

ano 12 - n. 48 | abril/junho - 2012
Belo Horizonte | p. 1-256 | 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

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

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



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

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

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Daniel Starling
Pablo Gobira
Patrícia Falcão

Bibliotecária responsável: Ana Carolina Marques - CRB 2933 - 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Virgínia Loureiro

Diagramação: Reginaldo César Pedrosa

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

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

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

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

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

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

Esta revista está indexada em:

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

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

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

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

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

Homenagem Especial

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

Corrupción y derecho administrativo

Alfonso Buteler

Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Premio Cuadro de Honor a los mejores promedios. Magíster Derecho Administrativo (Universidad Austral). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). 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: <abuteler@buteler-abogados.com.ar>.

Resumen: El fenómeno de la corrupción y la normativa que se ha ido dictando para enfrentar a este terrible flagelo ha ido provocando la mutación de muchas instituciones del derecho administrativo en su concepción clásica. A partir de ese panorama, luego de caracterizar al fenómeno de la corrupción procuraremos poner en evidencia las principales modificaciones que ha sufrido esta rama del derecho público.

Palabras-clave: Corrupción. Derecho administrativo. Derecho público.

Sumario: 1 Introducción – 2 Una aproximación al fenómeno de la corrupción – 3 El impacto sobre el derecho administrativo – 4 Reflexiones finales

1 Introducción

El fenómeno de la corrupción y la normativa que se ha ido dictando para enfrentarla, tanto en los ámbitos nacionales como supraestatales, ha ido provocando la mutación de muchas instituciones del derecho administrativo en su concepción clásica. A partir de ese panorama, luego de caracterizar al flagelo de la corrupción procuraremos poner en evidencia las principales modificaciones que ha sufrido esta rama del derecho público.

Es bueno señalar, que esos cambios no solo se han producido en la República Argentina sino en la mayoría de los países del mundo como producto de la adhesión a los instrumentos internacionales anticorrupción.

2 Una aproximación al fenómeno de la corrupción

a) Evolución: La corrupción, como desnaturalización del poder¹ no es un fenómeno reciente sino que remonta su origen a unos milenios atrás, tal como lo demuestran las obras que se han dedicado a esta temática.² Lo que si tiene cierta actualidad es el creciente avance de esta problemática, la consiguiente preocupación que han evidenciado los estados y la internacionalización del flagelo.

Con relación a lo primero, cabe señalar, que se ha advertido desde un tiempo a esta parte que la corrupción — al menos desde el punto de vista político — atenta contra las bases del Estado de Derecho en sus diversas versiones (Estado democrático, Social, Constitucional, etc.) o regímenes comunistas,³ al generar inestabilidad institucional y desconfianza de los ciudadanos que terminan socavando el ejercicio mismo del poder.

La segunda cuestión, es el producto del auge de las operaciones financieras internacionales, del comercio transnacional y la globalización tanto de la economía como de la política, que han ido creando un contexto favorable para que las conductas corruptas vayan aumentando gradualmente. Por tal motivo, en los considerando de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción⁴ se señala 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”.

Fue precisamente en la década de 1970 que el gobierno de los EE.UU comenzó a detectar la existencia de empresas de esa nación que pagaban sobornos a los funcionarios públicos de los países — generalmente subdesarrollados — en donde pretendían hacer negocios, sean estos públicos o privados. Así, durante la presidencia de Richard Nixon (1969-1974), como consecuencia de esas prácticas, surgieron los conocidos casos de “Watergate” y “Lockheed”.

¹ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Ética, política y urbanismo, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, n. 333, p. 83, esp. p. 98.

² González Pérez nos recuerda que ya Séneca escribió, hace muchos siglos, que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos. ya que desde la aparición del poder, la corrupción lo acompaña como la sombra al cuerpo (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La Ética Pública, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n. 283, p. 1 y 2). Para ampliar sobre el derrotero histórico de la corrupción, véase GRONDONA, Mariano, *La Corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, p. 35 y ss.

³ Así lo demuestran las declaraciones del Presidente Raúl Castro con relación a la realidad cubana (cfr. www.elmundo.es).

⁴ En adelante CNUCC.

Tan grave fue la situación que terminó con el mandato de dicho presidente y el dictado en 1977 de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)⁵ Esa ley disponía que las empresas estadounidenses o que residían en ese país del norte, sus directivos, empleados o agentes, que hayan ofrecido o prometido o dado el pago en dinero o en especie o funcionarios o políticos extranjeros o candidatos a ello para que actúen o ejerzan influencia para lograr o alcanzar el acuerdo mercantil eran pasibles de la aplicación de una multa o de prisión. Cabe destacar que esa normativa no penalizaba los “pagos de engrase” o los actos de corrupción entre privados.

Las críticas que se dieron contra la misma hicieron que diez años después fuera modificada por la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (OTCA) por la cual se eliminaron ciertas vaguedades, se ampliaron las penas y se mejoró la técnica legislativa que habían sido los principales defectos de su antecesora.⁶

Ello, a partir de 1990, fue motivando el dictado de normativas internas por diferentes países⁷ pero, sobre todo la preocupación internacional. 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 OCDE⁸ sobre soborno transnacional y tuvo lugar la Convención Americana Contra la Corrupción.⁹ 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.¹⁰ De la última década merece destacarse la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003), la Convención de

⁵ Ley de corrupción en las prácticas extranjeras.

⁶ MALEM SEÑA, Jorge. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 191.

⁷ Puede citarse, por ejemplo, la ley polaca de anticorrupción de 1992, o la *Corruption and Economic Crime Act* de Botswana de 1994.

⁸ Organización y Cooperación para el Desarrollo Económico. El Consejo de esa organización, el 3 de abril de 1998, adoptó una serie de principios de índole ética, recomendando a los países miembros que los establecieran en sus administraciones para asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones y la promoción de la conducta ética de los servidores públicos. Ese instrumento internacional surgió de la necesidad de establecer reglas de juego claras para las inversiones de las empresas de los países más desarrollados. En el año 2000 fue ratificada por la República Argentina.

⁹ Cabe destacar que solo se refiere a la corrupción pública. Allí se estableció la figura del enriquecimiento ilícito, dispone la cooperación en materia de personas (extradición) y de bienes (asistencia mutua legal para embargos e inmovilización). En el art. III regula lo relativo a la prevención y, por último, está la parte penal que es considerada la más fuerte. (En adelante CICC)

¹⁰ A ello se suma el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1995.

las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003) y sobre todo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción¹¹ (2006).

b) Corrupción y democracia: Como dijimos con anterioridad, el problema de la corrupción no es solo de índole jurídico o moral en donde hay que castigar a quienes realizan este tipo de prácticas o re-educarlos, sino que en los últimos lustros se ha advertido los graves efectos nocivos que provoca ese mal sobre los regímenes democráticos y sobre la reglas que rigen en un Estado de derecho.

La mejor muestra de ello es que la CICC al señalar en sus considerandos que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos” y que “el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social”. La misma línea se sigue en la CNUCC al indicar que “*Los Estados Parte en la presente Convención 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*”.

Pues, como lo señala Malem Seña, la corrupción corroe los fundamentos que de la moderna teoría de la representación que está bajo el ideal democrático.¹² Es que, para dicho autor, el círculo vicioso de corrupción e impunidad “produce en el ciudadano una sensación de que ‘todo vale’, un descreimiento aun mayor en el 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”.¹³

Con similar orientación Pérez Hualde¹⁴ entiende, por ese motivo, que el campo de la corrupción no solo debe involucrar la temática referida al enriquecimiento de los funcionarios públicos sino que “se ubica en el terreno de la

¹¹ Ese instrumento extiende la corrupción a los privados. Le da la misma importancia a la prevención que a la cooperación y lo penal pero se suma el tema del recupero de activos. La prevención toma protagonismo a través de diversas figuras: 1) la política de prevención es obligatoria así como los organismos de prevención; 2) se regula el tema de las contrataciones públicas y el conflicto de intereses.

¹² MALEM SEÑA, J. *op. cit.*, p. 121.

¹³ *Idem*, p. 127.

¹⁴ PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción*, L.L. 20/6/2011.

frustración de los fines perseguidos por la leyes del Estado” ya que considera, como otros,¹⁵ que la esencia de la corrupción está en la actitud del sujeto de colocarse por encima de la ley, de las reglas, que rigen a todos sus conciudadanos y de manipular el orden normativo en su beneficio.¹⁶ Por tal razón, concluye dicho autor que la corrupción “no es otra cosa que una manifestación moderna de la crisis que afecta la principio de legalidad siendo un cuestionamiento abierto al Estado de Derecho”.

En esta línea Garzón Valdés¹⁷ compara al corrupto con el revolucionario dado que ambos se subleban contra el sistema con la particularidad que el corrupto necesita del sistema para mantener su predominio y, en cambio, el revolucionario quiere que el sistema caiga para darle lugar a otro.

En esto Said es claro al señalar que la falta de probidad de los funcionarios públicos pone en debate el problema capital de la lealtad democrática pues la proliferación de actividades corruptas indica la existencia de un problema mayor y mas 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.¹⁸

c) Aproximación conceptual: Ahora bien, como ocurre con otras nociones,¹⁹ no resulta fácil saber a qué nos referimos cuando hablamos de corrupción dadas las dificultades para establecer un concepto. De hecho, amén de las diversas apreciaciones doctrinarias sobre el punto, en los mismos instrumentos internacionales que regulan la cuestión los países firmantes no han podido consensuar ni siquiera una definición, tal como acontece con la CICC y la CUNCC.²⁰

A pesar de las aludidas dificultades algunos autores han afrontado la difícil tarea de definir a este fenómeno. Así, por ejemplo, Malem Seña²¹ al diferenciar la corrupción de otras figuras jurídicas ha señalado los siguientes atributos de la corrupción: a) Tiene una marca de carácter individual; corruptor

¹⁵ NINO, Carlos. *Un país al margen de la ley*, Ariel, 2005.

¹⁶ PÉREZ HUALDE, A. *op. cit.*, p. 3.

¹⁷ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Calamidades*, Barcelona, 2004, Gedisa, p. 211.

¹⁸ 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.

¹⁹ Con relación al interés público *vid.*: HACHEM, Daniel Wunder. *Principio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

²⁰ Se ha destacado que 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. (RAIGORODSKY, Nicolás R. *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, Serie Estrategias para la Transparencia, 2. ed. act., p. 27).

²¹ MALEM SEÑA, J. *op. cit.*, p. 24 y ss.

y corrompido se conocen y sellan su acuerdo de una manera indubitable; b) Constituye un modelo de influencia que va contra ciertas reglas que gobiernan la práctica política democrática; c) La actividad es secreta o realizada en un marco de discreción que procura ocultar la acción corrupta; d) Se persigue un beneficio extraposicional en donde la ganancia no debe ser necesariamente económica sino que también puede ser política, sexual, laboral, etc.; e) Implica la violación, activa o pasiva, de un deber posicional establecido por un sistema normativo de referencia.²²

Por su parte, Garzón Valdez²³ ha sostenido que: a) el concepto de corrupción está lógicamente vinculado con el de sistema normativo, es decir que no se puede hablar de corrupción sin hacer referencia al contexto normativo en donde el acto corrupto tiene lugar; b) En los actos o actividades corruptas interviene por lo menos un decisor; c) La corrupción implica siempre un acto de deslealtad o hasta traición con el sistema normativo y d) Requiere, además del decisor, la intervención de una o más personas decisoras o no.

Estévez sostiene que la mayoría de las definiciones de la corrupción se han efectuados desde la estadística o desde la economía y que resulta necesario abordar la temática desde el punto de vista ético-individual, es decir teniendo en cuenta al individuo como autor de conductas morales y como responsable de ellas. A su vez, entiende que los factores estructurantes de la corrupción son: 1) Concentración de poder y profundización de las desigualdades; 2) "Ethos" tecnocrático, eficientismo, pragmatismo; 3) Baja institucionalización; 4) Individualismo extremo y 5) Grandes transiciones, crisis o cambios.²⁴

d) Reflexiones sobre causas y efectos: Al estudiar esta temática no puede soslayarse que cualquier enfoque que se haga de la corrupción debe ser de carácter multidisciplinario²⁵ y no meramente jurídico, pues sus causas y consecuencias son multívocas: jurídicas, sociales, políticas, éticas, económicas, filosóficas, etc.²⁶

²² De ello se deriva que una acción moralmente corrupta puede estar penada en un país y no en otro o, incluso, puede no estar regulada en ningún sitio pero ser moralmente reprochable. A modo de ejemplo puede traerse a colación el caso de los "pagos de engrase" que están criminalizados en algunos sitios y en otros no.

²³ GARZÓN VALDÉS, E. *op. cit.*, p. 202.

²⁴ ESTÉVEZ, Alejandro M. *Corrupción y políticas públicas: algunos factores estructurantes; apuntes para una agenda de investigación*, Universidad de Buenos Aires, 2004, p. 5.

²⁵ *Vid.* BUTELER, Alfonso. La eficacia del control de los organismos de ética pública y anticorrupción en AA.VV. *Cuestiones de Control de la Administración Pública (Administrativo, legislativo y judicial)*, Buenos Aires, RAP, 2010, p. 529 y ss.

²⁶ Ello sin desconocer el papel que pueden cumplir otras disciplinas en la solución del problema (Vg. Ciencias de la administración o ciencias políticas).

Amén de ello, entendemos en que el Derecho puede hacer una gran contribución — sobre todo desde el punto de vista preventivo — para resolver el problema de la corrupción y de la falta de conductas éticas, estableciendo reglas claras y precisas, tanto de actuación como de contralor que permitan disminuir los efectos nocivos de este mal.²⁷ Pues, como lo ha apuntado Mairal, “cuando el Derecho está presente la corrupción disminuye; cuando el Derecho desaparece surgen otros factores que inciden en la decisión pública. La corrupción es el mas importantes de esos otros factores”.²⁸

Tampoco, se puede desconocer, que muchas veces el derecho actúa como aliado de la corrupción, al crear una estructura “paralela”²⁹ o que ha sido creada para favorecer esas prácticas irregulares, tal como se ha sostenido respecto de la República Argentina.³⁰ Por ello, Garzón Valdés destaca la paradoja que se presenta con la corrupción en los sistemas democráticos ya que quien está en el poder, por un lado, rompe las reglas de juego al obtener un beneficio extraposicional pero, por el otro, le interesa que ese sistema se mantenga para poder seguir llevando adelante esa actividad espuria.³¹

Por lo general, desde el punto de vista criminal, el acto corrupto genera un efecto cascada o una “bola de nieve” dado que muchas personas físicas o jurídicas que han cometido actos de corrupción luego se ven obligados a manipular los asientos contables para que no se advierta la irregularidad o a incurrir en el delito de lavado de dinero o en la necesidad de intentar sobornar a funcionarios judiciales para no ser descubiertos, etc.

Además, desde el punto de vista normativo la atribución de facultades discrecionales a la autoridad pública,³² por lo general, facilita la concreción de

²⁷ Para Vanossi, en cambio, la corrupción provoca una situación de descreimiento en el sistema jurídico en donde las sociedades entran en una especie de anomia en donde entra a regir la ley de la selva y en donde el derecho resulta impotente para paliar esa realidad (VANOSSI, Jorge R. *Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción*, E.D., 149:745).

²⁸ MAIRAL, Héctor A. El efecto de la crisis en el Derecho, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, n. XXVI-2, p. 239.

²⁹ Vid. GORDILLO, Agustín, *La administración paralela*, 2. ed., Civitas, Madrid, 1997.

³⁰ MAIRAL, Héctor A. *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, RAP, 2007.

³¹ GARZÓN VALDÉS; E. *op. cit.*, p. 208.

³² La Corte ha distinguido la actividad reglada de la administración pública del ejercicio de facultades discrecionales de la siguiente manera: “mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos — reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática) —, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la

prácticas corruptas pues, como señala Jaime Rodríguez-Arana Muñoz esas potestades en muchos casos se ejercen “en clave patrimonial y en beneficio personal en lugar de aspirar al servicio solidario de los intereses colectivos”.³³ Según Mairal, en la República Argentina, ello es insuficiente ya que es muy común, incluso, que se pidan sobornos para aplicar la ley³⁴ o que el funcionario honesto tenga miedo a resolver conforme a derecho por temor a ser sospechado como corrupto.

La corrupción también tiene íntima ligazón con el aspecto social habida cuenta que la situación que se presenta en cuanto a los índices de corrupción difiere de acuerdo al grado de desarrollo de una comunidad. Por lo general, en los países más avanzados, la corrupción se presenta a través de actos aislados y se concentra en los cargos más altos (ya que allí los controles son más difíciles, existen mayores intereses comprometidos y redes de interés que los protegen) y es baja en los estratos públicos inferiores; hay una cultura general de respeto a las reglas y los organismos de control actúan con eficacia detectando y castigando los actos de corrupción.³⁵

En los países en vías de desarrollado, en cambio, la corrupción impregna todo el Estado³⁶ dando lugar a un sistema de corrupción “institucionalizada” cuyas características según Rodríguez-Arana Muñoz³⁷ son las siguientes: 1) La burocracia posee criterios éticos externos que se contradicen con la práctica administrativa interna; 2) La *praxis* interna administrativa anima la omisión de los criterios éticos que se predicán hacia el exterior; 3) Los funcionarios que se distinguen por su honestidad e imparcialidad son una excepción y deben renunciar a los beneficios de una actuación corrupta generalizada; 4) Los funcionarios corruptos, que son mayoría, son protegidos y cuando se los descubre

norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)” (Fallos, 315:1361, consid. 6º, “Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derechos humanos”).

³³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Ética, Poder y Estado*, Buenos Aires, RAP, 2004, p. 39.

³⁴ Cfr. MAIRAL, Héctor A. *Las raíces...*, *op. cit.*, p. 55.

³⁵ Cfr. MORENO OCAMPO, Luis. Una Propuesta de acción. en: GRONDONA, Mariano, *La Corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, p. 129. Para evitar la corrupción en EE. UU. y otros países se ha regulado el tema de los conflictos de intereses dado que de esa manera se prevé la posibilidad de actos corruptos (Cfr. GARCIA MEXIA, Pablo. Reflexiones al hilo de I Congreso Internacional de ética pública. Manifestaciones jurídico – públicas, *Revista de Administración Pública Española*, 1993, n. 95, p. 497.

³⁶ Cfr. GRONDONA, M., *op. cit.*, p. 60.

³⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, *op. cit.*, p. 152.

se los trata con indulgencia mientras que los denunciantes son víctimas de persecución; 5) Los funcionarios honestos encuentran dificultades para desarrollar su labor profesional dentro de la esfera pública; 6) Los encargados de perseguir la corrupción raramente actúan y, cuando lo hacen, disculpan cualquier incidente como un hecho aislado; 7) Se produce la ausencia de la idea de servicio público. Los funcionarios contemplan al trabajo administrativo como una oportunidad para exportarlo en beneficio propio; 8) La corrupción crece allí donde los ciudadanos no se identifican con los intereses colectivos y donde las autoridades se distancian del pueblo y 9) Ausencia de virtudes cívicas. En estos países es más importante la ganancia personal que colaborar en la gestión de intereses colectivos.

En esa línea, una investigación de la Universidad de Harvard ha demostrado la relación existente entre corrupción e igualdad. Los países en donde hay más desigualdad social se presenta un mayor índice de corrupción. A partir de esa ecuación puede colegirse que la desigualdad facilita la corrupción y ésta aumenta la desigualdad en una relación de uno a cinco (un punto de corrupción cinco puntos de desigualdad social, aproximadamente).³⁸

Los datos numéricos confirman esa tendencia ya que una pesquisa ha demostrado que el costo social de la corrupción en la República Argentina desde el regreso de la democracia en 1983 ha sido estimado en la suma de diez mil millones de pesos (unos dos mil quinientos millones de dólares, aproximadamente).³⁹

Asimismo, la corrupción impacta sobre lo económico en diversos frentes. Ello en virtud de que se dificulta el desenvolvimiento del comercio internacional, se encarecen los gastos del Estado que, en última instancia, los termina soportando el contribuyente a través de los impuestos, impide la equitativa distribución de las riquezas y la implementación de las políticas necesarias para la comunidad e implica la negación de servicios fundamentales que el Estado está obligado a brindar.

Así, la inversión pública tiende a aumentar en los países con índices más altos en corrupción, pero lo hace de una manera improductiva asignando recursos a obras innecesarias o a proyectos que nunca entran en funcionamiento, pagando un precio mayor de que corresponde y retrayendo recursos de sectores necesitados o más productivos.⁴⁰

³⁸ Cfr. KLIKSBURG, Bernardo. *Corrupción. Mas allá de los mitos*, en: <www.elpais.com>.

³⁹ Cfr. con informe: *La parálisis de la justicia frente a los casos de la corrupción*, en: <www.acij.org.ar>.

⁴⁰ MALEM SEÑA, J, *op. cit.*, p. 178.

Tampoco la cuestión moral puede pasarse por alto ya que la falta de ética trae corrupción.⁴¹ Desde esta perspectiva, algunos creen que la corrupción es el producto de la degradación de los valores morales⁴² en virtud del triunfo del materialismo exacerbado y el hedonismo. Es que, en el mundo actual se pone el acento en lo que uno tiene y no en lo que uno es⁴³ y el relativismo extremo, por otra parte, hace que los juicios de valor siempre dependan de la vara del juzgador, habida cuenta que de acuerdo a esta concepción, no hay nada que pueda catalogarse de correcto de una manera apriorística y ninguna persona tiene autoridad para hacerlo. El trasplante de esos razonamientos al campo de la ética nos impone el subjetivismo y nos obliga a descartar teorías de tipo objetivo.

En ese marco global, muchos funcionarios o empleados públicos ven a la función estatal como la oportunidad para beneficiarse a sí mismos, a sus familiares, a un partido político, etc.; su actuar no está ya incardinado a alcanzar el interés de la comunidad sino el propio. A partir de ese panorama, esas personas no se sienten como servidores que sufren ante las carencias de los ciudadanos sino que éstas le son indiferentes ya que han perdido la sensibilidad y, por ende, la capacidad de ver personas y problemas en los expedientes administrativos.⁴⁴

Dado ese panorama, Jaime Rodríguez Arana Muñoz señala que los códigos deontológicos se muestran como una barrera que pone coto a la corrupción. Sin embargo, admite que la vida moral se resuelve dentro del corazón del hombre en la intención recta y en el saber y no responde a comportamientos externos aunque admite que el cumplimiento de los parámetros éticos responde a la obligación de transparencia.⁴⁵

Desde esta perspectiva Garzón Valdés plantea cuatro diversas tesis sobre la moralidad en la corrupción.⁴⁶ En primer lugar menciona la *tesis de la inmoralidad incondicionada de la corrupción* según la cual ésta es siempre condenable pues implica siempre la destrucción de algo que se considera valioso, mas allá de lo que dispongan las normas. En segundo lugar, menciona la tesis de la *inmoralidad relativa de la corrupción* según la cual, la corrupción puede ser una sustitución civilizada de la violencia y no obstante ser moralmente reprochable implica

⁴¹ JEANNERET DE PEREZ CORTES, María. *Ética y función pública*, L.L. 2005-D, 1097, esp. p. 1102.

⁴² GONZALEZ PEREZ, Jesús. *op. cit.*, p. 6.

⁴³ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Ética, Poder y Estado*, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁴ *Idem*, p. 40.

⁴⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Ética, política y urbanismo*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta*, *Insomnias* n. 21, octubre de 2004, citado por SAID. J. L. *op. cit.*, p. 496.

un progreso en la moral política de una sociedad en un momento determinado poniendo como ejemplo de ello la Inglaterra de las reformas de 1660 y 1668 en donde se sustituyó con el soborno, el patronato y la corrupción el método anterior del derramamiento de sangre. En tercer lugar, está la *tesis de la moralidad contextual de la corrupción* en donde la evolución moral de la conducta queda fuertemente ligada al contexto en donde se realiza.⁴⁷ Por último, encontramos la *tesis de la moralidad funcional de la corrupción* en donde la corrupción en ciertos contextos, puede ser la manera para lograr la estabilidad de un sistema político que es moralmente mejor que la alternativa latente o la anterior a la que no se quiere retornar, citando como ejemplo casos de América durante el Siglo XVIII.

Jeanneret de Pérez Cortés ha señalado que contra la corrupción es primordial la educación en valores y en el respeto de los bienes públicos y la revitalización en al sociedad del valor de la conciencia moral y del interés público.⁴⁸

Al analizar esta temática Pérez Hualde⁴⁹ propone como los pilares anticorrupción los siguientes: a) la educación en valores; b) La transparencia; c) El acceso al empleo público mediante concursos públicos; d) El fortalecimiento de organizaciones públicas no estatales y e) La participación en la elaboración de las normas.

3 El impacto sobre el derecho administrativo

Como pretendemos demostrar con este trabajo el fenómeno de la corrupción y, sobre todo, la normativa que ha sido dictada para combatirla ha provocado la mutación de varias instituciones del derecho administrativo. No pretendemos que esa afirmación suene como un descubrimiento ya que el maestro Gordillo, apenas la República Argentina ratificó la CICC hace unos quince años, señalaba que ese instrumento implicaba un corte transversal en el derecho administrativo⁵⁰ en tanto muchas de sus medidas son operativas,⁵¹ visión que, según entendemos, se vio ratificada por los hechos.

⁴⁷ Como ejemplo el autor citado trae a colación el caso de Schindler durante el Nazismo.

⁴⁸ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. El derecho administrativos ¿es fuente de corrupción?, en AA. VV., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2009, p. 389.

⁴⁹ PÉREZ HUALDE, A. *op. cit.*

⁵⁰ GORDILLO, Agustín. *Un corte transversal en el derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción*, L.L. 1997-E, p. 1091.

⁵¹ Para Agustín Gordillo las medidas preventivas del art. III del CICC son operativas (*Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, 5. ed., T. I, p. XVI, p. 17).

Por tales razones, creemos conveniente analizar el estado actual de la cuestión y valorar también cuál ha sido la influencia de la CNUCC en las instituciones del derecho administrativo.

a) Órganos de control: En lo que hace específicamente a los órganos de control de la corrupción, la CICC, ha establecido pautas claras en el tema, las cuales deben ser tenidas en cuenta por las autoridades locales de los países miembros bajo pena de responsabilidad internacional, pues sus preceptos son directamente operativos,⁵² salvo en materia penal.⁵³

En tal sentido, la CICC: 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).

También, la CNUCC contiene disposiciones específicas con relación al control estatal de esa materia. Ese instrumento supranacional impone a los Estados parte la obligación de: 1) 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 que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones (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).

Como puede advertirse, la regulación internacional anticorrupción contiene especificaciones expresa sobre la organización de los entes de control, sus competencias, su independencia con relación a los organismos controlados, etc., pautas que debe ser seguidas por los Estados Partes.

b) Procedimientos administrativos: Los cauces mediante los cuales la administración pública toma sus decisiones deben ser simplificados,⁵⁴ ya que, en

⁵² 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).

⁵³ Cfr. GORDILLO, A. *Tratado op. cit.*, T. I, p. XVI, 19.

⁵⁴ Cfr. IVANEGA, Miriam M. *Reflexiones acerca de la ética y la función pública*, E.D., 174: 987, esp. p. 994.

muchas ocasiones, su complejidad crea la oportunidad para que los funcionarios sean corrompidos⁵⁵ al prescribir plazos exiguos para cumplir con las exigencias normativas muchas veces incomprensibles o de imposible cumplimiento que, justamente, crean una situación propicia para el pago de sobornos.

A esta idea puede contribuir, significativamente, la informatización de los trámites administrativos de modo tal de lograr su despersonalización y, por consiguiente, la oportunidad para que se verifiquen actos reñidos con la ética pública; soluciones que han sido utilizadas exitosamente en numerosos países tales como Francia y España.

c) El administrado: A su vez, la vigencia de nuevos paradigmas, el avance del concepto de la democracia participativa y la normativa anticorrupción, ha ido motivando en el derecho comparado la estructuración de numerosos mecanismos que permiten la ingerencia del ciudadano en la toma de decisiones estatales modificando sustancialmente el papel del administrado que ha dejado de ser un mero sujeto pasivo en la relación con el Estado para pasar a ser un verdadero protagonista.

Entre dichas figuras se destacan el Lobby, los documentos de consultas, las audiencias públicas, el acceso a la información pública, los procedimientos para la elaboración de normas de alcance general, etc. Dichos recaudos constituyen — según se señala en los considerandos del Decreto 1172/03⁵⁶ — un “prerrequisito de la participación que permite controlar la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas al darle a éstas la posibilidad de conocer los contenidos de las decisiones que se toman día a día para ayudar a definir y sustentar los propósitos para una mejor comunidad”.

A diferencia de lo que acontecía en otros tiempos en donde las cuestiones gubernamentales se discutían en el mayor de los secretos, en la actualidad, la presencia del ciudadano permite la fiscalización de las decisiones públicas y el conocimiento de las decisiones estatales evitando, de ese modo, el oscurantismo estatal y posibilitando el control de la corrupción estatal.

d) Intensidad del control judicial: En general y teniendo en cuenta el régimen de división de poderes que existe en la mayoría de los países de América, no se admite que el Poder Judicial al resolver un pleito pueda entrar a valorar los diversos medios con que contaba la administración pública para

⁵⁵ VANOSSI, J. *op. cit.*, p. 749.

⁵⁶ B.O. 4/12/2003.

tomar una decisión, pues — en ese caso — se entiende que se estaría sustituyendo a dicho poder y violentado el equilibrio que debe existir entre las esferas que componen el Estado.

Con esa inteligencia, Sesín al referirse a la discrecionalidad ha señalado que el juez puede fiscalizar únicamente si la decisión discrecional ha sido adoptada dentro del universo jurídico, quedando vedado al juez penetrar en el fuero interno de la discrecionalidad, justamente por que esa porción de la decisión está reservada al Poder Administrador.⁵⁷

Con idéntica orientación, la Corte Suprema argentina ha apuntado que “el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva”⁵⁸

Si bien consideramos que esa regla ha quedado desvirtuada en la práctica desde que se admite el control de razonabilidad y proporcionalidad⁵⁹ las exigencias internacionales en materia anticorrupción quiebran definitivamente la regla en muchos supuestos.

Es que las convenciones en la materia hacen referencia a “eficiencia”, “eficacia”, etc., en el obrar estatal, lo que implica que ya no se impone en esos

⁵⁷ SESÍN, Domingo Juan. *El juez solo controla. No sustituye ni administra. Confines del Derecho y la Política*, L.L., 27.08.2003.

⁵⁸ C.S.J.N., 16.03.2004, *Degremont Sociedad Anónima c/ Tierra del Fuego, Provincia de y otro s/ ordinario*, Fallos, 327:548.

⁵⁹ Al efectuarse el control de razonabilidad de las medidas administrativas — en sus diversas variantes — el juez controla y valora los diversos medios que la norma le brinda al poder administrador para tomar una decisión. En el caso de la adecuación verifica que el medio escogido haya sido apto para la consecución del fin. Mediante el control de proporcionalidad, en cambio, el tribunal analiza todos los medios y verifica que la administración haya escogido el menos gravoso para los derechos del administrado.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una misma sentencia ha afirmado la regla y luego la ha violentado. Así, por ejemplo, en “Junta Nacional de Carnes” señaló que “el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse éstos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, si es o no admisible la restricción de los derechos afectados” (Fallos: 199: 483, 1944).

En esa misma línea, se inscribe lo resuelto en la causa “Astilleros Alianza”, decisivo en el cual, la Corte hizo lugar al levantamiento de una medida cautelar por la que se había dispuesto la suspensión de la construcción de un puente, ya que estimó que la decisión de ejecutar una obra pública implicaba el ejercicio de una actividad discrecional de la Administración que era insusceptible de revisión judicial, salvo en aquellos supuestos en que el acto administrativo resultara manifiestamente ilegal o irrazonable (Fallos, 314:1202, 1991).

ámbitos una obligación de medio al Estado sino de resultado en tanto que las decisiones públicas deben ser eficientes y equitativas. Es decir, que aquello que viole esos parámetros es ilegítimo y por lo tanto debe ser declarado nulo por el juez.⁶⁰

e) Legitimación procesal: Como se sabe, en el derecho público argentino, y en muchos otros que tienen sistema de control de constitucional judicial y concreto (EE.UU, Brasil, etc.) para acceder a los tribunales se necesita que la decisión de la administración haya causado un agravio o perjuicio. Es por ello, que desde hace un largo tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene exigiendo la presencia de una “caso” a los fines de habilitar la instancia judicial.

Con ello, ha tropezado hasta ahora la posibilidad de que un ciudadano cuestione ante los estrados judiciales aquellas decisiones estatales viciadas de corrupción. Es que, como se sabe las leyes de procedimiento administrativo exigen habitualmente la acreditación de la detentación de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

Empero, entendemos que los constituyentes de 1994 ha dejado habilitado esta posibilidad que queda reforzada con la aprobación por nuestro país de la CICC y la CNUCC.

A esos efectos, cabe recordar, que el art. 36 de la CN, con la Reforma de 1994, incluyó en el texto de la Carta Magna el delito de corrupción.⁶¹ Es decir, que estamos frente a un bien jurídico que ha procurado ser protegido por el constituyente. Ahora bien, cabe indagarse acerca de quién es el titular de ese bien.

Desde la doctrina, Said⁶² y Canda,⁶³ coinciden en que el titular de ese bien jurídico a la transparencia o al desempeño ético de la función pública son los ciudadanos lo que nos pone en presencia — desde la perspectiva de la legitimación — de un nuevo derecho de incidencia colectiva que habilita la intervención de los sujetos previstos en el art. 43 de la CN. Ivanega,⁶⁴ Por su parte, que se trata de un derecho humano a la no corrupción en tanto puede predicarse de cualquier ser humano por el hecho de ser tal.

⁶⁰ GORDILLO, A. *Tratado...*, op. cit., T. I, p. XVI, p. 15 y 16.

⁶¹ BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. VI, p. 267.

⁶² SAID, J. L. op. cit., p. 493.

⁶³ CANDA, Fabián O. *El régimen disciplinario de los empleados público (bases constituciones y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)*, EDA, 2003, p. 565.

⁶⁴ IVANEGA, Miriam M. Efectividad del control en la lucha contra la corrupción, RAP, *Circular letter* n. 149, 2011, p. 2.

Esto implica, que el afectado — es decir, cualquier ciudadano —, el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que propendan a esos fines se encuentran legitimados — tanto en sede administrativa como judicial — para cuestionar los actos, normas, reglamentos, contratos, etc., en donde exista corrupción o donde no se haya asegurado la transparencia.

En definitiva, como decíamos más arriba con relación a la obligación estatal de actuar con “eficiencia” y “eficacia” tiene directa incidencia sobre el tema de la legitimación, pues esos parámetros de actuación pueden ser protegidos por cualquier afectado ampliando los horizontes de la legitimación para accionar y los alcances de la revisión judicial.

Por otra parte, a esta altura de los acontecimientos parece un sinsentido que frente a un supuesto en donde alguien tiene pruebas de que un acto administrativo ha sido dictado mediando prácticas corruptas, el mismo, no pueda ser cuestionado por un ciudadano con la excusa de que solo posee un interés simple cuando es evidente su carácter de afectado dado que se trata de fondos públicos.

En virtud de lo señalado con anterioridad con relación al papel actual del ciudadano, y teniendo en cuenta la calidad de miembro activo de la democracia participativa y gestor del control social de los actos de gobierno, consideramos deben ampliarse los criterios de legitimación procesal para controlar los actos del Estado en los que pueda haber posibilidad de corrupción.

f) Acto administrativo: Con relación al impacto de la corrupción sobre el acto administrativo debe traerse a colación la corriente doctrinaria que considera que aquella influye únicamente sobre el elemento fin de la decisión provocando su nulidad por la existencia de una desviación de poder.⁶⁵ Esa conclusión trae aparejada las dificultades probatorias propias de ese vicio, lo que implica que los actos sospechados de corrupción rara vez pueden ser declarados nulos.

Por nuestra parte, compartimos la opinión de quienes⁶⁶ entienden que la irregularidad puede encontrarse en cualquiera de los elementos esenciales del acto. Es que la corrupción puede llevar a que la decisión emane de un órgano incompetente, a que se omita la realización del procedimiento previo (licitación, por ejemplo), a que se dicte sin motivar el acto o mediante una motivación falsa o violando el contenido de las normas, etc. Esta mirada, lógicamente, hace más fácil la constatación de la nulidad del acto facilitando la defensa de la juridicidad comprometida en él por la injerencia de la corrupción.

⁶⁵ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. *Función Pública, Ética pública y corrupción*, en AA. VV. *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Buenos Aires, RAP, 2005, p. 649.

⁶⁶ SAID, J. L. *op. cit.*, p. 490.

Además, debe tenerse presente lo que señala Pérez Hualde⁶⁷ en cuanto la corrupción es más amplia que la desviación de poder dado que siempre que se presenta este vicio hay desviación de poder pero puede haber corrupción cuando existe una dádiva para cumplir con la ley.

Con esa inteligencia, el art. 17 de Ley Nacional de ética pública⁶⁸ dispone que “Cuando los actos emitidos por los sujetos del artículo 1º estén alcanzados por los supuestos de los artículos 13, 14 y 15, serán nulos de nulidad absoluta, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Si se tratare del dictado de un acto administrativo, éste se encontrará viciado de nulidad absoluta en los términos del artículo 14 de la ley 19.549”

g) Potestad revocatoria: Como se sabe, en el derecho federal argentino el ejercicio de la potestad revocatoria de los actos irregulares por la administración pública se halla regulada en el art. 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Esa norma dispone — como regla — que los actos irregulares deben ser revocados o sustituidos por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. La excepción se halla constituida por aquellos casos en que el acto administrativo estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Como excepción de la excepción la jurisprudencia ha entendido que aun frente a esa circunstancia la administración puede revocar en sede administrativa cuando ha habido conocimiento del vicio por el administrado⁶⁹ efectuando, de ese modo, una interpretación extensiva de la

⁶⁷ PÉREZ HUALDE, A. *op. cit.*

⁶⁸ Ley 25.188.

⁶⁹ Para Gordillo no basta con el conocimiento del vicio sino que es necesario connivencia dolosa entre el administrado y el funcionario (GORDILLO, Agustín. *Tratado...*, *op. cit.*, T. III, p. VI-18). Un sector doctrinario (Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo. *El acto Administrativo en la ley Nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 86; MARCER, Ernesto A., *La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular, frente al art. 17 de la Ley 19.549*, L.L. 1981-C, p. 306) y la jurisprudencia administrativa (P.T.N., Dictámenes: 234:465, 234:472, 235:446, 240:388, entre otros.) se ha inclinado por sostener la opinión de que en los supuestos en que el vicio es manifiesto el interesado no puede alegar el desconocimiento de la irregularidad que ostenta el acto administrativo.

De acuerdo a nuestro parecer esa conclusión — que es el producto del hecho de que la invalidez surge a simple vista del acto —, implica una generalización indebida en tanto resulta erróneo pensar que ese conocimiento se produce en todos los casos por parte del administrado ya que ello depende de las circunstancias concretas, aunque sí pueda presumirse su conocimiento.

Es necesario resaltar, que sobre este aspecto se han explicitado otros criterios diferentes al sostenerse que “ese conocimiento no requiere en forma inexcusable que la nulidad que adolezca el acto sea manifiesta”, pues “cuando se alude al conocimiento del vicio por el interesado, se está haciendo referencia a su particular situación frente al acto administrativo; en cambio, cuando se califica una nulidad de manifiesta se quiere señalar que es tan nítida su invalidez que el acto administrativo carece de presunción de legitimidad y, por ende, no posee fuerza

excepción prevista en el aludido art. 18 para los regulares; razonamiento que ha sido avalado por la Corte Suprema federal⁷⁰ y por la Procuración del Tesoro de la Nación.⁷¹

Cabe agregar, que se ha entendido que en esos supuestos la administración se encuentra obligada a revocar el acto ante sí⁷² y que, incluso puede ser compelida a hacerlo.⁷³ En caso de concretarse la revocación administrativa de la medida y de impugnarse judicialmente luego la misma, estará cargo de la autoridad pública la demostración del conocimiento de la irregularidad por parte del administrado.⁷⁴

La normativa anticorrupción (art. 34 de la CNUCC) introduce variantes sobre el ejercicio de esa atribución al referirse a las consecuencias de los actos de corrupción. Esa disposición textualmente dispone lo siguiente: "Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva".

Con relación a ello, cabe señalar que la norma se refiere a los derechos adquiridos de terceros, lo que implica que quienes han participado en la actividad corrupta no pueden aducir la presencia de un derecho adquirido a partir de la decisión estatal. En el derecho argentino, esa posibilidad queda descartada de plano por la cuestión derivada del conocimiento del vicio cuando el acto es irregular pero también podría revocarse un acto regular cuando se haya pagado un soborno para que se dicte un acto legítimo (Vg. pagos de engrase).

ejecutoria (Cam. Cont. Adm y Trib., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 3/09/02, "Labayru, Julia y otros, c/ GCBA s/ Amparo").

⁷⁰ Fallos, 321:169, "Almagro Gabriela y otra" (1998).

⁷¹ P.T.N. Dictámenes 153:213, 261:118, entre otros.

⁷² Cfr. CANDA, Fabián Omar. La suspensión de los efectos del acto administrativo en el procedimiento administrativo, en AA. VV., *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, obra conjunta, Juan Carlos Cassagne (Director), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 368. BARRA, Rodolfo C. *Efectividad de la tutela judicial frente a la administración; suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar*, E.D., 107:419, esp. p. 422.

⁷³ Cfr. COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado: derecho comparado y derecho argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, p. 66.

⁷⁴ Cfr. MARCER, Ernesto A. *La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular, frente al art. 17 de la Ley 19.549*, L.L. 1981-C, p. 306.

En definitiva, a partir del contenido de esa norma internacional la administración pública queda autorizada a dejar sin efecto un acto administrativo por presencia de corrupción, sea el mismo válido o inválido.

h) Contratación estatal: Como dijimos en la introducción uno de los focos de corrupción son las contrataciones públicas. La CNUCC se hace cargo de eso dado que en el art. 9 dispone que: "1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación."

La obligatoriedad de estas disposiciones se denota a partir del uso de los verbos "adoptará" en la primera parte del encabezado y el "deberán abordar" referido a las medidas en particular al final del acápite.⁷⁵

Como puede apreciarse, el contenido de esa disposición resulta mucho mas pretencioso y abarcativo que las prescripciones del art. 10 del Decreto 1023/01 cuando prescribe que es causal determinante del rechazo de una propuesta u oferta, en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno

⁷⁵ RAIGORODSKY, Nicolás R. *op. cit.*, p. 45.

derecho del contrato, dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) funcionarios públicos, con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; b) para que se haga valer la influencia de su cargo ante otro funcionario público con la competencia descrita, a fin de que estos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones; c) cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario público con la competencia descrita, a fin de que estos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

i) Empleo público: Desde siempre se ha dicho que los modos para el ingreso regular al empleo público son los siguientes: a) Compraventa; 2) Arriendo; 3) Sorteo; 4) Elección; 5) Nombramiento; 6) Elección; 7) Contrato; 8) Accesión y 9) Concurso.⁷⁶

Ahora bien, en nuestra opinión los instrumentos internacionales anticorrupción, han aportado importantes directrices sobre la materia que modulan esa mirada clásica. Por su lado, el art. 2 de la CICC prescribe que los Estados Parte convienen en procurar la aplicación de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales que tengan por objeto crear, mantener y fortalecer: “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes por parte del Estado que aseguren la publicidad, la equidad y eficiencia de tales sistemas”.

En la misma línea, la CNUCC en su art. 7 señala que los Estados Parte procurarán “adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Estos: a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud” y en su art. 9.1 señala que los Estado Parte, se comprometen a adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública que se basen en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces para prevenir la corrupción. Luego agrega que esos sistemas deberán abordar, entre otras cosas: b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar

⁷⁶ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4. ed. act. reimpr. t. III-B, p. 88.

las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

Desde nuestro punto de vista, entonces, los modos en que la administración pública puede incorporar agentes para cargos no electivos deben hacerse — como regla — por concurso. Esa solución, además, es la que impone la garantía de idoneidad establecida por el art. 16 del Carta Magna de Argentina a los fines de acceder al empleo estatal. A partir de ese enfoque que proponemos se advertirá que el concurso no solo permite encarrilar jurídicamente a la selección del más apto técnicamente sino también posibilita la participación de todos los ciudadanos o interesados que pretendan acceder al empleo público que se busca cubrir; derecho a la igualdad de oportunidades que entendemos se vería vulnerado con una designación directa.

Es que la realización del concurso es obligatoria desde dos planos de análisis. Por un lado, es una exigencia que recae sobre la persona jurídica pública estatal de elegir al candidato más idóneo y por, el otro, es un derecho de los ciudadanos como corolario del derecho a la igualdad y no discriminación.

A partir de lo expuesto, cabe concluir que esa inteligencia de la Ley Fundamental que proponemos y de los instrumentos anticorrupción impone la obligación a las personas públicas que ejerzan función administrativa de implementar un concurso para la cubrir los cargos administrativos no políticos, salvo que concurren los recaudos excepcionales para la contratación directa previstos normativamente, que por otra parte, siempre deben ser de interpretación restrictiva.

4 Reflexiones finales

De lo analizado hasta aquí queda en claro que la corrupción es un problema grave y que será uno de los grandes contrincantes que tendrá el Estado de Derecho en este nuevo siglo.

El derecho administrativo, haciendo eco de su carácter dinámico una vez más deberá adaptarse a las nuevas exigencias que plantea la normativa anticorrupción de modo tal que opere como valuarte de la juridicidad.

Corruption and Administrative Law

Abstract: The corruption phenomenon together with all the set of rules that has been enacted in order to confront this terrible scourge has caused the mutation of several institutions of administrative law in its classical conception. In this scenario, after characterizing the corruption

phenomenon will try to highlight the most relevant modifications experienced by this branch of public law.

Key words: Corruption. Administrative law. Public law.

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

BUTELER, Alfonso. Corrupción y derecho administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 97-118, abr./jun. 2012.

Recebido em: 13.02.2012

Aprovado em: 28.05.2012