

ano 13 - n. 53 | julho/setembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

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



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

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

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

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

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

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

Trimestral
ISSN: 1516-3210

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

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

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

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

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

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

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

Esta publicação está catalogada em:

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

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

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

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

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

Homenagem Especial

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

El control de la corrupción en el Derecho Comparado – Los casos de Argentina, Brasil y España

Alfonso Buteler

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Premio Cuadro de Honor a los mejores promedios. Docente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNC) y de Derecho Procesal Público (Universidad Empresarial Siglo 21), Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Escuela de Derecho de la (UES21). Autor de numerosas publicaciones en obras colectivas y revistas especializadas sobre la materia.
E-mail: <alfonsobuteler@hotmail.com>.

Resumen: La intención de este trabajo es analizar las particularidades que presenta el problema de la corrupción en la República de Argentina, Brasil y España y comparar los organismos encargados del control de la materia.

Palabras-clave: Corrupción. Derecho público. Derecho comparado. Argentina. Brasil. España.

Sumario: I Introducción – II El fenómeno de la corrupción – III Los instrumentos internacionales anticorrupción y los órganos de control – IV Análisis comparado de los organismos que controlan la corrupción

I Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar las particularidades que presenta el problema de la corrupción en la República Argentina, Brasil y España y, posteriormente, analizar los organismos que tienen a su cargo el control de esa temática.

El abordaje de la cuestión propuesta nos obliga a efectuar algunas aclaraciones preliminares. En primer lugar, debemos señalar que la elección de los

países objeto de estudio no obedece a ningún otro motivo en particular más que la comparación. En segundo término, es importante poner de resalto que nuestro trabajo se limitará a describir —brevemente— las particularidades que presenta la corrupción en dichos sitios y cuáles son los órganos estatales que tienen a su cargo el control de dicho mal, de modo tal, que las conclusiones queden a cargo del lector.

II El fenómeno de la corrupción

Como ya lo hemos señalado en otra oportunidad¹ la corrupción, como desnaturalización del poder² no es un fenómeno reciente sino que remonta su origen a unos milenios atrás,³ aunque en las últimas décadas se ha transformado en una problemática que ocupa la agenda pública, que aqueja y preocupa⁴ al mundo entero poniendo en jaque muchas de las bases del Estado moderno.

Ello, en virtud de que dicho flagelo genera una gran inestabilidad institucional y una fuerte desconfianza de los ciudadanos que termina socavando el ejercicio mismo del poder estatal. En ese orden de ideas uno de los mayores temores que se tiene es que ese mal termine afectando a la democracia misma y las reglas que rigen en un Estado de Derecho.

Es que, como lo señala Malem Seña, la corrupción corroe los fundamentos que de la moderna teoría de la representación que está bajo el ideal democrático.⁵ Pues, para dicho autor, el círculo vicioso de corrupción e impunidad “produce en el ciudadano una sensación de que ‘todo vale’, un descreimiento aún mayor en el

¹ BUTELER, Alfonso, “Corrupción y derecho administrativo”, en A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Editora Forum, Belo Horizonte, Brasil, n. 48, p. 97 y ss.

² Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Ética, política y urbanismo”, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, n. 333 p. 83, esp. p. 98.

³ Un enfoque histórico de la temática puede verse en: GRONDONA, Mariano, *La Corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, p. 35 y ss; BALLEEN, Rafael, *Corrupción. Los otros bandidos*, Bogotá (Colombia), Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2004, 2ª ed., p. 29 y ss.

⁴ Así en el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción se señala lo siguiente: “Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero, Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados”.

⁵ MALEM SEÑA, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 121.

sistema judicial y un incentivo más para operar como un *free riders*. Se genera de ese modo una cultura de la corrupción donde muchos pretenden alcanzar sus metas a través de métodos ilegítimos y donde el que cumple con las leyes pierde siempre”⁶

Por tal motivo, es que se ha señalado que la falta de probidad de los funcionarios públicos pone en debate el problema capital de la lealtad democrática, habida cuenta que la proliferación de actividades corruptas indica la existencia de un problema mayor y más profundo: la tendencia a sustituir el ideal democrático de cooperación por formas de competencia y de imposición de los propios intereses que contradicen radicalmente ese ideal.⁷

Así, mientras para algunos⁸ el tema de la corrupción está íntimamente vinculado al principio de legalidad, para otros⁹ ultrapasa la cuestión de la necesidad de cumplimiento de la ley o el respeto a los códigos de ética.

En lo que tiene que ver con el abordaje de esta cuestión las dificultades se acrecientan si tenemos en cuenta que ha sido muy dificultoso definir a dicho fenómeno o encontrar un concepto que englobe a todas aquellas conductas que deben considerarse corruptas o reñidas con la ética, lo que se evidencia en la inexistencia de una noción en la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁰ y en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.¹¹ Muestra de ello es que en la etapa de elaboración de este último instrumento internacional hubo arduos debates en el seno del Comité Especial para tratar de llegar a una definición consensuada de “corrupción”, sin embargo, ello no fue posible,¹² aunque no pueden desconocerse los esfuerzos que a tal efecto aun realiza la doctrina.¹³

A pesar de ello, lo que no puede negarse es que la noción de corrupción ha ido ampliándose de manera exponencial; desde el soborno, pasando por

⁶ *Idem*, p. 127.

⁷ SAID, José Luis, “La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y el reglamento”, en AA.VV. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2009, p. 499.

⁸ PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción”, *La Ley*, 20.06.2011.

⁹ OSORIO NUNES, Antonio Carlos, “Corrupção: o combate através da prevenção”, en AA.VV. *Corrupcao, ética e moralidade administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2008, (Luis Manuel Fonseca Pires, Mauricio Zockun y Renata Porto Adri, Coordinadores), p. 15.

¹⁰ En adelante, CICC.

¹¹ En adelante, CNUCC.

¹² RAIGORODSKY, Nicolás R., *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, 2ª ed. act., p. 27.

¹³ MALEM SEÑA, J, *op. cit.*, p. 24 y ss; GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Barcelona, 2004, Gedisa, p. 202.

enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, tráfico de influencias, hasta involucrar cualquier conducta reñida con la ética.¹⁴

Lo real y concreto es que en la actualidad la corrupción es una preocupación mundial¹⁵ y, sobre todo, un fenómeno global en virtud del auge de las operaciones financieras internacionales, del comercio transnacional, etc. Por tal motivo, es que se ha dicho que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.¹⁶

III Los instrumentos internacionales anticorrupción y los órganos de control

En lo concerniente a los organismos de control estatal, las convenciones anticorrupción más importantes contienen regulaciones abordan el asunto, estableciendo estándares que deben seguir los países miembros.

En tal sentido la CICC ha establecido pautas claras en el tema que nos ocupa, las cuales deben ser tenidas en cuenta por las autoridades locales bajo pena de responsabilidad internacional, pues sus preceptos son directamente operativos,¹⁷ salvo en materia penal.¹⁸

Con tal orientación, dicha Convención: a) Hace hincapié en el carácter preventivo del control; b) Impone la obligación de crear órganos de control superior con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir detectar sancionar y erradicar las prácticas corruptas (art. III, 9) y c) Impone a los Estados el establecimiento de sistemas adecuados para recaudación y el control de los ingresos del Estado que impidan la corrupción (art. III, inc. 6).

¹⁴ JEANNERET DE PEREZ CORTES, María, “Ética y función pública”, L.L. 2005-D, 1097, esp. p. 1102.

¹⁵ Así, por ejemplo, en 1994 se realizó en EE.UU. el primer Congreso Internacional de Ética pública, en 1996 se celebró el Convenio de la OCDE sobre soborno transnacional y tuvo lugar la Convención Americana Contra la Corrupción. El año siguiente el Consejo de la Unión Europea aprobó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la esa unión. De la última década merece destacarse la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003) y sobre todo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2006).

¹⁶ Véase los considerados de la CNUCC.

¹⁷ Carlos A. Manfroni destaca que la operatividad no es inmediata en materia penal (*La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, 2ª ed. act., p. 112).

¹⁸ Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed. T. I, p. XVI, 19.

También, la CNUCC contiene disposiciones específicas con relación al tema al establecer la obligación de los Estados parte de:

- a) realizar una evaluación periódica para detectar si los instrumentos jurídicos y administrativos utilizados en el país para combatir la corrupción son adecuados;
- b) garantizar la existencia de órganos encargados de prevenir la corrupción y de otorgarles la independencia necesaria, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación de los empleados para el correcto desempeño de sus funciones que tienen asignadas (art. 6º);
- c) adoptar las medidas que sean necesarias, para alentar la cooperación entre, por un lado, organismos públicos de cada Estado Parte, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos (art. 38).

IV Análisis comparado de los organismos que controlan la corrupción

1 República Argentina

1.1 Particularidades

En primer lugar, debe señalarse que conforme a los índices publicados en los últimos años la República Argentina se encuentra, habitualmente, entre los países con mayores niveles de corrupción del mundo ubicándose, por lo general, por encima del puesto número cien en nivel de transparencia.¹⁹

Esa percepción es acompañada por los medios de comunicación ya que en las últimas décadas han sido numerosos los casos de corrupción que han trascendido públicamente.²⁰

¹⁹ Pueden confrontarse los índices de Transparencia Internacional de los últimos años en: <www.transparency.org>. Se ha señalado desde la doctrina es relativa la utilidad de esa clasificación “en la medida en que se trata de una percepción interesada de aquellos empresario que se orientan en función de su reales y posibles negocios, pero creemos que es un indicador que merece su atención ya que surge de quienes posibilitan inversiones que son cada vez más necesario y requeridas en la región” (PEREZ HUALDE, Alejandro, “Desviación de poder como ‘sistema’ y un instrumento necesario: las lealtades personales”, *Suplemento de derecho Administrativo*, La Ley, febrero de 2012, n. 1, p. 4).

²⁰ Sobre el tema puede verse: PEREYRA, Sebastián, *Política y transparencia*. La corrupción como problema público, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013, p. 139 y ss.

Por otra parte, es importante destacar que el costo social de la corrupción en nuestro país desde el regreso de la democracia en 1983 ha sido estimado en la suma de diez mil millones de pesos (Dos mil millones de dólares, aproximadamente).²¹

Un relevamiento realizado por el Centro de Investigaciones y Prevención de la Criminalidad ha revelado que desde la democracia se promovieron 750 causas judiciales vinculadas a la corrupción y sólo en de tres de ellas hubo condenas. Según ese informe, el promedio de duración de causas judiciales en donde se investigan actos de corrupción es de catorce años, contados desde la fecha en que se radica la denuncia hasta su finalización,²² lo cual ubica a esas causas cerca de los plazos de prescripción y, por ende, de la impunidad.

Se ha detectado, también, que los países que poseen leyes de acceso a la información pública tienen un nivel más bajo de corrupción. Cabe destacar que en la República Argentina sólo contamos en la actualidad, con el Decreto nº 1172/03²³ de aplicación en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, es decir, que no existe una ley aplicable a todo el Estado federal.²⁴

²¹ Cfr. con informe "La parálisis de la justicia frente a los casos de la corrupción" en <www.acij.org.ar>.

²² Confrontar el Informe denominado "La parálisis de la justicia frente a los casos de la corrupción" realizado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia: <www.acij.org.ar>.

²³ B.O. 4/12/2003. A su vez, mediante la Resolución conjunta nº 03/2008 de la Fiscalía de Control Administrativo y la Resolución conjunta nº 01/2008 de la Secretaría de Gabinete y Relaciones Parlamentarias se aprobó el procedimiento de tramitación de las denuncias por incumplimiento de las obligaciones previstas en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional.

²⁴ De manera reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado su primera sentencia en donde reconoce sin corta pisas y de manera amplia el derecho de acceso a la información pública poniendo sobre el tapete muchos asuntos que hasta el momento eran motivo de discusiones doctrinarias y sentencias de tribunales inferiores.

Se trataba de la acción de amparo promovida por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) en contra del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) con el objeto de que se hiciera entrega de la información relativa a cómo dicha entidad repartía la pauta oficial.

El eje central de la contienda rondaba en torno a las posibilidades de aplicación del Decreto nº 1172/03 a la demandada en tanto su carácter de persona pública no estatal. El Alto Tribunal entiende que al tratarse de un derecho constitucional netamente operativo debe permitirse el acceso a la información con independencia de que existan normas al respecto. Por tales motivos, consideró que aquel decreto se aplica a todos de manera supletoria en la medida en que carezca de regulación.

Para concluir de tal modo sostuvo que "aun cuando el recurrente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia,

En nuestro país, se han aprobado tanto la CICC y la CNUCC. Ambos instrumentos internacionales poseen rango supralegal habida cuenta que sólo los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional por vía del art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental.²⁵

1.2 Previsiones constitucionales

La inclusión del art. 36 con la Reforma Constitucional de 1994 ha dado lugar a un posicionamiento distinto de la temática de la corrupción en Argentina. Pues allí, el Constituyente incluyó en el texto de la Carta Magna el delito de corrupción,²⁶ lo que ha llevado a la doctrina a cuestionarse quién es el titular de ese bien jurídico a la transparencia o al desempeño ético de la función pública.²⁷ Sin lugar a dudas, podemos sostener que se trata de nuevo derecho de incidencia colectiva que se halla en cabeza de los ciudadanos y que, por ende, hace aplicable la legitimación prevista en el art. 43 de la CN.²⁸

una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados —como se verá— a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática”.

Asimismo, haciendo hincapié en el tema de la legitimación pasiva dispuso que para que los Estados cumplan con su obligación de adecuar su ordenamiento interno a los tratados de derecho humanos “no solo deben garantizar este derecho en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público” para concluir que “Dicha amplitud supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas” teniendo como norte el principio de máxima divulgación (C.S.J.N., 04/12/2012, “Asociación Derechos Civiles el en —PAMI— (dto.1172/03) s/ amparo Ley 16.986”, A. 917. XLVI).

²⁵ Cabe destacar que existe un proyecto legislativo presentado por la Oficina Anticorrupción para otorgarle jerarquía constitucional a la CICC.

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, T. VI, p. 267.

²⁷ SAID, J., *op cit.*, p. 493; CANDA, Fabián O., “El régimen disciplinario de los empleados público (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, EDA, 2003, p. 565.

²⁸ Para ampliar puede verse: BUTELER, Alfonso, “La legitimación para el control de la corrupción”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, n. 13, p. 64 y ss.

1.3 Organismos anticorrupción

1.3.1 La Oficina Anticorrupción

De acuerdo a la Ley n° 25.233²⁹ que le dio nacimiento en 1999, la Oficina Anticorrupción³⁰ se ubica en la esfera del Ministerio de Justicia de la Nación. Tiene a su cargo la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el Sector Público Nacional³¹ o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal. Sin embargo, carece de competencia para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, del Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales. Además, conforme lo dispone el Decreto n° 102/99³² es la autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública³³ y de la CICC.

El art. 6° establece que la OA estará a cargo de un Fiscal de Control Administrativo, designado y removido por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Justicia.

Entre sus competencias previstas en el art. 2 se destacan las siguientes: a) La facultad de recibir denuncias que hicieran particulares o agentes públicos que se relacionen con su objeto e investigarlos si correspondiere; b) Investigar preliminarmente a toda Institución o Asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de los mencionados recursos; c) Denunciar ante la

²⁹ B.O. 14/12/1999.

³⁰ En adelante, OA.

³¹ Al respecto el art. 8 de la Ley n° 24.156 (B.O. 29/10/1992) indica que el Sector Público Nacional está integrado por: a) la Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social; b) las empresas y sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; c) los entes públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones; d) los fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.

³² B.O., 29/12/1999.

³³ Ley n° 25.188, B.O., 01/11/1999.

justicia competente los hechos que como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos; d) Constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado. Adviértase que únicamente puede intervenir en causas penales en la calidad de querellante pero no tiene en su cabeza la posibilidad de llevar adelante la acción penal pues, de lo contrario, habría una injerencia del Poder Ejecutivo en el Ministerio Público, tal como lo entendió la Corte Suprema en el caso “Aslanian”;³⁴ e) Llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes púnciones establecidas en el art. 2º al hecho de que el Fiscal de Control Administrativo considere la cuestión de significación institucional, económica o social lo cual pone de resalto para la doctrina la discrecionalidad que posee en dicha apreciación.³⁵

Como podrá advertirse, en esa regulación, es fundamental el principio de oportunidad, a partir de criterios de significación institucional (exceso de poder, desviación de los fines de un organismo, etc.), social (situaciones en las cuales el funcionamiento del organismo tiene un impacto apreciable en la población) y económica (cuestiones relativas a la eficiencia con la cual es administrado un organismo).³⁶

En lo que respecta al aspecto adjetivo, una vez que detectada una supuesta trasgresión, las actuaciones deben pasar con dictamen fundado al Ministro de Justicia, a la Procuración del Tesoro de la Nación y al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate. Ese expediente servirá de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes en donde la OA podrá ser tenida como parte acusadora con facultades de ofrecer, producir o incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

En nuestra opinión, si bien es elogiable que exista un organismo especializado en materia de corrupción³⁷ el hecho de que el titular de la OA sea designado por el Presidente de la Nación y su ubicación jerárquica dentro del Ministerio de Justicia, ponen en evidencia una clara falla estructural y el incumplimiento de los estándares establecidos por las convenciones internacionales a que aludimos

³⁴ Fallos, 329:1984, (2006).

³⁵ Cfr. ORGAZ, Jorge, “El procedimiento de control de las irregularidades administrativas”, AAVV, *Derecho procesal administrativo*, Córdoba, Alveroni, (Ignacio Velez Funes, Dir.), 2003, TII, p. 370.

³⁶ Cfr. MASSONI, José, “La Oficina Nacional de Anticorrupción”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, 2ª ed., p. 759 y ss.

³⁷ ROSE ACKERMAN, Rose, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias, reforma*, Madrid, Siglo XXI, 2001, p. 208.

más arriba. Ello, en tanto, dicho organismo de control, no tiene garantizada su independencia,³⁸ habida cuenta que debe controlar a sus superiores y a quienes le asignan recursos. Es que, como lo recuerda Canda, es una regla básica en materia de control que el controlante no dependa del controlado.³⁹

1.3.2 La fiscalía de investigaciones administrativas⁴⁰

Este organismo forma parte del Ministerio Público Fiscal como órgano dependiente de la Procuración General de la Nación.⁴¹ Está compuesto por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y los demás magistrados que establece la Ley n° 21.383.⁴² En virtud de ubicación institucional, al integrar un órgano extrapoder, tiene independencia con relación a los tres poderes estatales lo que resulta fundamental en la medida en que su actividad es exógena a la de los investigados.⁴³

Tiene como finalidad controlar la legalidad administrativa y en caso de detectar irregularidades, ordenar a través de un dictamen que es vinculante, la instrucción de sumarios administrativos o —en su caso— denunciar penalmente y participar en las causas con los alcances que analizaremos más adelante.

La modificación de la Ley n° 21.383 que permitía la remoción del Fiscal de Investigaciones Administrativas por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional tal como ocurrió en el recordado caso “Molinas”,⁴⁴ ha sido un gran avance para lograr

³⁸ ALBERTSEN, Jorge, “La Oficina Anticorrupción”, Documentación Administrativa, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, n° 269-270, mayo-diciembre, 2004, p. 236.

³⁹ Cfr. CANDA, Fabián Omar, “La Fiscalía de Investigaciones Administrativas”, ED, 180:199, esp. p. 801.

⁴⁰ En adelante, FIA.

⁴¹ En tal sentido, el art. 120 de la Ley Fundamental dispone que “El ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones”.

⁴² B.O. 20.08.1976.

⁴³ Aunque, como lo destaca Fabián O. Canda, lo más importante es su independencia del Poder Ejecutivo ya que es ese Poder quien es investigado por la FIA (“La Fiscalía de Investigaciones Administrativas”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública*, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, 2ª ed., p. 833)

⁴⁴ Fallos, 314:1091, (1991) En ese caso, frente al cuestionamiento —por vía de amparo— contra la legitimidad de un decreto del P.E.N. por el cual se había resuelto separar de su cargo al Fiscal de Investigaciones Administrativas sin la realización de un sumario previo, la Corte Suprema rechazó la demanda.

la independencia de este órgano de control. Es que en la actualidad la remoción dependerá de la decisión de un Tribunal de Enjuiciamiento que, a su vez, está sujeta al control judicial posterior.

También, es un aliciente que la designación de los miembros de la FIA se haga por concurso de oposición y antecedentes. Empero, es criticable que la terna que resulte de ese proceso de selección deba ser elevada al Poder Ejecutivo Nacional por el Procurador General para que proponga a uno de ellos al Senado para su nombramiento. A su vez, es destacable que los integrantes de la FIA posean estabilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta y hasta los 75 años.

Por su parte, el art. 45 de Ley Orgánica del Ministerio Público⁴⁵ establece que dicha autoridad de contralor tiene como funciones las siguientes:

- a) Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado Nacional tenga participación.

En caso de irregularidades pasará las actuaciones con dictamen fundado a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate, las que servirán de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes y la FIA será tenida como parte acusadora, con iguales derechos a la sumariada, en especial, las facultades de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

- b) Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos.
- c) Denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delitos. En tales casos, las investigaciones de la Fiscalía tendrán el valor de prevención sumaria. El ejercicio de la acción pública quedará a cargo de los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia con la intervención necesaria del FIA o de los magistrados que éste determine.

⁴⁵ Ley n° 24.946, B.O. 23/03/1998. En adelante, LOMP.

d) Tiene intervención cuando en el curso de un proceso judicial en sede penal se efectúe imputación formal de delito contra un agente público por hechos vinculados con el ejercicio de su función, el juez de la causa deberá poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

e) Asimismo, para los casos en que los fiscales del fuero no estuvieren de acuerdo con la prosecución de la acción, podrá la FIA asumir en cualquier momento el ejercicio directo de la acción pública.

Como puede advertirse, la FIA es un organismo que reúne muchas de las competencias y facultades deseables para luchar en contra de la corrupción. Así, lo pone de resalto también la labor realizada por dicho organismo en los últimos años.

Sin embargo, a partir del dictado de la Resolución n° 147/08 del Procurador General de la Nación⁴⁶ la situación que se presenta es diferente en tanto se han limitado notablemente las facultades de dicho organismo en la jurisdicción penal. En dicha resolución, el PGN —dictada según dicho funcionario para precisar funciones, prerrogativas y competencia de la FIA— sostiene que:

a) La FIA nunca fue concebida como una fiscalía penal temática, investida de la facultad de monopolizar la representación del Ministerio Público Fiscal en casos de corrupción. En contra de esa postura explicitada se ha manifestado Canda al sostener el carácter específico de la FIA y de los magistrados que la componen por sobre los demás fiscales.⁴⁷

b) En las causas iniciadas por denuncia de la FIA mientras se mantenga la investigación a cargo del fiscal de la causa, la FIA puede acceder al expediente y concertar cursos de acción con el fiscal pero siempre la representación es única y depende del fiscal a cargo.

c) Para que la FIA pueda ejercer directamente la acción es necesario que previamente el fiscal de la causa haya exteriorizado un criterio contrario a la prosecución de la acción. (art. 45 inc. C de la LOMP) Los fiscales deben informar a la FIA cada vez que así lo decidan para que ésta pueda asumir la defensa.

Por nuestra parte destacamos, que la inteligencia asignada a dicho precepto normativo se opone a la jurisprudencia de la Corte Suprema

⁴⁶ En adelante, PGN.

⁴⁷ CANDA, F., "La Fiscalía..." *op. cit.*, p. 809.

Nacional, habida cuenta que, si bien ante otro contexto normativo, en la causa “Ríos”⁴⁸ el Alto Tribunal admitió en el ejercicio directo de la acción pública por la FIA, aun ante la discrepancia del fiscal de la causa. Este criterio se repitió luego en “Caciatore” en 1988.⁴⁹

d) La FIA no puede intervenir en las medidas cautelares.

e) Cuando una causa haya sido iniciada por una vía distinta a la denuncia de la FIA los jueces se encuentran obligados a comunicar a aquella todos los casos en los que se halle imputado un funcionario público. En esos supuestos, también se debe garantizar la intervención judicial “necesaria” de la FIA pero siempre sujeto a la decisión del fiscal de la causa.

A partir de esa decisión del PGN, el ejercicio de la acción penal directa por la FIA requiere de manera concurrente que la causa penal sea iniciada por ésta y que el fiscal federal competente tenga un criterio diferente al de dicho organismo de control en cuanto a seguir interviniendo en la causa.

Esa interpretación de las atribuciones de la FIA que propone la mentada resolución, si bien puede tener cierto respaldo normativo, violenta las prescripciones de las convenciones internacionales en cuanto obliga a cada Estado Parte a asegurar la independencia y a otorgarle las herramientas necesarias para que puedan hacer un eficaz control de la corrupción. No podemos hablar de un control eficaz de la corrupción si la FIA no tiene facultades judiciales concretas.

En contra de esta postura se ha pronunciado Bianchi⁵⁰ al señalar que dicha resolución del PGN “constituye una interpretación de las facultades de la FNIA ajustada al texto de la LOMP”. Es que según dicho autor, bajo la Ley n° 21.383, la FIA podía, en cualquier causa denunciada por ella: (a) ejercer en forma directa la acción pública o (b) impartir instrucciones a los fiscales requiriéndoles informes. Por el contrario, la LOMP limita sus funciones a una “intervención necesaria”, y solamente le permite ejercer la acción pública cuando los fiscales competentes tuvieran un criterio contrario a la prosecución de la acción. Por último, señala que si bien los términos “intervención necesaria” tal como dice la Resolución n° 147 son “discutibles y abiertos a debate”, lo cierto es que tal intervención no puede equipararse a la del fiscal de la causa cuando ejerce la acción pública, ni tampoco puede suponer el desplazamiento de aquél, pues la LOMP no lo autoriza. Se trata de una actividad, tal como establece la Resolución n° 147, de colaboración

⁴⁸ Fallos, 310:1510 (1987).

⁴⁹ Fallos, 311:593 (1988).

⁵⁰ BIANCHI, Alberto B., “La alegada ‘limitación’ de las facultades de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas”, Sup. Const. 2009 (mayo), 01.01.2009, 54 - LA LEY 2009-C, 711.

y enriquecimiento de la tarea del fiscal, que debe llevarse a cabo en forma coordinada con éste.

2 Brasil

2.1 Particularidades

En lo relativo a los instrumentos internacionales anticorrupción cabe destacar que en Brasil la CICC fue aprobada por el Congreso Nacional por medio del Decreto Legislativo nº 152 del 25 de junio de 2002 y fue promulgada el 7 de octubre de ese año por Decreto nº 4410. También, se aprobó el texto de la CNUCC a través del Decreto Legislativo nº 348 del 18 de mayo de 2005 y fue promulgada por Decreto nº 5687 del 31 de enero de 2006. Por último, debemos recordar que en el año 2000 ya se había aprobado la convención de OCDE sobre el combate a la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, firmada en París en 1997.

Dichos instrumentos internacionales en el sistema jurídico brasileiro tienen jerarquía de ley después de su promulgación, excepto aquellos relativos a derechos humanos que por fuerza de las modificaciones trazadas por la Enmienda Constitucional nº 45/2004 poseen estatus de Enmienda Constitucional (art. 5, ap. 3 de la a CF). Desde la doctrina de aquel país se ha señalado que a pesar de toda la ligazón que se hace de la corrupción con los derechos fundamentales, las convenciones contra la corrupción no tratan propiamente de derecho humanos, de tal forma que no parece posible darles estatus de enmienda constitucional.⁵¹

Con relación a la medición de la corrupción, el último informe (2012) de Transparencia Internacional ubica a Brasil en el puesto número sesenta y nueve.

Desde el año 2011 existe una ley que regula la temática referida al acceso a la información pública (Ley nº 12.527).

2.2 Régimen constitucional

Otro aspecto que debe destacarse del sistema brasileiro es que el art. 37 de su Constitución enuncia el principio de moralidad.⁵² Es más en §4º de dicho

⁵¹ GARCIA, Mónica Nicida, "Tres convencoes internacionais anticorrupcao e seu impacto no Brasil", en AA.VV. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2008, (Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun y Renata Porto Adri, Coord.), p. 283.

⁵² Esa norma dispone que "La Administración pública, directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipio obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, eficiencia".

precepto se apunta que “Los actos de improbidad administrativa comportarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y graduación prevista en la ley, sin perjuicio de la acción penal procedente”.

A su vez, el art. 15 de la Carta Magna dispone que “Está prohibida la privación de derechos políticos, cuya pérdida o supresión sólo se producirá en los casos de [...] V - improbidad administrativa en los términos del artículo 37”.

En razón de ese principio, a diferencia de lo que acontece en el sistema argentino hasta ahora, el administrado tiene el derecho subjetivo a controlar las acciones de la administración en este campo. En esa tónica, el art. 5 inc. LXXIII de su Ley Fundamental habilita la promoción de una acción popular.⁵³ De este modo, cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y de los gastos.

Es así, entonces, que la moralidad corresponde tanto a un principio constitucional, como a los fines de resguardar el interés público mediante la acción popular.⁵⁴

Además del ciudadano, que puede hacerlo mediante la *acción popular*, el Ministerio Público también puede proponer un juicio especial para la tutela de la *moralidad administrativa*, considerada como un interés difuso: la llamada *acción civil pública*, regulada por la Ley n° 7.347/1985.

Teniendo en cuenta la regulación constitucional del principio de moralidad dicho aspecto ha sido tratado muy especialmente por la llamada Ley de Improbidad Administrativa (Ley n° 8.429/92) que contiene regulación muy precisa sobre dicha temática. Allí, se prescribe que los actos de improbidad practicados por cualquier agente público contra la administración federal o municipal, empresa incorporada al patrimonio público o entidad en la cual el erario estatal haya concurrido con

⁵³ Tal vía procesal puede ser promovida por cualquier ciudadano y no por las personas jurídicas, para la tutela de intereses y derechos de naturaleza difusa (bienes jurídicos *transindividuales* —con una pluralidad indeterminada de sujetos jurídicamente interesados en su protección; e *indivisibles*— la protección del bien satisfará jurídicamente a todos los interesados; su violación, igualmente, ofenderá a todos indistintamente). Entre ellos se encuentran actos administrativos inmorales, antiéticos y corruptos, que pueden ser anulados judicialmente por este carril.

⁵⁴ ZANCANER ZOCKUN, Carolina, “Principio da moralidade – algumas considerações”, en AA.VV. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2008 (Luis Manuel Fonseca Pires, Mauricio Zockun y Renata Porto Adri, Coord.), p. 38.

más del cincuenta por ciento de su patrimonio quedarán comprendidos en los preceptos de dicha ley. Quedan comprendidos, asimismo, los actos de improbidad practicados contra el patrimonio de entidades que reciban subvención, beneficio o incentivo, fiscal o crediticio, de órgano público como aquellas en la cual el erario público haya contribuido o concurra con menos del cincuenta por ciento del patrimonio, limitándose en estos casos, a la sanción patrimonial a la repercusión del ilícito sobre la contribución de los fondos estatales.

Entre otras particularidades de esa legislación es importante destacar que el art. 8 dispone que el sucesor de aquel que provocó la lesión al patrimonio público o se enriqueció ilícitamente está sujeto a las conminaciones de dicha legislación hasta el límite del valor de la herencia.

Posteriormente, se precisan algunas de las conductas que se consideran actos de improbidad administrativa. A modo de ejemplo, podemos traer a colación el art. 9º cuando considera como tal el otorgamiento de cualquier ventaja patrimonial indebida en razón del ejercicio de cargo, mandato, función, empleo u otra actividad de las mencionadas en el art. 1. Por su parte, el art. 10 incluye en la improbidad administrativa a la lesión al erario público mediante cualquier acción u omisión, dolosa o culposa, que implique pérdida patrimonial, desvío, apropiación, desbaratamiento o dilapidación de los bienes o de las entidades incluidas en el art. 1.

Entre las diversas sanciones previstas en este régimen pueden señalarse las siguientes: resarcimiento integral del daño, pérdida de los bienes o valores incorporados ilícitamente al patrimonio, pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de cinco a ocho años, pago de multa civil hasta dos veces el valor del daño y prohibición de contratar con el poder público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, tanto directa como indirectamente, aun por intermedio de una persona de la que sea socio mayoritario por el plazo de cinco años. A su vez, dependiendo de la gravedad de la conducta estas pueden ser aplicadas conjuntamente y se admite el despacho de medidas cautelares que dispongan la indisponibilidad de los bienes del acusado.

En el marco de esta legislación se aplicará una sanción por el órgano judicial mediante una acción de improbidad administrativa. Resulta dificultoso establecer la naturaleza de tales sanciones pero lo real y concreto es que las penas previstas en este régimen pueden convivir con una sanción disciplinaria o criminal.

Por último, debemos mencionar la denominada Ley de la Ficha Limpia (nº 135/2010) que establece la prohibición de poder elegir a agentes que han practicado actos corruptos, inmorales y antiéticos en el ejercicio de cargos y funciones públicas.

Esa regulación es producto del mandato constitucional del art. art. 14, §9º, cuando dispone que será la ley complementaria la que establezca los casos de “ineligibilidad” y los plazos con la finalidad de proteger la probidad administrativa, la moralidad para el ejercicio de los mandatos públicos.

La ley, entonces, ha creado nuevos supuestos en donde los funcionarios caen en la prohibición de ser elegidos de inelegibilidad, a raíz de haber sido condenados en los ámbitos legislativo, administrativo y judicial, por haber incurrido en conductas corruptas. La pérdida del mandato por quiebra del decoro parlamentario, por improbidad administrativa en la modalidad dolosa, por determinados crímenes relacionados con el ejercicio corrupto de la función pública, entre otras condenas conllevan la cesación de los derechos políticos y la consecuente inelegibilidad temporaria del agente.

Ese plexo normativo admite, sin embargo, la aplicación de la “inelegibilidad” en algunas hipótesis antes de una condena firme. Basta que la decisión haya sido tomada por un “órgano colegiado”. Este ha sido uno de los puntos más controvertidos, porque puede sostenerse que la aplicación de la medida en casos sujetos a recursos implicaría una ofensa al principio de presunción de inocencia.

2.3 Organismos de control

2.3.1 Contraloría General de la Unión⁵⁵

Dicho organismo fue creado en el año 2003 mediante la Ley nº 10683 y tiene a su cargo la defensa del patrimonio público, la fiscalización de la utilización de los recursos públicos federales, la implementación de políticas de prevención de la corrupción y de la promoción de la transparencia.⁵⁶ A su vez, debe asistir al Presidente de la República en los asuntos que, en el ámbito del Poder Ejecutivo, sean relativos a la defensa del patrimonio público y al aumento de la transparencia de la gestión por medio de las actividades de control interno, auditoría pública, corrección, prevención y combate a la corrupción y mediación.

Tiene un fuerte carácter preventivo incardinado a detectar fraudes antes de que se produzcan. Su estructura básica se compone de: Oficinas, Comité Jurídico, el Consejo de Transparencia Pública y Lucha contra la Corrupción de Coordinación Control Interno, Secretario Ejecutivo de la Oficina General de Asuntos Internos, el general Defensor del Pueblo de la Unión.

⁵⁵ En adelante, CGU.

⁵⁶ OSORIO NUNES, A., *op. cit.*, p. 27.

Es deber de la CGU dar curso a debido a las reclamaciones o quejas justificadas que recibe sobre el daño o amenaza de daño a la propiedad pública, garantizando su plena demarcación. (art. 18)

De su organización interna se destaca la Secretaría de Prevención de la Corrupción e Informaciones Estratégicas que tuvo su origen a partir del dictado del Decreto nº 5.683 de 2006, con el objeto de actuar de forma preventiva, no solo detectando casos de corrupción, sino anticipándose a ellos, desarrollando los medios necesarios para prevenirlos.

2.3.2 Comisión de Ética Pública

La Comisión de Ética Pública tuvo su nacimiento en mayo de 1999 como órgano consultivo que depende directamente de la Presidencia de la República, responsable de la administración del Código de Ética de la Administración Pública Federal. Está integrada por siete miembros con reconocida reputación, idoneidad moral, y notoria experiencia en la administración pública. Es la máxima autoridad del Poder ejecutivo quien los escoge y duran en sus cargos tres años con posibilidades de ser reelegidos por un período consecutivo más.

3 España

3.1 Particularidades

El país ibérico no ha experimentado los niveles de corrupción que se han visto en los países anteriormente descriptos pues en la última medición de Transparencia Internacional realizada en 2012 se ubica en el puesto nº 30. Ese motivo, entendemos, es la causa por la cual no ha tenido lugar la creación de organismos especializados en materia de corrupción como los que hemos visto en los otros dos países analizados. Sin embargo, debemos señalar que en los últimos tiempos ha comenzado a trascender públicamente la existencia de graves casos de corrupción.

En lo que tiene que ver con el plano internacional queremos dejar sentado que España ha firmado pero no ratificado tanto el Convenio Civil como el Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa y que, a su vez, ha firmado y ratificado la Convención de la OCDE, la CICC y la CNUCC.

3.2 Los organismos de control

3.2.1 Fiscalía Anticorrupción

En 1995 mediante la Ley n° 10 se creó la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción encargada de la persecución de los ilícitos penales de esta naturaleza en los que concurren circunstancias de gran trascendencia social; circunstancia que depende de la valoración discrecional del Fiscal General del Estado.⁵⁷ Cabe destacar que Ley n° 24 del año 2007, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha modificado la denominación de esta Fiscalía Especial para adoptar el nombre de Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada.

Este organismo, caracterizado por la especialidad, integra el Ministerio Público español con el cual comparte diversas características, en especial la amplia base legal de sus actividades, conforme al art. 124 de la Constitución⁵⁸ y al Estatuto del Ministerio Público. A pesar de la modificación conserva su carácter multidisciplinario, lo que lo distingue de otras fiscalías. Se apoya en las unidades especializadas que han sido destacadas por el Fisco (tres inspectores y seis inspectores adjuntos), por la Unidad de Apoyo de la Inspección Administrativa General de la Función Pública (dos inspectores y tres administradores) y por la Guardia Civil o Gendarmería y la Policía Nacional o Policía Judicial (25 oficiales). La combinación de agentes venidos de diferentes ramas de la Administración, bajo la exclusiva autoridad del Procurador General de esta Fiscalía, como puede apreciarse, representa una orientación nueva en relación con los métodos tradicionales de funcionamiento de las instituciones judiciales españolas y ha servido de modelo a otros países europeos.⁵⁹

⁵⁷ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, "Las fiscalías especiales, Su función en la lucha contra la moderna criminalidad y su relación con el Fiscal General de Estado" en AA.VV. *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, (Nicolás Rodríguez García y Eduardo A Fabián Caparrós, coords.), Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 291.

⁵⁸ Ese precepto prescribe que "El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad".

⁵⁹ Cfr. "El control de la corrupción en el derecho comparado: Argentina, España, Francia y México", Biblioteca nacional de Chile, Serie Estudios, AÑO XV, n. 316 (2005).

De este modo, la denominada Fiscalía Anticorrupción desarrolla las funciones que legalmente le vienen atribuidas en una triple dirección: a) Delitos económicos de especial trascendencia y/o complejidad técnico-jurídica. b) Delitos de corrupción pública. c) Delitos de blanqueo de capitales cometidos por grupos criminales organizados nacionales o transnacionales, de especial importancia, salvo aquellos que se refieran mayoritariamente al narcotráfico así como los delitos de terrorismo.

3.2.2 La intervención general de la Administración del Estado

Se trata de un órgano dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda que ejerce el control interno de la actividad económico-financiera del sector público estatal. Las actividades de control interno que lleva adelante se dividen en tres grandes modalidades: la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. La misión de esta institución es comprobar, con carácter previo o posterior, la legalidad y eficiencia de las operaciones económicas del sector público estatal, por lo que las prácticas corruptas, en cuanto que actos ilegales que habitualmente causan un perjuicio patrimonial a la Administración, pueden ser detectadas en los trabajos de control de este órgano administrativo especializado.⁶⁰

3.2.3 Tribunal de Cuentas

Se halla previsto en los arts. 136 y 153 d) de la Constitución y tiene a su cargo el control económico-financiero de todo el sector público mediante el ejercicio de las siguientes funciones: la fiscalización de la actividad financiera pública y el enjuiciamiento de las responsabilidades contables. Esas atribuciones lo colocan en una situación estratégica para detectar hipótesis de corrupción pública pues, en la medida que muchos de estos supuestos suponen un perjuicio a los intereses financieros públicos, podrían ser detectados directamente por sus unidades de control en el ejercicio de la función fiscalizadora o ser objeto de enjuiciamiento contable cuando se deba resarcir económicamente al erario público.

La Ley Fundamental en su art. 136 prevé expresamente la obligación de que el Tribunal de Cuentas remita anualmente una Memoria o Informe anual "en el

⁶⁰ Para ampliar puede verse: FERNANDEZ AJENJO, José Antonio, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración por el Estado, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009.

que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido”.

3.2.4 Oficina de conflictos de intereses

Con el dictado de la Ley nº 05/2006, se han regulado los supuestos de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Se trata de una unidad que pertenece a la esfera de acción del Ministerio de Administraciones Públicas que actuará con autonomía funcional para la gestión del régimen de incompatibilidades de los altos cargos.

Tiene a su cargo el asesoramiento informativo que lo ejerce a través de la registración de las actividades, bienes y derechos patrimoniales de los actos cargos y la comunicación que debe hacer cada seis meses Congreso de los Diputados del grado de cumplimiento y las infracciones relacionadas con esta materia por parte de los altos cargos. A su vez, le corresponde la inspección en la tramitación de los expedientes sancionadores por la infracción de la normativa en cuestión.

The Control of Corruption in Comparative Law – The Cases of Argentina, Brazil and Spain

Abstract: The intention of this paper is to analyze the particularities that presents the problem of corruption in the Republic of Argentina, Brazil and Spain and compare the bodies which are responsible for the control of the subject.

Key words: Corruption. Public Law. Comparative Law. Argentina. Brazil. Spain.

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

BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013.

Recebido em: 05.05.2013

Aprovado em: 12.08.2013