

Análisis económico de la corrupción

Una posible solución a un delito complejo

Mauricio Jesús Avecilla¹

SUMARIO: I.- Planteo del problema; II.- La corrupción es un problema de incentivos; III.- Sujeto activo; IV.- Sujeto pasivo; V.- La mirada desde el derecho penal; VI.- Disclaimer ético/moral; VII.- Conclusiones

RESUMEN: Se propone a través de estas líneas ingresar en el abordaje de la corrupción como una problemática jurídico-social cuya respuesta o vía de solución podría estar en la concepción económica de sus aristas.

ABSTRACT: The corruption seen as a law and social problem and the search of a possible solution to it in the Law & Economics area.

PALABRAS CLAVE: Cohecho – Corrupción - Análisis económico del derecho.

KEYWORDS: Law & Economics. Incentivos. Derecho Penal. Objetivos normativos. Dádiva.

I.- Planteo del problema

Todos vemos a la corrupción como un problema legal, sabemos que está mal y que es un delito, pero pocas veces se considera a la cuestión de manera estructural. Son resonantes, numerosos y aberrantes los casos de corrupción política, y

¹ Abogado. Especialista en derecho penal. Maestrando en derecho y economía

seguramente casi todos los habitantes de este país - Argentina- hemos tenido alguna vez contacto directo o indirecto con casos de corrupción, más que nada de fuerzas de seguridad. ¿Quién no ha estado en una situación donde un agente de una fuerza de seguridad nos “aconseje” entregar una dádiva a cambio de dejar pasar algún tipo de infracción vial, o bien que sin estar directamente involucrado se haya enterado de que ello le haya pasado a alguien cercano?

Sin embargo, el problema no es sólo cuantitativo sino cualitativo, porque no se tiene mensura del daño que un acto de corrupción provoca en el seno de la sociedad, y de cómo existe una conexión inherente entre todos ellos. Hay un efecto global, generalizado, que pocas veces se advierte, y precisamente es a partir de la comprensión de dicho efecto que es posible escalar el problema desde otros puntos de vista, si se quiere, un poco más novedosos.

La propuesta en este trabajo es dejar de pensar en la corrupción meramente como un delito para tratar de encontrar soluciones sistémicas, inclusive fuera del propio sistema penal, pero para ello es antes imprescindible explicar el punto desde donde se parte.

II.- La corrupción es un problema de incentivos

Tal como fuera propuesto, se intentará explicar porque la corrupción no es tan sólo un delito, sino que se enmarca dentro de un problema sistémico que se vincula directamente con la cuestión de los incentivos. ¿A qué llamamos incentivos? A “ofrecerle” al agente -en términos amplios, referido a cualquier persona de la sociedad- beneficios por cumplir con las normas (incentivos positivos) y castigo suficiente por no hacerlo (incentivos negativos).

La corrupción, como cualquier otra interacción social entre personas, se encuentra inmersa en un mar de decisiones económicas. Sus intervinientes, optan por aquella porque encuentran un beneficio “económico”.

Aclaración importante: el término “económico” no refiere solamente a lo dinerario, sino que su contenido es mucho más amplio, abarcando el análisis de costo-beneficio que se realiza previo a tomar una decisión.

Es en ese momento -cuando se efectúa dicho análisis- que el agente interviniente en un acto de corrupción considera que le es más provechoso (beneficio > costo) recurrir a ella que no hacerlo, y ello se debe precisamente a la carencia de incentivos (positivos y negativos).

a. Incentivos positivos

Un incentivo es positivo cuando provee al decisor de un beneficio por optar por dicha decisión.

Un ejemplo claro de esto es cuando una empresa otorga un beneficio a aquel que acerque un envase para ser reutilizado. Allí la empresa sabe que le conviene reutilizar los envases en lugar de fabricar nuevos (decisión económica), por lo tanto ofrece al cliente un descuento en un nuevo producto por acercar el envase. En este intercambio, además existe un beneficio adicional intangible, que es el cuidado del medioambiente.

Otro ejemplo, ahora a nivel estatal, se da cuando una empresa recibe exenciones impositivas por capacitar a su personal. Así, se incentiva al empleador a que capacite a los empleados otorgándole un beneficio económico.

Ahora, bien, explicado el concepto de incentivo positivo, ¿qué tiene que ver esto con la corrupción? Los hechos de corrupción siempre se dan en el marco de la relación entre un privado y el Estado. El privado necesita de un servicio del Estado y este no se lo presta como debe, de tal manera que el incentivo positivo se encuentra ausente. Al privado no le conviene seguir las reglamentaciones, sencillamente porque no obtendrá a cambio lo que espera, o lo que sería “justo” en términos transaccionales.

Se grafica esto con mucha simpleza cuando pensamos por ejemplo en servicios aduaneros. Como el ciudadano sabe que no va a poder hacer los trámites de importación sencillamente, entrega una dádiva a un funcionario para que “agilice” la salida de un container de productos.

A pesar de que uno no lo tenga en cuenta a simple vista, también esta carencia de incentivos positivos se encuentra presente en los hechos de corrupción con agentes de seguridad en controles vehiculares, precisamente porque el Estado está fallando en la provisión de ese servicio (control vehicular) y al particular le sale más económico entregar la dádiva que seguir la normativa de tránsito. Si los controles fueran eficientes y eficaces, el respeto de la reglamentación sería más económico para el individuo.

Pero, ¿por qué los servicios puestos de ejemplo no son eficientes ni eficaces? ¿Por qué si el Estado gasta innumerables recursos no lo hace adecuadamente? Por el problema del bien público, que es otra cuestión que no podríamos tratar correctamente en tan breves líneas, pero que ya fuera explicado extensamente por

Garrett Hardin², que básicamente refiere a la falta de cuidado que los miembros de una sociedad tienen de algo que les pertenece pero no es de ellos al mismo tiempo.

Entonces, el agente estatal también actúa incorrectamente, porque el Estado como empleador no le provee de los suficientes incentivos positivos para hacerlo de otra manera (aunque en este caso, como veremos más adelante, hay un mayor peso de la falta de incentivos negativos -punción-). Es bastante sencillo advertir esto en el caso de los agentes de fuerzas de seguridad, cuyos salarios son tan exigüos que evidentemente no justificarían que arriesguen sus vidas en pos de brindar el servicio para el cual han sido contratados por el Estado.

Sin embargo, no quiero que el lector se confunda y considere que sólo me refiero a cuestiones dinerarias. La carencia de incentivos positivos puede adoptar también una faceta intangible, como sería por ejemplo la falta de posibilidades de desarrollo profesional dentro del escalafón estatal, o inclusive hasta de desafíos laborales.

Así, se produce un problema estructural en la relación individuo-Estado, ya que ninguna de las partes (el Estado obviamente representado por el agente estatal) tiene un incentivo a respetar las normas, simplemente porque la relación costo-beneficio sería deficitaria en caso de hacerlo.

b. Incentivos negativos

En contrapartida, los incentivos son negativos cuando buscan que una persona no haga determinada cosa. Básicamente son los castigos que se imponen ante la realización de una actividad ilícita.

De la misma manera que lo dicho en el punto anterior, la falta de incentivos negativos también confluyen en un aumento de la actividad corruptiva.

Ahora bien, el “castigo” no implica solamente la sanción, sino que es toda la estructura necesaria para su acaecimiento, para su aplicación, es decir, un superior jerárquico que controle, un marco normativo que sancione y un contexto que aporte cierta probabilidad de que esa sanción recaiga.

² «The Tragedy of Commons» en *Science*, v. 162 (1968), pp. 1243-1248. Traducción de Horacio Bonfil Sánchez. *Gaceta Ecológica*, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995. <http://www.ine.gob.mx/>

Así, fácilmente se advierte que si alguno de esos tres elementos se encuentran ausentes, o en una baja intensidad, el incentivo negativo no existirá y por lo tanto los individuos (particular y agente estatal) no tendrán temor de operar de forma ilícita.

Y es que el incentivo negativo opera como “costo” dentro de esa operación transaccional que el individuo realiza en su cerebro antes de tomar la decisión de participar de un hecho de corrupción, por lo tanto si ese costo no es mayor que el beneficio, es evidente que aquel tendrá más incentivos - paradójicamente- de participar de aquel que de no hacerlo.

Entonces, la decisión de obrar o no ilícitamente es un juego de equilibrio entre los incentivos (positivos y negativos) de respetar las reglamentaciones y de no hacerlo.

Pero lo interesante de este análisis no es sólo lo recién explicado, sino que demuestra que la corrupción termina siendo un problema sistémico y no individual, es decir, no sólo tiene que ver con las decisiones de las personas que intervienen en un hecho particular, sino que influyen muchísimo -y en mayor porcentaje- las decisiones estatales, las políticas adoptadas e implementadas por el Estado.

III.- Sujeto activo

Es el que entrega u ofrece la dádiva. Su sanción se encuentra prevista en el art. 258 del Código Penal.

Habitualmente se trataría de una persona común de la sociedad, que lo que hace es precisamente entregar u ofrecer algo a un funcionario público para que éste no desempeñe sus tareas de acuerdo a la reglamentación que las rige. Digo habitualmente porque puede darse el caso en el cual el sujeto activo sea también un funcionario público -supuesto previsto en la última parte del art. 258-, pero la distinción es meramente punitiva, es decir, lo único que hace es agravar la pena, porque en rigor de verdad su acción no se encuentra enmarcada dentro de sus tareas de funcionario público sino que estaría operando como una persona común y corriente.

Pero, ¿cómo juegan los incentivos antes reseñados en la actitud del sujeto activo? Veamos.

Como cualquier persona, sus acciones estarán motivadas por los incentivos que se le presenten, por lo tanto, si el Estado no le brinda los servicios en la forma en que debería hacerlo, sino que lo hace de manera defectuosa, el incentivo positivo se encontraría ausente, porque el sujeto no estaría motivado para obtener algo.

No es que el Estado en sí mismo debe regalarle algo al ciudadano, sino que simplemente debe prestar los servicios para los cuales aquel paga sus impuestos. En otras palabras, debe existir claridad en las reglas del juego: no se brindan los servicios pero tampoco se cobran impuestos, o se cobran pero se brindan servicios eficaces y eficientes. El término medio genera inestabilidad normativa, y nos termina llevando a las situaciones aquí analizadas.

El individuo debe percibir que si paga sus impuestos recibe servicios dignos, y simplemente ello genera una motivación (incentivo positivo) para obrar de acuerdo a las reglamentaciones. ¿Por qué? Simple, porque le conviene hacerlo, el balance costo-beneficio le da positivo.

Con relación al incentivo negativo (ausencia de punición), también su carencia empuja al individuo a operar de forma *contra legem*. Si el sujeto no vislumbra como posible que se lo sancione por obrar mal (o que la sanción sea irrisoria), la ecuación costo-beneficio volverá a ser deficitaria. A sus ojos, su decisión “económica” será sencilla, le convendrá contravenir las normas antes que regirse conforme a ellas.

Y en este punto resulta interesante mencionar que la ausencia de incentivos negativos no tiene sólo que ver con las bajas probabilidades de ser penalizado o con la reducida sanción de que se trate, sino también con la influencia de una sociedad que vislumbra que se puede hacer cualquier cosa y que no hay consecuencias. Lamentablemente el ejemplo más directo es el de la clase política, constantemente demostrando incurrir en actividades ilegales que nunca se ven penalizadas.

Entonces, la consecuencia de lo antedicho es clara: la ecuación costo-beneficio (mirada desde el lado de la actividad ilícita) será positiva, ya que el costo es bajo o directamente nulo (ausencia de punición) y el beneficio es alto (obtener alguna ganancia contra no obtener nada porque el Estado no provee el servicio adecuadamente). Así, el sujeto toma la decisión de no seguir las normas, de apartarse de ellas.

IV.- Sujeto pasivo

En contrapartida, este sujeto es quien recibe la dádiva, es decir, el funcionario público, cuya sanción se encuentra estipulada en el art. 256 del Código Penal.

En él los incentivos operan de exactamente la misma manera que para el sujeto activo: si no hay un beneficio (ausencia de incentivo positivo) y la posibilidad de ser sancionado es baja o nula (falta de incentivo negativo), la ecuación va a ser positiva para la decisión de no respetar la ley.

Obviamente, el incentivo negativo es el mismo que para el sujeto activo, lo que cambia es el incentivo positivo, que ya no es la no provisión de parte del Estado de un servicio eficiente y eficaz, sino las posibilidades que aquel tenga de desarrollar una carrera dentro del escalafón estatal (en sentido amplio, es decir, se incluye acá tener desafíos laborales acordes y recibir una remuneración digna y suficiente para tener una vida con los elementos básicos cubiertos).

Entonces, el funcionario público ve como poco probable que se lo sancione por incurrir en un hecho de corrupción, sumado a que desde las altas esferas políticas se recurre a dichas prácticas habitualmente sin que ellas sean penadas, y, por último, a que no ve un futuro prometedor en su puesto de trabajo, sea por las pocas posibilidades de crecimiento como por los magros ingresos por remuneraciones.

Así, el impulso a incurrir en un hecho delictivo para obtener un beneficio económico pasa a ser una opción más que interesante para el agente.

V.- La mirada desde el derecho penal

La dogmática penal no analiza todo lo que fuera expuesto en las líneas anteriores, sino que mira estrictamente el hecho delictivo individual, es decir, la relación ilícita establecida entre el sujeto activo y el pasivo.

Y está bien que así sea, porque es precisamente el derecho penal, en parte, el instituto que sirve como incentivo negativo para ambas partes de esa relación espúrea. Una aplicación correcta de las normas penales aumentará incisivamente las posibilidades de que la actividad delictiva sea sancionada, y ello obviamente redundará en un desincentivo a llevarla adelante.

Sin embargo, y más allá de las distintas figuras penales que son abarcadas por el Capítulo VI del Título XI del Código Penal, subtítulo “Cohecho y tráfico de influencias”, lo relevante creo yo a los efectos de este análisis es considerar la pena prevista por la norma para este tipo de delitos.

Así, tanto el artículo 256 -cohecho pasivo-, como el 258 -cohecho activo-, prevén penas de entre uno y seis años de prisión para los casos donde se detecte un acto de corrupción (las penas son mayores si el funcionario público es un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público), y más allá de las posibles inhabilitaciones que se le establezcan al funcionario público, o de las multas que se apliquen -art. 259 bis-, si uno considera la pena de prisión establecida de forma aislada, podría verse como débil.

Pensemos que por aplicación del art. 26 del CP, es posible conceder una condenación condicional a todo aquel condenado que no posea antecedentes penales y que reciba como castigo una pena de hasta tres años de prisión, por lo tanto, no es descabellado en absoluto interpretar que cualquier miembro de la sociedad -individuo o funcionario público- tiene una suerte de “carta blanca” para cometer -al menos- un hecho de corrupción. Y digo al menos porque esto sería tan sólo en el supuesto de que sea atrapado y condenado, lo que ya referí que es altamente improbable de conformidad a las actuales estructuras del sistema.

En vista de lo dicho, el interrogante que a mi me surge es: las penas por delitos de cohecho, ¿son muy blandas? ¿Necesitamos sanciones más severas para delitos que impactan de forma tan aberrante y sistémica en la vida de la sociedad? Desde ya que mi respuesta es afirmativa.

Tal como lo expuse en los acápites anteriores, necesitamos de incentivos negativos más estrictos para arrancar de raíz un problema tan grave, y parte de ello tiene que ver con establecer sanciones adecuadas. Un hecho de corrupción, más allá del tratamiento individual que le da el Código Penal, es un problema estructural, porque empaña la vida social en su conjunto. Además, forma parte de una cadena de corrupción que si no se corta continúa, no sólo a lo largo del tiempo, sino que además “infecta” a otras personas.

El problema de la corrupción es que puede ser ejecutada a niveles muy altos -son pocos y limitados los participantes- y muy bajos -son muchos los sujetos que intervienen y de cualquier esfera social-. Así, al ser un delito tan inespecífico, que puede implicar sumas de dinero altísimas o ínfimas, se infiltra en la sociedad en su conjunto, por todos lados. Esto es sumamente problemático, porque puede ser cometido tanto por un alto funcionario del Estado como por un agente de policía raso, por personas con mucho poder, y por personas con escasos recursos e influencia.

Este alcance tan amplio permite una masificación delictiva que prácticamente no tiene comparación con otras figuras penales, cuyo impacto es inconmensurable porque salvo que un tercero denuncie el hecho, al no existir un daño a propiedad privada alguna, no hay “interesados” en que la acción sea penada.

De esta manera, cualquier persona de la sociedad puede cometer el ilícito y pocas tendrán incentivos en denunciarlo -siempre y cuando lo hubieren presenciado, lo que es sumamente difícil porque generalmente en estos hechos participan sólo el sujeto activo y el pasivo-, lo que implica que existe un gran universo de hechos que ni siquiera llegan a manos de las autoridades, y, por lo tanto, la posibilidad de sanción se reduce en un alto porcentaje.

En definitiva, como fuera adelantado, las bajas chances de que el delito sea detectado por el sistema, sumado a penas que claramente no reflejan la gravedad de aquel, son una gran fuente de motivación para que este tipo de ilícitos continúen siendo cometidos.

VI.- Disclaimer ético/moral

Todo lo antedicho, especialmente la masividad con la que es posible encontrar hechos de corrupción a lo largo de todos los estamentos sociales, no intenta significar que la mayoría de las personas carezcan de frenos y/o límites morales. No, no es así, de hecho este autor no piensa eso.

Las líneas anteriores sólo buscan poner en evidencia la facilidad con la que un delito de corrupción puede cometerse, y los pocos incentivos que hay para que ello no ocurra, pero de ninguna manera pretende hacer creer que exista tanta gente que desee hacerlo. Es más, considero que son más las personas que obran en base a consideraciones morales y éticas que aquellas que no lo hacen, pero tal universo obviamente no es el abarcado o apuntado por este trabajo.

Resulta bastante evidente que todo trabajo que busque analizar conductas delictivas no apuntará a los sectores sociales que desde un inicio no incurrirían en ellas por obrar bajo límites éticos, pero tampoco puede soslayarse que aquellos son también víctimas de este tipo de hechos, porque la corrupción al ser un delito que perjudica al Estado, nos termina convirtiendo en víctimas a todos los miembros de la sociedad.

Asimismo, no es menos cierto que mucha gente cree que el delito es menos grave cuando su cuantía es baja, y ello no es así porque, como ya se expusiera más arriba, es un tipo penal cuyos efectos se esparcen a lo largo y a lo ancho de toda la

sociedad. De hecho, es posiblemente el único delito al que mucha gente, paradójicamente, no ve como tal.

Pensemos en la corrupción que se produce en controles vehiculares. El individuo termina entregándole al oficial de policía una dádiva para que omita sancionarlo por alguna infracción vial. Esto es sumamente común en la sociedad argentina, es algo de todos los días, y muchas personas lo consideran como algo habitual y no dañino. Esto es claramente un error.

El problema es precisamente ese, existen en la sociedad de nuestro país, en líneas generales, tres clases de actitudes personales frente a estos ilícitos: el que los considera inaceptables por ser moralmente reprochables, el que los comete por no tener freno ético alguno, y aquel que está en el medio, que sabe que es algo que está mal pero que considera que cuando la cuantía es mínima tal vez no sea algo tan grave, es decir, que hay un “permitido” dentro de lo ilícito. Y esto es un gran inconveniente, ya que ese tercer grupo de personas es el que termina participando de la gran parte de los hechos de corrupción.

Como se dijera, el problema no es el quantum del delito, sino la consideración de que es algo de todos los días y de que está permitido hacerlo dentro de ciertos márgenes. Esa creencia es contagiosa y extremadamente peligrosa.

VII.- Conclusiones

La corrupción es un delito que tiene un efecto sistémico en la sociedad. Sus consecuencias no alcanzan tan sólo a las partes de la relación ilícita, sino que se extienden más allá, principalmente porque lo que se encuentra afectado es el erario público y el funcionamiento del Estado. Además su comisión sirve como ejemplo negativo a las personas que rodean a su autor, motivándolas a participar también en un delito de ese tipo.

Las causas de la corrupción, dejando de lado factores ético / morales, se ciñen a la carencia de suficientes incentivos por parte del Estado.

Por un lado, hay una pésima gestión de los incentivos positivos, porque el particular paga sus impuestos pero no recibe a cambio servicios públicos de calidad, y el agente estatal se encuentra enquistado en una organización que no le provee oportunidades de carrera, de desarrollo personal y profesional, y de un salario digno.

Por otro, los incentivos negativos son insuficientes, ya que tanto el sujeto activo como el pasivo son conscientes de las bajas probabilidades de que los delitos de este tipo sean detectados y denunciados por terceros y que, llegado el caso en que ello ocurra, la posible pena a ser impuesta es de una cuantía ínfima, acompañada muy posiblemente de una ejecución condicional.

En definitiva, teniendo en cuenta que todas las personas de una sociedad al tomar sus decisiones diarias lo hacen siempre en términos económicos (análisis de costo-beneficio), el déficit de incentivos las motiva a incurrir en acciones ilícitas.

Se observa con meridiana claridad que la corrupción nunca puede ser considerada como un delito aislado, como un hecho individual, sino que es menester tratarlo como un problema sistémico. Si no adoptamos esta posición, podremos capturar y sancionar a uno, dos, tres, o diez personas que cometan el delito, pero la raíz del problema seguirá estando firmemente enterrada en la sociedad.

Adicionalmente, es imprescindible que los tribunales comiencen a interpretar este tipo de hechos bajo la lupa del análisis económico del derecho, que es la rama doctrinaria que provee de mejores herramientas para dotar de soluciones generales y más justas, teniendo en miras las razones de las decisiones adoptadas por los sujetos intervinientes.

Es muy común que el ciudadano argentino considere que vive en una sociedad corrupta, pero dicha afirmación no es correcta -más allá de las consideraciones morales que puedan hacerse-, porque la sociedad no es corrupta per se, sino que el sistema la impulsa a tal cosa. Al fin y al cabo, una sociedad no es más que un grupo de personas que actúan movidas por intereses, muchos de los cuales son regulados por la actividad estatal, por lo cual **la sociedad no será “corrupta” si el Estado provee de los incentivos adecuados para que ello no suceda.**