a la luz o a la sombra, impune o descubierta. Muchos altos funcionarios, disfrazando las partidas, disponen de los fondos públicos como patrimonio propio y promueven a partir de su uso la informalidad y la apropiación dentro del Estado.

Jorge Basadre sostiene que el Estado peruano ya independiente no detuvo la práctica del patrimonialismo del imperio español, sino que la continuó bajo nuevos esquemas. Su explicación se sustenta en que el Perú no había constituido un genuino Estado de derecho sino un “Estado empírico”.

“El Estado empírico quiere decir el Estado inauténtico, frágil, corroído por impurezas y por anomalías. Es el Estado con un Presidente inestable, con elecciones a veces amañadas, con un Congreso de origen discutible y poco eficaz en su acción, con democracia falsa. Estado empírico quiere decir, asimismo, que en él no abundan

como debieran las gentes capaces y bien preparadas para la función que les corresponde ejercer en la administración y que no hay garantías para formar esos cuadros o para permitirles actuar. Estado empírico hasta llegar a lo increíble era el que había despilfarrado millones locamente en la época de las consignaciones y luego en la época de los grandes empréstitos para desembocar en la bancarrota” (Basadre, 1968).

El Estado, especialmente en tiempos autoritarios, es regido a través de los dones y la buena o mala voluntad del gobernante y sus funcionarios, mas no por las leyes y las reglas que controlan su actuación. El Presidente Oscar R. Benavides solía jactarse de su patrimonialismo cuando advertía que para “sus amigos todo, pero para los demás la ley”. La institucionalidad y la neutralidad del Derecho siempre por detrás. Es tal la discrecionalidad del funcionario y más aún en los regímenes dictatoriales que el patrimonio estatal no es público sino privado, a cargo y disposición de los funcionarios públicos. El Presidente Riva Agüero presionó al Congreso para obtener fondos ya destinados a su favor, una manera de compensar su gestión pese a que no se constata su participación en campos de batalla. Gutiérrez de la Fuente explica sobre esa base sus razones para deponer al militar (Márquez, 1888).

Quiróz refiere que Agustín Gamarra, ya en 1830, abusó de su poder gubernamental y envió a La Fuente (como se desprende de diversas cartas entre ambos personajes) a las provincias del sur para recaudar fondos para la causa de Gamarra.

“La Fuente informó a Gamarra de la resistencia de los prefectos a rendir las sumas de impuestos y donativos forzosos tan dolorosamente extraídos de hacendados, comerciantes, templos y campesinado indígena” (2013, p. 122).

La historia republicana inicial registra diversos escándalos como señal de esta corriente: los papeles de la deuda interna que comprometió en el siglo XIX al gobierno de Rufino Echenique, la corruptela de los consignatarios del guano, el escándalo de los ferrocarriles y la Grace, el caso de La Brea y Pariñas (1911), el despilfarro del oncenio de Leguía y otros. Sin embargo, pese a la indignación ciudadana, rigió la impunidad. La actualidad parece mostrar más severidad, en tanto inusualmente existen gobernantes con serios problemas con la justicia. Es un avance, pese a lo que significa desde una visión crítica de la escena política. El patrimonialismo llevado al extremo es el sultanismo, que es un símil más o menos morigerado del gobierno del sultán otomano. El sultán tiene un poder desmesurado, al punto que dispone de la vida y hacienda de sus súbditos con absoluta libertad. En un régimen de este tipo no existen derechos individuales, sino que impera la voluntad arbitraria del jefe de turno. Si bien el análisis no es aplicable al Estado democrático actual y aún los últimos gobiernos dictatoriales tuvieron márgenes de acción limitados en la perspectiva de no alcanzar el linde de lo totalitario absolutista, vale para señalar un rasgo tendencioso de los

gobernantes sin controles democráticos, que disfrazan sus maniobras con papel sellado y aparente respeto a la Constitución.

En el Estado patrimonialista con algunos resabios de sultanismo, como ha sido el caso, especialmente, de diversos gobiernos autoritarios, desde el Mariscal Gamarra en el siglo XIX hasta fines del siglo XX se permite la privatización ilegal de lo público, la apropiación de las arcas estatales por parte de los funcionarios con poder. La corrupción se convierte en una característica visible del Estado republicano patrimonialista que la facilita. Una cláusula extemporánea en un contrato entre el Estado y un privado, aún con firma y sello legal puede constituir una manera de saltarse la valla. El libre arbitrio bajo signos patrimonialistas puede vestirse actualmente de legalidad. Una promulgación o un decreto parecen darle legalidad a un acto que esconde alguna ventaja indebida. Lo que otrora no se escribía en el papel, puede hoy adquirir la formalidad que le permite pasar desapercibido y hasta ganar una aparente legitimidad.

Hemos observado en un primer tramo que el Estado patrimonialista que rigió durante grandes tramos de la vida republicana tiene su origen en la colonia, cuando los funcionarios reales eran convertidos en propietarios virtuales de los bienes que administraban en favor del Rey. Todos los españoles en el Perú, los propios criollos y todos los actores sociales (Clero, los miembros de la Inquisición y del Tribunal de comercio colonial, los corregidores y demás funcionarios), consideraban que sus obligaciones públicas eran en realidad derechos privados. El viaje de la conquista tuvo fines ulteriores que poca relación tenían con la evangelización del nuevo mundo, servían más a los intereses de poder y oro de los viajeros. Una suerte de analogía puede diseñarse con el salvaje avance de los pioneros norteamericanos hacia el Oeste lejano. Los “servidores” se creían dueños del Estado colonial y por extensión, de los indios y de las tierras. El Derecho era, por tanto, las reglas del interés privado que administraba el poder.

Además, la Corona montó una organización estatal colonial centralizada y jerarquizada para contrarrestar el espíritu autonómico criollo. Cada nuevo Virrey abría espacios en el Estado para numerosos grupos de españoles ávidos de poseer una “encomienda”, de un cargo en la administración estatal u otros privilegios que el monarca español podía dispensar a sus súbditos. La Corona distribuía privilegios y cargos honoríficos. Se refiere la venta de cargos en los tiempos de Felipe II. Esa es solo una retrospectiva que nos permite comprender por qué el Perú virreinal en su acepción del Derecho y de lo público era el germen del régimen emancipador y del Estado republicano.

Trescientos años de vigencia de un sistema legal colonial marcó el espíritu de los administradores del Derecho en el Perú y la cultura política que nos signó desde el siglo XVI.

Las constituciones liberales republicanas desde la independencia se ofrecían de marco para la actuación de un Estado que los constituyentes no comprendían en su esencia y carácter. Perfilaron normas sin Derecho ¿Es válida esta frase?

Las normas pueden ser eficaces o no, firmarse y registrarse gestándose como válidas. En un juicio la norma vigente aunque no se cumpla en los hechos, debe ser aplicada. El juez no puede cuestionar su validez y derogarla. El Derecho es la regla que se cumple allí donde se erige una sociedad, aun cuando sean dos hombres la que la constituyan. Los constituyentes y los legisladores republicanos asumían que la república era una realidad tangible y que las llamadas revoluciones burguesas, en la línea de Hobsbawm (1971), se habían logrado montar en el Perú a través de la ingeniería constitucional. Las normas se cumplían y las “hostias sin consagrar” eran tema del pasado burlesco de los virreyes. Sin embargo, los ideales de Locke y Montesquieu para constituir un sistema jurídico que indujera al Estado de derecho no se ensayó sino como un simulacro que escondía el proyecto político propio de cada caudillo y el libre arbitrario como presupuesto del acceso a las arcas públicas. Ocurre en una sociedad hiperpolitizada como la peruana, donde lo público se impone a lo privado y el esquema de separación de poderes es un planteamiento ligeramente funcional. Dado que el funcionario era patrimonialista y podía disponer de los recursos, el éxito económico privado estaba planteado de antemano por las buenas relaciones con el poder que se pudieran lograr.

La relación entre la burocracia y el Estado que administraba también fue afectada por la informalidad y la flexibilidad en la toma de decisiones así como por la gestión de intereses, ¿Cuánto ha contribuido el Derecho a que así sea? Muchas entidades estatales carecen de capacidad de gasto y no llegan a ejecutar el 100 % de lo que se les asigna anualmente. Sin embargo, valga la paradoja, muchas obras concretas elevan su presupuesto en plena ejecución material y muchos ítems pasan por la evaluación de los créditos, que son, en gran forma, un mecanismo a través del cual se manifiesta el patrimonialismo. Esta práctica moderna se ha prestado a diversas suspicacias. El funcionario dispone y justifica el uso de los recursos y siempre encuentra una justificación que podría esconder bajo la forma de una sobrevaloración un acto de corrupción o un soborno. La lógica del parlamentario, inclusive, está regida por este criterio cuando prometen obras específicas que no les corresponde asumir al no tener iniciativa de gasto. La función de representar del congresista es esencial, pero este ignora que no es parte de ella la ofrenda material a su región, el puente o la autopista. El patrimonialismo o la creencia que la autoridad remite al libre uso y destino de los fondos es un lastre colonial y republicano.

No es difícil establecer los vínculos entre el pasado y el presente, más aún es necesario para identificar qué es lo que falló y aun falla en el Derecho y que lo pervierte de

tal manera para supeditar la vigencia de una norma a un interés particular cuando, por ejemplo, se exonera de concurso estando obligado por la ley de acuerdo al monto establecido. Según el historiador norteamericano Richard Morse (1982) hay un vínculo bastante sólido entre la monarquía de España y el “patrimonialismo” weberiano. Probablemente, no sea una práctica tan originaria sino un aporte peninsular a sus colonias aquello que la corona, como los funcionarios públicos de la actualidad, estaban facultados para “conceder prebendas como una remuneración por los servicios recibidos”. Morse parecía referirse a la tradicional cortesanía, práctica natural que buscaba los favores del poderoso, siempre favorable a su entorno antes que a los fines generales de la economía nacional. Los besamanos palaciegos son un indicador simbólico de quién sirve a quién.

Los tiempos modernos han mutado esa relación, una que involucra a privados con públicos en una unión fuera de la ley como lo ha mostrado el caso Odebrecht en América e, incluso, África, una figura en la que los grandes tentadores del soborno son las transnacionales privadas a fin de lograr determinados favores o preferencias en la licitación de obras públicas, buscando como en las viejas cortesánías y en reuniones privadas, los favores del poderoso. En algunos casos lindando la ilegalidad y en otros quebrando la ley.

Desde luego son otros tiempos y el control jurídico de estos fenómenos es mayor, sin contar con la compleja evolución del Derecho Penal que ha extendido y modernizado los tipos ante la recurrencia de nuevos comportamientos sociales, incluyendo cruces de información y unidades de inteligencia financiera. La tecnología espía y la informática auxilia a la práctica penal. La pregunta es si es que el mundo político no desborda y supera la mejor normatividad y la más sofisticada tecnología. Es probable que así sea si es que no comprendemos la lógica social, política y cultural del fenómeno.

4. SULTANISMO

La democracia se suele definir como la elección de autoridades. Para el común, por tal, la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, como en la popular frase de Abraham Lincoln. Para otros es, simplemente, el predominio de la mayoría o, en términos de Ortega, la rebelión de las masas operando sobre las voluntades minoritarias. Las masas expresadas en una mayoría organizada mandan aunque no tengan la razón o sean los guardianes del poder. La razón es irrelevante en un sistema de mayorías electoras, por lo que el concepto de democracia tiende a expandirse y comprenderse también como Estado de derecho y vigencia plena de los derechos fundamentales. En el Estado de derecho, con la Constitución en la punta de la pirámide kelseniana (Kelsen, 1946), manda la norma y no el hombre. Sin embargo, el mundo teórico y el de los países signados por el Derecho son diferentes a aquellos en los que

el poder determina el curso de la historia por encima de la Constitución y de las leyes. Si el gobernante puede imponerse a la norma, podrá también con facilidad, birlar los fondos públicos sin que un débil sistema de control se lo impida. La masa respalda al gobernante, el gobernante hace lo que demanda su voluntad. El dinero público pasa a ser también su dinero. Es posible que en países como Cuba y Venezuela, el fenómeno alcance sus extremos y el índice de Gini o de desigualdad social sea la distancia que marca la riqueza de los gobernantes y su entorno de la paupérrima situación de la masa privada de lo más elemental.

Con el patrimonialismo, se concibe lo que Weber llama “sultanismo”, término que Basadre recoge y explica (1981): “Rige el libre arbitrio y la gracia del jefe”. Es un factor importante de consolidación del funcionamiento de este sistema el liderazgo carismático al que se refería Weber (Eisenstadt, 1973). Nos referimos a “sistema” porque no es suficiente con el libre arbitrio si alrededor del jefe o del funcionario no giran satélites de intereses que requieren de un favor para nutrir aún más el poder y la magnificencia del que manda, del que manda con la simpatía y refuerzo de la masa.

El historiador Antonio Zapata interpreta bien a Basadre cuando señala lo siguiente:

“En la concepción del historiador tacneño, el sultanismo es la base de la corrupción, porque al llegar al gobierno el mandatario usa al Estado para su beneficio y, además, puede hacerlo. Todo se adecúa a su voluntad, si es necesario cambiar algún contrato, se firma una adenda. El segundo factor es la ansiedad por grandes obras públicas que logren el desarrollo. Basadre constata que se ejecutan obras a escala monumental que supuestamente son la llave para traer progreso. Estudia dos casos muy significativos: los ferrocarriles durante el guano y los empréstitos y obra pública de Leguía.

La conclusión de Basadre emparenta ambos procesos, sosteniendo que al ser obras de dimensión elefante requieren de empresas extranjeras, como Dreyfus durante el guano y la Foundation bajo Leguía. No habiendo capital suficiente en el país para esas magnitudes, el Estado contrata con empresarios extranjeros poco escrupulosos y poseídos por el afán de aumentar dramáticamente su propio peculio. Entre estos grandes empresarios extranjeros y los gobernantes de turno se produce un cruce de intereses y se desata un gran escándalo de corrupción” (Zapata, 15 de febrero de 2017).

Es verificable el tránsito de esos grupos de interés o empresas alrededor del Estado sultán. Todo se le está permitido al jefe o al funcionario de determinada escala, incluso en sus extremos el quiebre arbitrario del orden constitucional o para evadir los peligros del aislamiento o el error, pasarse por encima de la norma. En una sociedad de personalidades y no de instituciones que prevalezcan

a aquellos, la fragilidad del Estado, conviene señalarlo, tiene una relación inversamente proporcional a la fuerza de la decisión del personaje. Las normas se cambian, se flexibilizan, además se exoneran a los amigos de los procesos rompiendo la ley, y el intercambio de favores se instala como una racionalidad más poderosa que la del Derecho. Mientras más se fortalece el caudillo en el mando, más se debilita el Estado.

El voluntarismo es, de todos modos, una forma de Derecho, una en la que el dictamen a obedecer es el que establece el jerarca, en definitiva la autoridad y por tal el legítimo hacedor del Derecho. La voluntad se convierte en la Constitución real del Estado, supeditando a la ineficiente Constitución formal. No se requiere siquiera la visibilidad de una dictadura o de una democracia “tutelada”, sino la democracia cabal que nos sustenta puede esconder resortes de poder que sobrepasan a las reglas formales. Una licitación pública amañada, de ser el caso, puede ser un acto de poder. Este es un tema muy en boga en América Latina, debido al gran escándalo Odebrecht, quizás no sea solo un fenómeno latinoamericano si es que se evalúa el funcionamiento de la relación entre el Estado y las empresas en otros países, incluyendo curiosamente a los Estados Unidos y probablemente España y otros países del mundo desarrollado. De lo que se trata es de comprender el fenómeno propio y la dificultad de superarlo, por la fragilidad del Derecho y la debilidad del marco institucional.

El germen de la historia del sultanismo directo o asolapado en el Perú reside en el constitucionalismo falaz. Dice Pedro Planas, tomando conceptos de Loewenstein:

“Los textos constitucionales son normativos cuando efectivamente conducen el proceso político posterior, orientando las conductas políticas y el desarrollo de las instituciones. De lo contrario son textos nominales (ficticios, sin eficacia jurídica)(...)Sorprenderá comprobar el enorme contraste entre la proliferación de textos constitucionales y su escasa eficacia normativa. De todas ellas, sólo una, la Constitución de 1979 rigió doce años consecutivos desde su promulgación” (Planas, 19989).

Así mientras los hechos políticos se superponían a las reglas de juego, era difícil construir un sistema jurídico consolidado.

Chirinos Soto, a modo de ejemplo, repasa las distintas etapas de aplicación en los cuarenta y seis años de teórica vigencia que tuvo esta Constitución:

“Una primera etapa de franca tendencia parlamentarista - Ley de Emergencia no obstante - que corresponde a la elaboración del texto constitucional y al gobierno de Sánchez Cerro, desde el mismo 8 de diciembre de 1931 hasta el 30 de abril de

1933, fecha del asesinato del Presidente. (...) Una segunda etapa de reacción contra el parlamentarismo que conduce hasta el absolutismo presidencial. Esta etapa corresponde al gobierno de Oscar R. Benavides (...) Una tercera etapa de impasse constitucional que corresponde al gobierno de José Luis Bustamante (...) Una cuarta etapa de restauración presidencialista que corresponde al gobierno de Odría. (...) Una quinta etapa, a la que puede llamarse de interludio democrático, que corresponde al gobierno de Manuel Prado y - con el paréntesis de la Junta Militar que encabezan Pérez Godoy y enseguida Lindley - al primer gobierno de Fernando Belaúnde (...).” (Chirinos, 1977, p. 471).

La siguiente etapa fue el del gobierno militar de Velasco y de Morales Bermúdez.

En ese contexto de inestabilidad y, a veces, de persecución y veto político, era impensable una política anticorrupción, un Derecho garantista, pues era colocarse las trabas en arca abierta. Una de las claves es que a los gobernantes y a los políticos no les interesa, realmente, un sistema legal de control de sus actos y más aún en períodos en los que la prensa puede ser controlada, reprimida, comprada o relativamente adquirida a través del avisaje estatal ¿Para qué crear un sistema jurídico controlador si de ampliar la discrecionalidad se trata? En 1979 la Contraloría adquiere rango constitucional y la normativa penal adquiere un ritmo de evolución frente a nuevas figuras. Pero la Contraloría, no comprendido aún el fenómeno de la corrupción pese a su incidencia histórica, se ubica como un componente del régimen económico de la Constitución. Fiscalizar el uso del presupuesto no ha sido, sin embargo, una tarea eficaz, tanto que genere una opinión pública favorable.

La modernidad de las denuncias públicas veloces a través de las redes sociales y un carácter más inquisitivo de la prensa libre, sin dejar de mencionar las experiencias durante los últimos años en diversos ámbitos de la vida nacional han conducido a sistemas de delación o colaboración eficaz que han permitido una mejor y más segura convicción de la justicia sobre ilícitos específicos. El origen data del rastreo de militantes de Sendero Luminoso en la década del 90, un sistema que requería de la participación activa de los ciudadanos que tuvieran información. La acción de delatar es en la búsqueda de responsables de delitos de corrupción una herramienta eficiente y más si se valida en un esquema de cooperación internacional de la Justicia. La evolución es clara y han sido determinadas experiencias las que han configurado mecanismos auxiliares para la búsqueda de asociaciones criminales. Sin embargo, la política criminal o el Derecho y las pautas anticorrupción colisionarán siempre con el espíritu patrimonialista del régimen político.

El caudillo patrimonialista peruano nace como consecuencia de la guerra de la independencia. Será el militar que disputa la presidencia como un derecho

propio y que surgirá frecuentemente para organizar el Estado. Por lo general, el personalismo del caudillo republicano fusionará el gobierno con su persona. Como en “El Estado soy yo” de Luis XIV, muchos gobernantes, altos funcionarios y congresistas, asumen que el acceso al poder es fundamentalmente para el acceso al presupuesto del Estado. Cualquiera sea el nivel, la racionalidad es la misma. El Congresista puede incrementar su patrimonio elevando su remuneración por un acuerdo entre bancadas. La experiencia histórica lo verifica:

“La tradición monárquica española se proyectó en los Libertadores y en los Presidentes, herederos de los Virreyes y de los Capitanes Generales” (Pareja, 1963, p. 21).

Aunque desde hace varios años el Perú es regido por elecciones periódicas que se respetan, el viejo caudillismo ha generado que los políticos y los ciudadanos así como los funcionarios no diferencien el Estado del gobierno y el gobierno o el cargo de su persona. Existe una suerte de fusión que determina que los fondos públicos se utilicen con libertad amplia, a veces a contracorriente de la crítica especializada. El patrimonialismo implica que el Estado es propiedad del gobernante, el mismo que podía distribuir dadivosa y pocas veces racionalmente, los recursos. Tal arbitrio concede una enorme cuota de poder y de prestigio a los presidentes.

Afirma Lazarte (1998):

“La débil institucionalización tiene su contraparte en el peso desmesurado de lo personal en perjuicio de lo institucional (...) La política no es concebida como el espacio público - colectivo sino como un escenario para la satisfacción de intereses privados. A su vez el poder es sólo un medio que se puede “tomar” para satisfacer esos intereses privados. “Tomar” el poder es un acto también de “apropiación” del poder”.

El poder político democrático, herencia no obstante del viejo caudillismo, es capaz de desconocer o vulnerar todo principio de legitimidad democrática constitucional. Su poder proviene de los textos aunque en todos los casos predominen los hechos, es decir, la aclamación, el secreto, la colusión o la fuerza. En esa línea, el sistema puede proteger a los funcionarios que convenga y desproteger a los que le son irrelevantes. La decisión sobre el acto corrupto y sus consecuencias la toma el juez, pero es el poder político el que construye la trama que garantiza cuando no la impunidad, el ocultamiento. La prescripción, por ejemplo, operaba como una suerte de perentoriedad para el régimen de sanción, permitiendo en cualquier caso la continuidad del funcionario mientras no existiera un mecanismo normativo de inhabilitación para el servicio público.

El fenómeno creciente de la corrupción y la importancia que va adquiriendo empieza a cambiar la forma de ver el Derecho y obliga al legislador a tomar decisiones radicales que parecían objetables en anteriores períodos, como es la imprescriptibilidad de la corrupción. Es ya un avance, aunque la imprescriptibilidad se presenta como una opción anticorrupción que debe concordar con un sistema judicial operativo en este tipo de temas, con presupuesto suficiente para tareas cada vez más complejas.

La gran interrogante es qué puede hacer el Derecho para que el patrimonialismo colonial o los resquicios del antiguo patrimonialismo y sultanismo no se apoderen de funcionarios y gobernantes. La Constitución Política no menciona el término “corrupción”. No ha sido relevante tampoco en anteriores textos y a ningún constituyente se le vino en mente elaborar un título relativo a la prevención de la corrupción y al régimen de control del funcionario público, al menos para darle relevancia. Hemos comprobado su presencia a lo largo del tiempo, pero también la elusión de los políticos para colocarla como un tema de la agenda, salvo bajo formas ejecutivas para investigar determinados asuntos o en las comisiones que el Congreso forma para investigar, a veces inútilmente, determinados casos; duplicando la función que corresponde al Ministerio Público. Nada se ofrece de auditoría al poder público y, desde luego, se torna difícil creer que el virreinal juicio de residencia puede tornar como una garantía que el gobernante que concluye su gestión rendirá cuenta de sus actos y se someterá sin atisbos de fuga a cualquier investigación.

El arraigo anual del gobernante, como responsable máximo de su propia gestión gubernativa (aunque en el sistema semiparlamentario carezca de responsabilidad política) implicaría permanecer en el Perú un año, plazo de duración de una investigación razonable que evitaría difíciles circunstancias tales que el sistema de justicia se vea forzado para bien o para mal, ordenar la detención de un gobernante sospechoso de corrupción y mientras tanto inocente a tenor de la presunción de inocencia. Se restauraría así un procedimiento que rigió en el Perú virreinal y republicano (en sus inicios). Han abundado proyectos que sancionan el patrimonialismo extremo, el cual se traduce en actos de corrupción, esto es, disposición del patrimonio estatal como si fuera propio y aun vulnerando el texto de la norma jurídica penal que lo prohíbe. Incluso, razonable que se haya reparado en la inhabilitación al funcionario estatal que se corrompe. Ya existían proyectos al respecto desde tiempo atrás (Proyecto de Ley N° 11078/2004-CR).

El patrimonialismo puede, además, ser extirpado a través de reformas administrativas y límites normativos a la discrecionalidad funcional. Las consecuencias, de esta manera, no tendrían el corte dramático que los medios nos permiten percibir.

5. ESTADO CLIENTELISTA

Como se ha afirmado, Felipe II estableció la venta de oficios en la colonia a fin de obtener una renta y para impedir que los virreyes usaran los cargos públicos como premio a su clientela (Cárdenas, 2005). Sin embargo, dicha medida no frenó la corrupción sino que generó nuevos métodos para la especulación y venta de empleos.

El poder en el Perú se configuró desde el clientelismo, una suerte de reciprocidad necesaria, de *quid pro quo* al margen de la legalidad hasta tocar el delito. Lo conocemos como “intercambio de favores”. No es un comportamiento ilegal necesariamente, ni siquiera inmoral si es que atañe a una visión particular de la justicia: “Doy para que des”. Lo que se observa actualmente desde la perspectiva del tema de las empresas brasileñas favorecidas en obras por el pago de coimas responde a esa facilidad con la que el funcionario está dispuesto a intercambiar favores en un sistema que si no lo supervisa, al menos no lo detiene. Se registran dos formas de clientelismo: el clientelismo populista y el clientelismo mercantilista. El primero relaciona a los políticos con los sectores populares para agenciarse de sus votos. Es un intercambio de bienes por votos. El segundo es el empoderamiento de determinadas empresas para el logro de facilidades por parte del Estado, ya sean tributarias o legales.

Cuando nos referimos al clientelismo es difícil no detenerse en la dinámica electoral, que no ha sido confrontada con una legislación integral destinada a evitar el financiamiento pernicioso de las campañas políticas, aunque sí la práctica del intercambio de bienes por votos (Artículo 42 de la Ley 30414), causa suficiente para multar y sacar de carrera electoral a un candidato. La práctica es definitivamente un intento clientelar, pero no es necesariamente eficiente en cuanto a autoridades nacionales se refiere. Quizás tenga algún influjo en autoridades locales, aunque no existe comprobación. El pago a grupos de personas puede garantizar una congregación en un mitin político y algún tipo de manifestación, pero no necesariamente compra los votos. No existe una estructura orgánica partidaria tan extensa y minuciosa que pueda seguir la conclusión de su trabajo clientelar. Posiblemente quien recibió una dádiva prefiera votar por quien lidere las encuestas o mantenga oculta su real intención y engañe al político clientelista.

Los programas sociales pueden ser un factor aglutinador, aunque tampoco es verificable la lealtad. Sin la fiscalización del destino de la ayuda y su justificación, podría ser que cada gobierno oriente los programas a la obtención tentativa de caudales de votos. Desde luego, cuestionar los programas en un país de grandes privaciones sociales sería pernicioso, aunque la fiscalización debería perfeccionarse. Se sabe que el fenómeno clientelista, que no es corrupción, pero

actúa bajo los mismos presupuestos de ganancia al margen de las reglas, puede observarse el caso de Colombia:

“Usando información panel de municipios en Colombia, este artículo estudia los motivos políticos detrás de la asignación entre regiones del programa anti-pobreza (de transferencia en dinero condicionadas) más grande del país y examina si la coalición de gobierno nacional obtuvo beneficios políticos por la expansión de dicho programa durante la última década. Nuestros resultados muestran que la coalición de gobierno ha asignado intensivamente el programa en aquellos municipios históricamente leales a su coalición. Sin embargo, no se encuentra evidencia que indique que el programa se haya asignado intensivamente en municipios propensos a cambiar su voto a cambio de favores políticos. De otro lado, nuestros resultados muestran que la coalición de gobierno ha incrementado su apoyo político como resultado de la asignación de subsidios a través del programa” (Nupia, 2011).

En otro ámbito, el del clientelismo mercantilista, la Constitución debe buscar fórmulas que restrinjan los márgenes de maniobra de los funcionarios estatales para consolidar privilegios que, en realidad, ocultan intercambios de favores. Los ejemplos en la historia también abundan, como la consolidación con Echenique, las consignaciones con Castilla, el Dólar MUC con el primer gobierno de Alan García o el RUC sensible con Fujimori, entre otros.

6. ESTADO REGULADOR

La regulación debe operar en escenarios monopólicos para impedir el abuso de posición dominante en el mercado. Sin embargo, la regulación es teóricamente una “función” adicional entre todas en el Estado peruano.

El problema, incluso, es que la regulación compete a toda entidad estatal. Así, se multiplican las prácticas normativas, que se superponen unas a otras y generan desorden. Un ejemplo clásico de ello son las compras públicas, que en 1997 se unificaron en una sola legislación. Antes de la Ley única, abundaron los reglamentos especiales para ejecución de obras así como para la realización de proyectos y supervisiones de obras.

Sin embargo, los lobbies a la sombra suelen eludir la ley y logran licitaciones dudosas que sólo manifiestan la existencia de un Estado que formalmente pretende ser neutral, pero que por fuerzas e intereses internos nunca llega a serlo. La sobrerregulación alienta el mercantilismo.

Un ejemplo de amplia discrecionalidad reguladora o patrimonialismo en esa línea es la elaboración de bases de los diversos concursos públicos o licitaciones en todas las entidades del Estado. No existe un patrón estándar o condiciones previas que cierren el camino a bases creadas a favor de terceros en los concursos que están por encima de la adjudicación directa por el monto en cada obra. Sin control preventivo, quizás con el auxilio obligado de alguna universidad de prestigio, las bases de los concursos públicos puedan ser finalmente definidas en base a cualidades que favorezcan un perfil estándar y no a ciertas compañías o personas influyentes. Un examen académico al margen del Estado podría ser un vector en favor de la equidad y la justa competencia.

7. DÉBIL MARCO INSTITUCIONAL

Mientras prevalezcan comportamientos oportunistas en una sociedad, los costos de transacción (de contratar, por ejemplo) se incrementan. Los agentes se aseguran contra el incumplimiento y se reservan parte de lo que debiera ser el capital para futuras contingencias. En ese contexto ocurren dos situaciones aparentemente inversas. Por un lado, las personas se aseguran y, por otro, las personas empiezan a convivir con la corrupción. El sistema la permite, aunque ella encarezca la manera de vivir.

Un ejemplo es la empresa Siemens, castigada en Estados Unidos por sobornar a funcionarios argentinos. Nos referimos al año 2011. No es una novedad la práctica que observamos y que causa revuelo actualmente. Los ejecutivos de Siemens decían lo que piensa un funcionario que se corrompe o un criminal que pese al incremento de la sanción para el delito, igual lo perpetra:

“Tan insertada estaba la práctica de los sobornos en Siemens de acuerdo con los juicios realizados, que uno de sus operadores físicos, Siekaczę, alegó con total cinismo en el juzgado después de haber admitido su culpa: ‘La gente sólo dirá acerca de Siemens que hemos sido desafortunados y no cumplimos con el Undécimo Mandamiento. El Undécimo Mandamiento es ‘que no te descubran’” (Kliksberg, 22 de enero de 2012).

“Que no te descubran” es lo mismo que impunidad, una seguridad que ha acompañado a los funcionarios peruanos, sancionados o procesados en un escaso porcentaje si midiéramos la real escala de la corrupción a lo largo de la historia. Ocurre en sociedades aparentemente evolucionadas, pero un tema es el principio fundacional y otro el ejercicio de los negocios. En un país descompuesto moralmente, en el que más importante que la conciencia de la gravedad del acto es ser descubierto, siempre se destinará una porción para la “coima”, o como en México, que es más institucionalizada aún, la “mordida”.

Un factor de la corrupción que se ha adelantado es el costo de cumplir la ley. Costo en dinero, en tiempo, en desplazamientos que incentiva conductas de complicidad entre el ciudadano y el funcionario. El ciudadano que sabe que muchos como él pagan sobornos y quedan impunes, y el funcionario que estima como un plus natural a su remuneración y como natural al sistema de copiosa regulación, solicitar o aceptar lo que considerará un estímulo para saltar pasos y acelerar procesos.

A más regulación más Estado y más obstrucciones para formalizar una vivienda o un negocio. La regulación excesiva, conforme al hábito parlamentario del ranking legislativo, contribuirá a que el ciudadano opte por la informalidad o, en el peor de los casos, al soborno en pequeña escala. A este esquema se añaden la suma de facultades que ha adquirido la práctica notarial, lo que no siempre apareja una fiscalización adecuada.

Es notorio, a la luz de lo elaborado, que es importante que la reforma institucional, política y de marco de obras públicas sea una prioridad en la agenda y que convoque a los poderes del Estado en un acuerdo mayor anticorrupción, con la participación de expertos y entidades vinculadas al tema.

8. COSTO DE LA DESCONFIANZA

En alguna forma la suma de comportamientos cooperativos u honestos en el ámbito privado y en las instituciones estatales tienden a incentivar los intercambios y la dinámica económica. Por ejemplo, si un Poder Judicial se caracteriza por la acentuada corrupción de sus jueces y funcionarios, ¿Habrá inversionista capaz de depositar su confianza en el sistema y poner en marcha su capital sin asegurarse antes frente a posibles incumplimientos contractuales? Sumada la delincuencia común y las incertidumbres naturales en un sistema en el que prima la desconfianza, ¿Puede haber altos niveles de inversión y empleo? Se debe suponer que no.

En ese sentido, ética y desarrollo son dos conceptos vinculados. Dice Bernardo Kliksberg, Coordinador General de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo del BID:

“Una combinación entre políticas públicas transparentes, libres de toda corrupción, con gerencia de primera calidad, que garanticen a toda la población sus derechos a la alimentación, la salud, la educación y el trabajo, puede desencadenar círculos virtuosos en el país y la región” (21 de febrero de 2003).

Además menciona el caso de Noruega. Sostiene que ese país es uno de los líderes mundiales en transparencia: allí la corrupción es casi inexistente. Afirmo que la legislación anticorrupción es bastante reducida y deduce que la causa se halla en los valores sociales predominantes.

En esa perspectiva, una persona corrupta sería duramente excluida, por su familia, los vecinos y por todas las instancias de la sociedad. Allí la corrupción es un estigma. De otro lado, señala que Finlandia tiene la tasa de presos más baja de Europa y, al mismo tiempo, el menor número de policías per cápita del continente. Se puede recurrir a muchos ejemplos más. Lamentablemente, en América Latina se vive al contrario y se piensa al revés. Así a veces la deshonestidad puede adquirir el rostro de la virtud y la mentira gozar de simpatías insospechadas. El culto a la inteligencia se ha tergiversado y se ha tornado en la devoción por el atajo, lo que denota habilidad y suscita una callada admiración. En este caso, entramos al terreno de los valores.

Por eso urge considerar como un componente del desarrollo a la ética privada, pero especialmente a la ética pública. Un político que tiene un correlato oscuro en su vida privada, probablemente deba ser más vigilado o excluido del voto por los propios ciudadanos. Esto no ocurre, la viveza criolla es muchas veces premiada en la formalidad del sufragio. Poco importa el vicio privado si no denota un inmediato vicio público. Públicas virtudes es un escondrijo que marida con el comportamiento no ejemplar en otros terrenos. Una tarea que, en todo caso, corresponde a los partidos políticos evaluar. Complicado, no obstante, en un país signado por antivalores y concepciones cínicas de la corrupción que impiden que la ley solucione el problema, porque siempre habrá una trampa urdida para cada ley como en las hostias sin consagrar de la colonia. La internalización de valores que permiten una sana convivencia social y lo más importante de todo, la confianza mutua entre los ciudadanos y entre éstos y el Estado son pasos adelante, pero más importante es reducir la discrecionalidad de los funcionarios, tapar los hoyos institucionales y reducir la regulación. Conviene tomar como señal de alerta el índice anual del Banco Mundial sobre la facilidad para hacer negocios en el país, un indicador que expone la situación de la regulación y, por tanto, los incentivos concedidos a funcionarios y ciudadanos que prefieren pactar a la sombra para saltar rápidamente hacia la luz de sus intereses particulares.

9. ¿SE PUEDE VENCER A LA CORRUPCIÓN?

Es una interrogante difícil de responder pese a que han habido avances que, de por sí, reportan la conciencia del problema. El Código Penal ha sido la herramienta común y el Ministerio Público o la Contraloría se han erigido con el Poder Judicial como el efectivo sistema anticorrupción. No obstante, el ideal

noruego o finlandés está muy lejano del Perú y de América Latina, un ideal sin sistema. En el análisis se ha comprendido tanto a los funcionarios pequeños como a los grandes, manifestando la preocupación concluyente por la creciente presencia que va adquiriendo la corrupción en las altas esferas, tanto que en varios países existen gobernantes sentenciados o acaso en graves problemas con la justicia por el mal aprovechamiento del poder.

La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción ya es una salida como lo sería el incremento de las penas, la inhabilitación o la desaparición de los beneficios, aun cuando en el comparado analítico de delitos existen algunos que pueden ser considerados más graves y que también ameritarían la imprescriptibilidad con lo que la extensión de la pérdida de beneficios o el incremento del rigor tendría que expandirse hasta construir un sistema penal en exceso severo y quizás injusto si es que no se acompaña de una reforma judicial. El bien jurídico afectado en este caso no es necesariamente más importante que otros cuya afectación pueda vulnerar la integridad de los privados como la violación o el asesinato.

En todo caso, combatir la corrupción desde la reacción penal al acto ilícito es seguir una línea de continuidad que no se detiene ni siquiera frente al agravamiento de las penas. Vale examinar lo que ocurre, por ejemplo, con la pena de muerte y sus efectos en la estadística del crimen en otros países.

Por lo general, el incentivo de enriquecerse aun ilícitamente, es mayor al temor de ser descubierto y pagar la acción con una pena. El que delinque, desde luego y dada una racionalidad limitada, lo hace en la creencia de que no será descubierto. Así, las consecuencias de la severidad de las penas y toda medida similar solo tiene un efecto ex post sobre el individuo, difícilmente un efecto ex ante, disuasivo.

Este análisis nos induce a creer que el marco jurídico positivo poco puede frente a una cultura jurídica que se desagrega en internalizaciones individuales que impiden que el Derecho escrito cumpla su función cabal. El dominio del hecho sobre el texto o las reglas impuestas por la voluntad individual, fenómeno que se comprueba en la conducta de los propios agentes encargados de elaborar las normas en todos sus rangos. El sultanismo, el patrimonialismo del funcionario, el mercantilismo, el clientelismo o la conciencia común en ciertos sectores de administrados de que las normas administrativas, los procedimientos o las reglas solo afectan la dinámica de las transacciones o legítimos intereses privados. Es el caso de quien se sienta con derecho a obtener una respuesta rápida y eficiente del funcionario y encuentra una serie de obstáculos que deshacen sus expectativas y lo inducen a tentar al servidor para cumplir sus objetivos de una manera que considera justa.

Nos referimos a un problema de cultura jurídica, a una suerte de Derecho paralelo al Derecho formal, una perversión del Derecho vivo que conduce finalmente a la corrupción. En términos del vulgo se podría determinar una respuesta a partir del cambio de mentalidad y de un acercamiento a las concepciones de la justicia desde la escuela, lo que para muchos podría constituir una propuesta poco menos que ingenua.

Se debe fiscalizar con rigor las relaciones entre el Estado y los privados de cara a las obras en común, así como darle rigidez a las reglas de contratación con el Estado, evitando la informalidad o la ilegalidad. Una sistemática de reglas de prevención del intercambio de favores en los períodos electorales, eliminando el financiamiento privado y optando por el público es una opción, como lo es la injerencia efectiva y determinante de los órganos de control en las relaciones entre el Estado y los privados. La Unidad de Inteligencia Financiera es un paso adelante, como lo sería una regulación con alcances suficientes para que la neutralidad sea un imperativo en las licitaciones de obras públicas y las sociedades de cualquier tipo definan dentro de su objeto social el control y transparencia contable, definiéndose como delito la existencia de unidades destinadas a pagos de sobornos a funcionarios públicos. Añadamos una restricción del lobby en determinados casos. Aunque en el Perú no se ha observado el fenómeno, conviene tomar en cuenta la experiencia de las empresas brasileñas, con sus cajas especiales para el pago a funcionarios venales.

Sin embargo, el problema no reside para este análisis en los intereses privados siempre existentes sino en el aparato público que a todos concierne en tanto su dinámica es posible por los impuestos que los ciudadanos y empresas pagan. Tomando en cuenta el carácter de nuestra cultura es importante considerar la realización de campañas de concientización y de promoción de la integridad destinadas al sector público así como guías que orienten a las empresas privadas sobre las buenas prácticas en la contratación con el Estado, considerando la posibilidad de sanciones administrativas o multas si se contraviene el Código de ética, lo que supera la normatividad ya existente sobre el incumplimiento de contratos. A nivel de contratación transnacional conviene elaborar incentivos o desincentivos de ciertas prácticas que no responden al marco regular de un acuerdo inter-partes.

Propiciar diálogos interinstitucionales sobre la cultura de la corrupción y los lastres de las prácticas arraigadas en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, internalizando en el funcionario y en el privado la noción de lo público. Conviene reevaluar La ley de la Carrera Administrativa para que la enunciación de deberes tenga un correlato de cumplimiento real. Este proceso supone la

reducción de los márgenes de maniobra del funcionario y la justificación debidamente fundamentada de los casos específicos en los que es necesario actuar con un mínimo de flexibilidad.

Es imperativo que el funcionario, a tenor de la Ley de la Carrera Administrativa actúe con honestidad, eficiencia, laboriosidad y vocación de servicio y dignidad en el desempeño del cargo. El contenido puede ser declarativo si es que en determinadas situaciones las reglas no se cumplen. Al margen del buen trato al público, que es solo una norma de cortesía, pero ajena a los temas de corrupción, importa que el funcionario colabore en la lucha contra la corrupción no guardando reserva bajo responsabilidad penal y administrativa sobre hechos que conoce, incluso haber cesado en el cargo, lo que marca una derivación de la colaboración eficaz que podría ser objeto de algún tipo de ventaja siempre que se pueda comparar la participación en el delito, se ha abordado en diversos análisis de esta revista el tema de la delación premiada, pero conviene ampliar los alcances. Vale ampliar la colaboración eficaz ofrecida a más sujetos, aún al margen de las personas relacionadas con la comisión de delitos. Nos referimos al Derecho Premial, donde los beneficios deberían ser concebidos y difundidos entre las personas que colaboran con la justicia, cuando éstas se encuentren o no sometidas a investigaciones preliminares o a procesos penales.

Un factor contributivo adicional es la inteligencia y la filtración inter-pares a fin de que el funcionario sepa que es observado y que el cargo es necesariamente limitante de su propia libertad, siendo el patrimonio que administra del público, de ese público al que atañe resguardar el recurso público porque paga sus impuestos.

10. CONCLUSIONES

Se suele examinar el tema de la corrupción desde una variable penal, asumiendo que las mejores reglas son las reactivas y no las preventivas. El miedo del funcionario a delinquir debe ser mayor no por el rigor de la pena (lo que no ocurre) sino a la posibilidad de ser descubierto fácilmente.

Una materia poco estudiada es el blanqueo de capitales provenientes de la corrupción. Una mirada general es válida desde otros delitos, pero la corrupción es saltante en su vinculación con la economía ficticia, la que solo opera para darle un cauce aparentemente legal a fondos mal habidos. El principal organismo encargado de detectar estas dinámicas es la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de la Superintendencia Nacional de Banca Seguros y AFP (SBS), quien analiza los reportes financieros de 27 sectores y cuyas empresas están obligadas a

declarar sus estados financieros a la SBS. Al año la UIF remite información a las fiscalías especializadas en lavado de activos a través de Informes de Inteligencia Financiera.

La corrupción es un tejido múltiple y los mecanismos de lucha se vienen complejizando con eficiencia. Un tema clave es que la excesiva confianza en el Derecho como dique de contención de la corrupción solo mantiene la línea de vida del delito que adquiere nuevos mecanismos para realizarse y diversas formas de manifestarse y escapar a los mecanismos existentes.

Entender la corrupción en el Perú y América Latina es entender el componente cultural que lo alimenta y que, sin saber, alimentamos cotidianamente con prácticas que ya no permiten distinguir el bien del mal, el riesgo del incentivo. El clientelismo, el patrimonialismo funcionarial, el mercantilismo como sistema de favorecimiento por parte del poderoso, la apelación a las buenas relaciones con el poder para acceder a beneficios antes que persistir en la competencia y el mérito son las precondiciones de la corrupción. De la permisividad sutil fácilmente pasamos a los territorios del delito. Cuando reparamos en ello ya es demasiado tarde.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASADRE, Jorge. (1968). *Historia de la república*. Lima: Editorial Universitaria.
- BASADRE, Jorge. (1981). *Sultanismo, corrupción y dependencia en el Perú republicano*. Lima: Editorial Milla Batres.
- CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador. (2006). La lucha contra la corrupción en la Nueva España según la visión de los Neoestoicos. En *Historia Mexicana*, vol. LV, núm. 3, enero-marzo, pp. 717-765.
- CHIRINOS SOTO, Enrique. (1977). *Historia de la República*. Lima: Editorial Andina.
- DAHRENDORF, Ralf. (1994). *Ciudadanía y Sociedad Civil. En: Democracia y Sociedad Civil*. Bogotá: Fundación Naumann.
- EISENSTADT, Samuel. (1973). El carisma, la creación de instituciones y la transformación social. En *Revista de Estudios Políticos*, N° 187.
- HOBBSAWM, Eric. (1971). *Las revoluciones burguesas*. Madrid: Ediciones Guadarrama.
- KELSEN, Hans. (1946). *La teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Losada.
- KLIKSBERG, Bernardo. (22 de enero de 2012). *¿Cómo enfrentar la pobreza y la desigualdad?* Suplemento especial de Página 12. Recuperado de :https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/bernardo_kliksberg/017-KLIKSBERG.pdf

- KLIKSBURG, Bernardo. (21 de febrero de 2003). Más ética, más desarrollo. Diario La Nación. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/475292-mas-etica-mas-desarrollo>
- LAZARTE, Jorge. (1998). *Partidos políticos, problemas de representatividad y nuevos retos de la democracia*. Caracas: ILDIS.
- MONTEAGUDO, Bernardo. (1823). *Memorias sobre los principios políticos que seguí en la administración del Perú*. Santiago de Chile: Imprenta Nacional.
- MORSE, Richard. (1982). *El espejo de Próspero. Un estudio de la dialéctica del nuevo mundo*. Madrid: Siglo XXI.
- PLANAS, Pedro. (1998). *Democracia y Tradición Constitucional en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos.
- PAREJA PAZ SOLDAN, José. (1963). Evolución Constitucional en el Siglo XX. En: *Visión del Perú en el Siglo XX*. Lima: Studium.
- QUIRÓZ, Alfonso. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: IEP.
- ZAPATA, Antonio. (15 de febrero de 2017). Basadre y las causas de la corrupción. Diario La República. Recuperado de: <http://larepublica.pe/impresa/opinion/848548-basadre-y-las-causas-de-la-corrupcion>.